

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 183 • edição especial  
Julho/setembro 2009

## **Reforma do Código de Processo Penal**

**Organizador: Fabiano Augusto Martins Silveira**

# O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas

Ela Wiecko Volkmer de Castilho e  
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

## Sumário

Introdução. 1. O Projeto e a regra de competência da Justiça Federal para julgamento de indígena. 2. As lacunas do Projeto. 3. O paradigma da pluriétnicidade. 4. A capacidade civil do indígena. 5. A imputabilidade penal do indígena. 6. Obstáculos à igualdade étnica no processo penal. 7. As normas processuais da proposta do Estatuto dos Povos Indígenas. Conclusão.

## Introdução

Este artigo se ocupa do art. 95, § 1º, inserido no Título VI do Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que regula a matéria de competência. O art. 95, *caput* e o seu § 2º esclarecem o que se deve entender por infrações penais em detrimento dos interesses da União, autarquias, empresas públicas, bem como em detrimento dos serviços federais. O §1º, objeto específico de nossa atenção, dispõe que “inclui-se na competência jurisdicional federal a infração penal que tenha por fundamento a disputa sobre direitos indígenas, ou quando praticada pelo índio”.

Ela Wiecko Volkmer de Castilho é Subprocuradora-Geral da República, Professora da Universidade de Brasília, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa é Procuradora Regional da República, Mestre e Doutora em Direito Processual Penal pela USP.

O Projeto de Lei em exame vem em boa hora. O atual Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, é anterior ao fim da Segunda Guerra e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização

das Nações Unidas em 1948. A lembrança da antiguidade da lei mostra que o modelo de persecução penal nela estabelecido está mais do que ultrapassado.

Embora o Código de Processo Penal tenha sido alterado mais de trinta vezes e a Constituição de 1988 tenha conferido novo enfoque a muitos dos seus dispositivos, concretizando o contraditório no desenvolver procedimental, é importante a edição de novo regramento.

O estatuto processual que regulamenta a forma como o poder de punir é exercido – em todas as etapas de apuração da infração penal e de sua autoria – revela o comprometimento do Estado Democrático de Direito com a prestação jurisdicional. O processo penal, hoje, é regulamentado em diversas leis, nem sempre coerentes e harmônicas. Há lei para situações de crime organizado, para interceptações telefônicas, para crimes hediondos e assemelhados, para infrações penais relacionadas a drogas, todas elas independentes do Código de Processo Penal, mas que precisam estar adequadas às regras gerais previstas no art. 5º da Constituição, que estabelece, com precisão, direitos e garantias individuais, entre eles o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV).

Com a edição de novo estatuto, ter-se-á um único modelo de persecução penal, pensado e estruturado para ser aplicado quando praticadas condutas definidas como crime pela lei penal. A segurança jurídica será maior, na medida em que se conhecerá, previamente, qual a função de cada agente da persecução no processo e quais atos constritivos poderá realizar. O poder de perseguir, que existe em função do poder de punir, deve ser preciso e limitado pela lei. Um Código de Processo Penal coerente e atualizado com as transformações da sociedade é imprescindível ao Estado brasileiro.

O Brasil teve, já, alguns anteprojetos de código de processo penal que, embora tenham sido importantes e ainda proporcionem estudos em processo penal, não se

transformaram em leis. Vale recordar os Anteprojetos Hélio Tornaghi (1963), Frederico Marques (1975), o Projeto de Reforma nº 1655 (1983). Outras Comissões foram constituídas para a reforma no decorrer dos anos, comissões essas que elaboraram anteprojetos de lei específicos e separados para situações e momentos processuais diversos.

No contexto histórico, é extremamente relevante que a última comissão, presidida pelo Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, e na qual foi relator o Procurador Regional da República Eugênio Pacelli de Oliveira, tenha concluído modelo único de persecução penal delineado no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.

### *1. O Projeto e a regra de competência da Justiça Federal para julgamento de indígena*

É a primeira vez que um Código de Processo Penal no Brasil faz menção expressa a indígenas<sup>1</sup>. Embora o Projeto não traga qualquer outra disposição que regule de forma diferenciada, por exemplo, a citação do indígena acusado, a intimação e a inquirição do indígena testemunha ou vítima, o estabelecimento de regra de competência é muito importante.

O Projeto de Código de Processo Penal traz, nas regras de competência, dispositivo direcionado às comunidades indígenas:

“Art. 95. Considera-se praticada em detrimento dos interesses da União, autarquias e empresas públicas, além das hipóteses expressamente previstas em lei, a infração penal lesiva a bens ou recursos que, por lei ou por contrato, estejam sob administração,

<sup>1</sup> No texto será utilizado preferencialmente o termo indígena, conforme opção expressa pela Comissão Nacional de Política Indigenista que redigiu a proposta do Estatuto dos Povos Indígenas, encaminhado pelo Governo, em agosto de 2009, ao Congresso Nacional para ser apreciado com o PL nº 2057/91.

gestão ou fiscalização destas entidades.

§ 1º Inclui-se na competência jurisdicional federal a infração penal que tenha por fundamento a disputa sobre direitos indígenas, ou quando praticada pelo índio.

§ 2º Considera-se praticada em detrimento dos serviços federais, a infração penal dirigida diretamente contra o regular exercício de atividade administrativa da União, autarquias e empresas públicas federais”.<sup>2</sup>

O dispositivo não permitirá dúvida alguma. Sempre que indígena aparecer como investigado ou acusado em persecução penal, a competência para apuração oficial da verdade, processo e julgamento será da Justiça Federal. A Súmula 140 do Superior Tribunal de Justiça, que afirma caber à “Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”, não terá, portanto, qualquer aplicação. Não será necessário, para fixação da competência federal, verificar ofensa a interesses da coletividade indígena. Vale ressaltar que os precedentes dessa súmula se referem a julgamentos proferidos sob a vigência da Constituição anterior, a qual não possuía regra semelhante ao atual art. 109, XI da CF 88.

O dispositivo está adequado à Constituição, que estabelece, no art. 231: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

A competência para a persecução em infração penal praticada pelo indígena deve

estar com a União porque ela já detém a competência para julgamento das disputas sobre direitos indígenas (art. 109, XI). Todo ato praticado pelo indígena definido em lei como crime merece ser apurado sob regras concentradas em garantir respeito aos direitos indígenas. Isso porque a própria Constituição reconhece aos índios organizações, costumes, línguas e tradições próprias. Não poderá o indígena ser julgado em contexto afastado de suas tradições e de seus costumes. A Justiça Federal, designada pela Constituição para julgar os conflitos indígenas, está preparada, ou deve estar, e estará cada vez mais, para julgar condutas cometidas por membro de comunidade indígena definida em lei como crime.

Observa Manoel Castilho (2003, p. 11) que, quando se trata dos direitos indígenas, “ressalvado o interesse da União, a competência se define tão só pela existência de disputa sobre eles e esta é uma circunstância decisiva”. Afirma que “a jurisprudência tem sido generosa na definição de *causa* e de *crime* para os efeitos da definição da competência de jurisdição, mas não tem sido suficientemente cuidadosa em assentar o conteúdo preciso do conceito de disputa”. Entende que a expressão abrange direitos ou interesses indígenas, que devem ser entendidos na perspectiva do art. 231 da CF, em toda a sua extensão, não se restringindo a conflitos que envolvam pretensões sobre terras.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 419.528/PR, Relator para o acórdão o Min. Cezar Peluso, assentou, por maioria, que os direitos indígenas mencionados nos arts. 109, XI e 231 são aqueles coletivos relativos à organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre terras. O que ainda não tem sido visto com clareza é que não há como dissociar a conduta praticada por indígena ou contra indígenas da dimensão necessariamente coletiva da organização social dos povos e comunidades indígenas.

<sup>2</sup> A proposta da Comissão Nacional de Política Indigenista traz diversas normas de caráter processual penal, entre elas a seguinte, sobre a competência jurisdicional: Aos juízes federais compete julgar a disputa sobre direitos indígenas, assim considerada, na esfera criminal, as ações em que o indígena figure como autor ou réu.

## 2. As lacunas do Projeto

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)<sup>3</sup>. 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.

A proposta do Estatuto dos Povos Indígenas, encaminhada em agosto de 2009 pelo Ministro da Justiça Tarso Genro à Câmara dos Deputados, fruto de discussão ampla na Comissão Nacional de Política Indigenista, incorpora todas essas disposições à persecução penal. O Projeto de Código de Processo Penal poderia ter aproveitado a oportunidade de reunir, em um mesmo documento, disposições respeitantes a diversas peculiaridades da persecução penal se tivesse incorporado, no texto, dispositivos semelhantes que serão, ao longo deste artigo, explicitados.

A consolidação de regras protetivas das tradições e costumes indígenas no processo penal contribuiria para o respeito aos direitos culturais das etnias e teriam a função de realizar o devido processo legal em sua inteireza e plenitude, garantindo-

<sup>3</sup> É importante transcrever, no contexto, os dispositivos do Estatuto do Índio em vigor: Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. Parágrafo Único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado. Art.57. Será tolerada aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

se ao acusado que sua verdade aparecesse no desenrolar procedimental com oportunidade de ser reconhecida na sentença. As regras teriam dupla função: respeito às culturas indígenas e realização do devido processo legal.

## 3. O paradigma da pluriethnicidade

Johnson (1997, p. 100) explica que etnicidade é “um conceito que se refere a uma cultura e estilo de vida comuns, especialmente da forma refletida na linguagem, maneiras de agir, formas institucionais religiosas e de outros tipos, na cultura material, como roupas e alimento, e produtos culturais como música, literatura e arte.” A etnicidade está associada ao conceito de identidade étnica/identidade cultural. O conjunto de pessoas que têm em comum a etnicidade é frequentemente denominado de grupo étnico.

Visando contextualizar a necessidade de o Código de Processo Penal a ser editado alcançar os objetivos da Constituição da República de 1988 impõe-se, ainda que breve, a exposição sobre o paradigma da pluriethnicidade nela adotado e as consequências dele nos temas da capacidade civil do indígena, bem como de sua imputabilidade penal. Após, serão apontadas várias situações em que a lei processual penal, formada no padrão étnico eurocêntrico, viola o exercício da identidade étnica/cultural dos indígenas ao não prever regramentos específicos para os indígenas nas diversas posições em que podem assumir no processo. Nesse sentido ver-se-á que a lei configura um obstáculo à igualdade reconhecida pela Constituição aos diversos grupos étnicos formadores da identidade nacional. Daí, a necessidade de refletir sobre a edição de normas que propiciem respeito à identidade e à igualdade étnica.

A Constituição de 1988 garante a todos o pleno exercício dos direitos culturais, sem enunciar quais são (art. 215), falha que é superada pela aplicação dos instrumentos internacionais incorporados à legislação

interna, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na forma do art. 5º, §2º. O seu conceito de cultura abrange as manifestações das “culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (art. 215, §1º), como tais consideradas as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e outros espaços; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (art. 216). A proteção dos direitos culturais dos povos indígenas é objeto de regulamentação específica (Capítulo VIII).

Por isso se diz que a Constituição de 1988 configurou a República Federativa do Brasil como um Estado nacional pluriétnico e multicultural. Explica Duprat (2007, p. 9) que “a princípio resultado de exercício hermenêutico, tal compreensão, na atualidade, está reforçada por vários documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, merecendo destaque a Convenção 169, da OIT, a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, ambas já integrantes do ordenamento jurídico interno, e, mais recentemente, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas”.

Nesse contexto, entende-se que “a identidade cultural de um grupo não é estática e tem constituição heterogênea. A identidade é fluida e tem um processo de reconstrução e revalorização dinâmico, resultado de contínuas discussões internas ou de contatos e influência de outras culturas” (CHIRIBOGA, 2006, p. 45) O que não se admite é a assimilação forçada de outra cultura.

Essa perspectiva diverge do chamado paradigma assimilacionista ou integracionista, representado normativamente pela Convenção nº 107 da OIT, e corresponde ao paradigma da diversidade cultural e

da pluriétnicidade, que foi incorporado na Constituição Brasileira antes mesmo da Convenção nº 169, da OIT, que, no plano internacional, o estabelece como norma.

Os direitos culturais ainda formam um campo heterogêneo que carece de desenvolvimento teórico e sobretudo prático, no sentido de que os conteúdos que já foram detalhados precisam ser levados às últimas consequências. Assim, 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. Isso ficará um pouco mais evidenciado nos itens seguintes.

#### 4. A capacidade civil do indígena

De acordo com o Código Civil de 2000, “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial” (par. ún. do art. 4º). A legislação especial em vigor é a Lei nº 6.001, de 19.12.73, editada no contexto da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1/69. Essa lei faz uma classificação dos índios conforme seu grau de contato com a sociedade nacional, distinguindo-os em isolados, em vias de integração e integrados. Os primeiros e os segundos têm uma restrição em sua capacidade civil, devendo ser assistidos pelo órgão indigenista. Entretanto, essa classificação é incompatível com a Constituição Federal de 1988. Enquanto não for editada uma nova lei, deve-se interpretar no sentido de que os indígenas sujeitam-se às mesmas regras sobre capacidade civil aplicáveis aos demais cidadãos. A tutela exercida pelo órgão indigenista não tem mais o sentido de representação, de direito privado, mas de assistência, no âmbito do direito público.

#### 5. A imputabilidade penal do indígena

Renomados manuais de Direito Penal ainda dão como exemplo de desenvolvimento mental incompleto e retardado os

“silvícolas não-integrados” ou “silvícolas inadaptados”. Por isso, inimputáveis, consoante a norma do art. 26 do CP (PRADO, 2002, p. 350; BITENCOURT, 2008, p. 359).

Esse entendimento fazia sentido na vigência do paradigma assimilacionista que se encontra expresso na Lei nº 6.001, já citada. De acordo com a teoria constitucional, as disposições de uma lei quando incompatíveis com a Constituição promulgada posteriormente perdem sua força cogente. Contudo, na prática administrativa e jurisprudencial, as distinções feitas pela Lei nº 6001 com o fim integracionista continuam a ser aplicadas. Assim, nos processos em que o indígena é autor de infração penal, costuma-se fazer um juízo inicial do grau de interação para declarar se é imputável ou não.

No paradigma da pluriétnicidade o grau maior de integração do indígena à sociedade nacional não o descaracteriza como indígena, tampouco exclui a imputabilidade penal. “Os índios têm o direito de permanecerem como índios, mesmo que saiam de seus territórios ou percam parte de suas características étnicas” (VILLARES, 2009, p. 63). É a consequência do reconhecimento de que não há uma escala de desenvolvimento de grupos étnicos. Eles apenas são diferentes.

A inimputabilidade dos indígenas segue as regras gerais aplicáveis a todas as pessoas maiores de 18 anos. Todavia, é possível excluir a culpabilidade pelo reconhecimento do erro de proibição ou da inexigibilidade de conduta diversa. Villares (2009, p. 301) reporta a doutrina penal latino-americana que desenvolve o conceito de “erro culturalmente condicionado, que se aplica à não compreensão do índio sobre a ilicitude de suas ações em relação ao sistema de punição da sociedade não-índia”. Ressalta que Eugenio Raúl Zaffaroni identifica três formas desse conceito: erro de compreensão, consciência dissidente e justificação putativa.

Na primeira forma há uma dificuldade inata para a compreensão da proibição nor-

mativa. A pessoa pode conhecer a norma, mas razões culturais impedem que ela aja de modo diverso. Na segunda, a pessoa tem conhecimento da proibição e da ausência de permissão legal, mas não se lhe pode exigir sua interiorização. Na justificação putativa um indígena vê o não-índio como inimigo, o que justifica atitudes contrárias ao direito que antecipam a ação inimiga.

## 6. *Obstáculos à igualdade étnica no processo penal*

Em nosso país a lei processual penal é aplicada a integrantes de minorias étnicas sem atenção às diferenças culturais. Análise feita por Castilho (2005) acerca da aplicação da lei processual civil pode ser transposta para a lei processual penal.

Veamos, por exemplo, o Capítulo V do Título IV do Código de Processo Civil (arts. 139-153), que trata dos auxiliares de justiça. O art. 139 prevê como auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.

Quando um integrante de comunidade indígena comparece em juízo para depor como parte ou como testemunha e não se expressa na língua portuguesa, o juiz considera necessário nomear um intérprete. Todavia, para compreender o contexto cultural do depoente ou da demanda, quando posta em favor ou contra indígenas, individual ou coletivamente, é necessário o auxílio de alguém que conheça a organização sociopolítica e cultural do grupo étnico. Em geral, será um(a) antropólogo(a)/a com especialização naquele grupo étnico. 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.

Esse profissional a quem ora denominamos de “tradutor cultural” não se confunde

com o intérprete, pois este tem a função de tirar dúvidas no entendimento de documento redigido em língua estrangeira ou de verter em português as declarações das partes e das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional (art. 151, I e II). Também não se confunde com o perito, que auxilia o juiz a esclarecer a prova do fato que dependa de conhecimento técnico ou científico (art. 145).

Quando o litígio diz respeito à ocupação no modo tradicional indígena o juiz se vale de antropólogo que, no caso, atuará como perito porque a prova do fato (ocupação indígena) depende de conhecimento antropológico. Quando houver dúvida sobre a imputabilidade do indígena, o juiz deve se valer de exame médico-legal psiquiatra. Mas há outras situações em que a prova do fato não demanda perícia, mas a aplicação justa do direito depende de uma visão intercultural e multicultural.

A necessidade da figura do tradutor cultural advém do fato de que a Constituição assegura às minorias étnicas o exercício de seus direitos sem que, para tanto, sejam obrigadas a assimilar os valores e instrumentos propiciados pela “comunhão nacional”, denominação do todo homogêneo que pretende ver em si inseridas as partes dissidentes, apropriando-lhes os elementos diferenciadores.

Se a eles é outorgado o direito de manter suas formas próprias de existência, o relacionamento com esses grupos, de modo a garantir seu direito à identidade, pressupõe a compreensão e respeito de suas formas de conhecer e relacionar-se com o mundo. Deve-se, assim, revelar o espaço ontológico do “outro”, do diferente, antes destituído de qualquer conteúdo porque subsumido ao universal.

Se os juízes utilizam técnicos sempre que necessário para espantar dúvidas que fogem do seu conhecimento jurídico, o mesmo raciocínio não pode ser ignorado na avaliação da diversidade cultural, garantida pela Constituição Federal.

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 restam afetadas nas situações descritas? Esses questionamentos, entre outros, tornam evidentemente necessária a análise da complexidade do ambiente sociocultural para ter clareza em tais respostas.

Para compreender o contexto cultural do grupo ou do indivíduo que o integra, deve ser implementada uma tradução, feita necessariamente pela mediação antropológica, que torna o outro inteligível. A ausência de profissional capaz de estabelecer o diálogo intercultural faz com que o sistema judicial ignore a diversidade e aplique o direito sempre do ponto de vista étnico dominante. Do ponto de vista formal trabalhos já realizados nesse sentido. Na falta de maior debate, têm sido denominados de laudos periciais. Preferimos as expressões parecer ou estudo antropológico.

Os juízes costumam pedir perícia antropológica, laudo antropológico ou exame antropológico com vistas a determinar o grau de aculturação de um indígena, de sua integração na sociedade, de sua socialização ou ainda de sua imputabilidade<sup>4</sup>.

Maria Fernanda Paranhos (2003) comenta que essa abordagem pressupõe a falsa imagem do índio genérico, no qual todos têm a mesma cultura, língua, religião, hábitos e relações jurídicas. De outra parte, restringe-se a verificar em que medida os indígenas, com a sua existência atual, podem ser enquadrados na categoria índio

<sup>4</sup>Já comentamos acerca desse equívoco, decorrente do entendimento de que indígenas que não sabem se expressar na língua portuguesa ou que vivem isolados possuem desenvolvimento mental incompleto.

que, apesar de gerada no período colonial pelos administradores portugueses e espanhóis, com finalidades políticas de diferenciar o aliado do inimigo para dominar e administrar, continua presente no senso comum classificando-os como primitivos, selvagens, silvícolas, integrantes de culturas autênticas, exóticas e rudimentares. A autora salienta que a identidade étnica de um grupo indígena é resultado da autoidentificação e da identificação pela sociedade envolvente. Portanto, a análise antropológica há de se debruçar sobre o processo de construção da identidade em sociedades indígenas em contato com: a sociedade nacional e os contextos em que ela é evocada, como elaboram suas unidades e como constroem suas diferenças. Ainda, conforme Paranhos, o contato sociocultural não pode ser visto apenas pelo ângulo da sociedade dominante, deve ser visto com toda a complexidade de uma realidade sociológica que envolve as instituições sociais, forças e interesses (...) A etnografia, em situações de conflitos socioculturais, focaliza o campo de relações no qual vários segmentos sociais disputam entre si interesses, sejam eles sociais, ambientais ou simbólicos.

Salienta a autora ser fundamental o levantamento dos grupos em contato, assim como a investigação de todo o processo de enfrentamento, oposição, dominação, submissão, resistência que ocorre simultaneamente no plano simbólico e no plano das relações sociais. Os estudos, além da análise da conjuntura política, social e cultural na qual o conflito se insere, devem identificar e analisar a assimetria de poder existente entre os atores para entendermos melhor o tipo de relações que estabelecem entre si. A identificação dos atores inclui não só a percepção dos distintos interesses, mas também as diferentes percepções e racionalidades dentro do conflito. Os objetos em disputa normalmente são reconhecidos por todos os atores. A tarefa então é mostrar, além da dinâmica social, as diversas leituras e compreensões que os atores têm

desses objetos, para que seus valores sejam reconhecidos e os princípios constitucionais do respeito à diferença colocados em prática. É uma dimensão complexa. O fato de ser profano ou sagrado para participantes distintos determina de imediato uma valorização em diferentes planos do objeto. Por exemplo, o conflito em torno do acesso à terra reveste-se de elementos materiais evidentes, mas também de elementos simbólicos de maior significação social. Por outro lado, a luta por igualdade de direitos ou pelo reconhecimento de determinadas identidades gira em torno de elementos simbólicos, mas normalmente implica resultados materiais expressivos.<sup>5</sup>

Diante do que foi exposto, resulta evidente que o tradutor cultural deveria ser chamado em todos os processos que envolvam integrantes de minorias étnicas para auxiliar na compreensão do modo de fazer, viver e criar desses grupos, bem como de sua interação com a sociedade envolvente. Por sua vez, o procedimento processual deveria proporcionar condições para uma posição de igualdade.

As regras do Código de Processo Civil, porém, sobre depoimento pessoal (arts. 342 a 347), confissão (arts. 348 a 354) e prova testemunhal (arts. 407-419) ignoram particularidades nas relações interétnicas e, especialmente, numa relação de poder. De igual modo, as regras do Código de Processo Penal vigente e do Projeto em exame.

É oportuno reportar aos estudos realizados na Austrália a respeito dos problemas que os povos aborígenes enfrentam no sistema legal daquele país. A discriminação é manifesta (atitudes anti-aborígenes dos policiais ou dos juizes de paz) ou sutil (por ex., se um aborígene descansar próximo a

<sup>5</sup> Registra Duprat (2007, p. 18) que a mulher yanomami, quando sente que é chegada a hora do parto, vão sozinha para local ermo na floresta, fica de cócoras, e a criança cai ao chão. Nessa hora, ela decide se a pega ao colo ou se a deixa ali. Se a coloca nos braços, dá-se, nesse momento, o nascimento. Se a abandona, não houve, na concepção do grupo, infanticídio, pela singela razão de que a vida não se iniciou.

um bar, deduz-se que ele esteja bêbado, que já tenha assimilado costumes brancos e tenha sido processado). Há uma outra discriminação que é construída no sistema legal, nos casos em que o comportamento social e habitual do aborígene está em conflito com aspectos do modo de vida europeu, codificado nas leis. Exemplificando, em seu comportamento normal, os aborígenes recorrem a um conjunto específico de práticas e estratégias para estabelecer uma interação ocasional com os europeus de forma segura e bem sucedida; no entanto, alguns aspectos desta prática são inadequados para uma boa defesa. Liberman (1981) relata que os aborígenes descobriram que o método mais fácil de lidar com os povos brancos é concordar com tudo que eles desejam em depois, continuarem a fazer as coisas a seu modo. Nos tribunais, ao formular perguntas, em regra, o homem branco receberá respostas, calculadas para evitar problemas ou para satisfazer o desejo de quem interroga.

As conclusões de sociólogos e antropólogos australianos sobre os problemas de comunicação interétnica na administração da justiça, configurando discriminação, extrapolam a situação específica, vez que há muitas semelhanças nas estratégias de sobrevivência de todas as populações tradicionais do mundo.

Vale invocar, ainda que não tenha efeito vinculante, a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas, aprovada em 13 de setembro de 2007 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Seu art. 13, item 2, determina que os Estados adotem medidas eficazes para assegurar que os Povos Indígenas possam entender e fazer-se entender nas atuações políticas, jurídicas e administrativas, proporcionando-lhes, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados (FRANCO, 2008, p. 47).

Portanto, é conveniente a inclusão de uma regra no CPC aplicável subsidiariamente ao CPP, ou no próprio CPP, que obrigue o juiz a requisitar o auxílio de tradutor

cultural para colher o depoimento pessoal e testemunhal e a avaliar a suposta confissão, a fim de salvaguardar no processo civil e penal o direito cultural de identidade étnica. Esse auxiliar do juízo não se confunde com o intérprete, obrigatório para o caso de o acusado ou depoente não se expressar no idioma português, nem com o perito chamado para verificar a materialidade da infração ou a imputabilidade do agente.

A carência de tradução cultural, que se constata nos processos penais contra indígenas, tem suscitado requerimentos de perícia antropológica, que, à míngua de previsão legal e ao argumento da desnecessidade no caso concreto, sistematicamente vêm sendo indeferidos. Para Villares (2009, p. 302), o laudo antropológico-cultural deveria ser obrigatório porque só ele poderá demonstrar no caso concreto a inserção de um valor cultural numa pessoa criada em uma sociedade diversa. Avalia que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que entende desnecessária a perícia antropológica, chega a dotar uma presunção de responsabilidade ao índio que fala o idioma nacional ou possui diploma escolar (idem, p. 303)<sup>6</sup>. Assevera que o índio pode mostrar-se externamente apto a todos os atos da vida, mas, internamente, sem o entendimento perfeito do caráter ilícito da conduta, ou mesmo, entendendo a ilicitude, não podendo agir diferente por sua cultura assim o exigir (ibidem, p. 309).

Portanto, seria bem-vinda uma disposição no Projeto de Lei 156 estabelecendo a obrigatoriedade de parecer/estudo antropológico nos inquéritos policiais, termos circunstanciados e ações penais em que o acusado se autodeclarar indígena.

<sup>6</sup> Exceção à regra é o julgamento pelo STF do RHC 84308/MA, relator o Min. Sepúlveda Pertence, que afirmou: A falta de determinação da perícia, quando exigível à vista das circunstâncias do caso concreto, constitui nulidade da instrução criminal, não coberta pela preclusão, se a ausência de requerimento para sua realização somente pode ser atribuída ao Ministério Público, a quem cabia o ônus de demonstrar a legitimidade ad causam dos pacientes.

## 7. As normas processuais da proposta do Estatuto dos Povos Indígenas

Volta à tramitação o Projeto de Lei nº 2057/91, agora com proposta encaminhada pelo governo para o Estatuto dos Povos Indígenas que pode, se transformado em lei, substituir o Estatuto do Índio. Esta proposta contém disposições processuais adequadas à proteção do indígena em processo penal. É que o processo penal, para que a igualdade entre indígenas e não indígenas seja respeitada, deve acontecer sob garantias específicas de preservação da identidade cultural do acusado. Transcrevemos dispositivos do proposto Estatuto dos Povos Indígenas que podem ser incorporados, também, com as adaptações necessárias, ao Código de Processo Penal:

“Art. 227. Serão respeitadas as resoluções de conflitos das comunidades indígenas realizadas entre seus membros e de acordo com seus usos, costumes e tradições, inclusive se resultarem em sanções ou absolvições.

Art. 228. Aos juízes federais compete julgar a disputa sobre direitos indígenas, assim considerada, na esfera criminal, as ações em que o indígena figure como autor ou réu.

Art. Durante o procedimento criminal instaurado para apurar condutas praticadas pelo indígena, o juiz deverá considerar suas peculiaridades culturais e o respeito a seus usos e costumes.

§1º As peculiaridades culturais do réu e a observância de seus usos e costumes deverão ser aferidas mediante a realização de perícia antropológica.

§2º É direito do indígena ter a presença de representante do órgão indigenista federal, quando preso em flagrante, para a lavratura do auto respectivo, e nos demais casos, a sua comunicação expressa.

§3º Recebida a denúncia, o juiz deverá determinar a realização da perícia antropológica.

Art. 229. Durante a realização de audiência, é direito do indígena ser assistido por intérprete quando não falar ou compreender plenamente a língua nacional oficial.

Parágrafo único. O intérprete poderá ser indicado pelas partes ou nomeado pela autoridade judicial.

Art. 230. A ação penal, nos crimes praticados por indígenas contra indígenas, será pública condicionada a representação do ofendido.

Art. 231. O juiz poderá substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar quando o agente foi indígena.

Art. 232. O juiz, ao fixar a pena por infração cometida por indígena, além de observar o disposto no art. 68 do Decreto-lei 2848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, deverá considerar a sanção aplicável pela comunidade indígena, podendo, inclusive, deixar de aplicar pena quando considerar que aquela foi suficiente para a reprovação do delito.

Art. 233. Condenado o indígena por infração penal o juiz considerará, na aplicação da pena, as peculiaridades culturais do réu e as circunstâncias do cometimento do crime.

§1º As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas sempre que possível, em regime aberto, na terra indígena ou no local de funcionamento da unidade administrativa do órgão indigenista federal mais próxima do domicílio do condenado.

§2º Se o juiz fixar o regime inicial fechado, o indígena deverá cumprir a pena em estabelecimento distinto dos não-indígenas, em respeito aos seus usos e costumes.

§3º O juiz deverá adequar a pena restritiva de direito aplicada ao indígena à sua realidade e à cultura de sua comunidade indígena.

Art. 234. É isento de pena o indígena que pratica o fato em função dos valores culturais de seu povo.

Art. 235. A Procuradoria Geral Federal prestará a assistência jurídica criminal ao indígena ou comunidades.

Art. 236. A Procuradoria Geral Federal criará câmara de coordenação e especialização da matéria indígena, de modo a formar e manter em seus quadros Procuradores Federais especialistas no assunto.

Parágrafo Único: A câmara de coordenação de que trata o *caput* poderá convidar advogados indígenas ou especialistas para acompanhar os seus trabalhos.

Art. 237. Aplicam-se os prazos em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, nas ações cíveis, e em dobro, para todos os atos, nas ações penais, quando envolverem interesses indígenas, individual ou coletivo, sejam os indígenas defendidos por advogado público ou constituído.

Parágrafo Único. Será pessoal a intimação nas ações a que se refere o *caput*."

Os dispositivos transcritos nada mais fazem que garantir que o devido processo penal seja concretizado nos aspectos substancial e formal. Explica Martins da Costa (2001, p. 60-61): "O ordenamento jurídico brasileiro exige que também o legislador observe a igualdade na formulação do Direito. A igualdade na formulação é atendida quando as discriminações eleitas pela lei são razoáveis e estabelecem meios e fins correspondentes e harmonizados com o sentido de justiça". Por sua vez, Tucci e Cruz e Tucci (1996, p. 19) esclarecem que o devido processo penal traduz-se nas garantias de (i) acesso à justiça penal; (ii) juiz natural; (iii) plenitude de defesa; (iv) publicidade dos atos processuais; (v) motivação dos atos decisórios; (vi) fixação de prazo razoável de duração do processo.

### Conclusão

O indígena, pertencendo a cultura diversa, embora julgado como todos os cidadãos,

já que é ele, também, cidadão, deve ter a oportunidade de que a sua verdade apareça no processo em contexto adequado à sua cultura. Sua defesa, para que seja concreta, e para que produza os mesmos efeitos que a defesa de acusados não indígenas, deve estar garantida por regras específicas, entre as quais a presença de intérprete, quando necessário, em todos os atos processuais, a presença de representante do órgão indigenista federal no momento em que lavrado auto de prisão em flagrante, o prazo em dobro para manifestação, e o parecer/ estudo antropológico que contextualize a conduta no contato interétnico. Só assim o devido processo legal poderá acontecer. Em um primeiro momento, a lei deve prever situações específicas que garantam ao acusado indígena na persecução igualdade relacionada aos demais cidadãos acusados. Em segundo momento, as garantias previstas na lei serão concretizadas no processo, dando lugar ao devido processo legal em seu aspecto formal. Só assim a exigência constitucional do devido processo legal será cumprida, realizando-se a igualdade de todos no processo penal.

### Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Processo civil e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas (coord.) *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPPIR, 2006.

CASTILHO, Manoel Lauro V. de. A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas. Revista da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: AJUFERGS, n. 1, p. 11-31, 2003.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. In: revista internacional de direitos humanos, ano 3, n. 5, 2006, p. 43-70, [ed. em português].

DUPRAT, Deborah. O direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade. In: \_\_\_\_\_. (Org.) *Pareceres jurídicos: direito dos povos e comunidades tradicionais*. Manaus: UEA.

FRANCO, Fernanda (Org.). Um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas. Brasília: APOINME: COIAB: CIR: Warã, 2008.

JOHNSON, Allan G. Dicionário de sociologia: guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LIBERMAN, Kenneth. Compreendendo os aborígenes nos tribunais de justiça da Austrália. Tradução de Kênia Itacaramby. *Human organization*, v. 40, n. 3. p. 247-255, 1981. *Society for Applied Anthropology*.

MARTINS DA COSTA, Paula Bajer Fernandes. Igualdade no direito processual penal brasileiro. São Paulo: RT, 2001.

PARANHOS, Maria Fernanda. A interação dos diferentes grupos sociais e a manutenção da diversidade

étnica. Nota Técnica n. 166 P. Brasília: Ministério Público Federal 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2003.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. Vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120. v. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

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

TUCCI, Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI, José Rogério. Devido processo penal e alguns de seus mais importantes corolários. Devido processo legal e tutela constitucional, RT: 1996.

<http://w.w.w.funai.gov.br>

<http://w.w.w.stf.jus.br>