

Diversidade cultural e Processo Penal

Marcelo Beckhausen*

Sumário: 1. Introdução. 2. O conceito infraconstitucional de indígena. 2.1. O sujeito indígena – variáveis judiciais. 2.2. O conceito constitucional de indígena. 3. Constituição e Processo Penal. 3.1. Medidas Especiais. 3.2. O papel da Antropologia. 3.3. Hermenêutica diatópica. 3.4. A tradução adequada – simetria no contraditório. 4. Jurisdição e competência. 5. Considerações finais. 6. Contribuição para o debate. 7. Referências.

Palavras-chave: Multiculturalismo. Direito Constitucional. Processo Penal. Povos Indígenas.

1 Introdução

A chegada do texto constitucional de 1988 trouxe uma nova matriz normativa no que diz respeito à temática da diversidade cultural. Assumindo-se como Estado Plural, o Estado brasileiro alinhou diferentes compromissos na esfera desta diversidade e no trato com as minorias étnicas aqui residentes. Uma das tarefas mais complexas é a reconfiguração do modelo de relação deste Estado com tais Povos, para usar o vocabulário inscrito na novel Convenção 169/89,¹ já incorporada ao ordenamento normativo. O impacto dessas mudanças já puderam ser percebidas na prestação de serviços públicos endereçados aos Povos Indígenas, face ao estipulado nos artigos 231 e 232 da Constituição Cidadã. Consolidou-se um modelo de educação indígena onde o

* Procurador Regional da República, Professor de Direito Constitucional-UNISINOS/RS, Mestre em Direito-UNISINOS/RS e Doutorando em Ciência Política/UFRGS.

¹ Aqui no Brasil a Convenção 169/89 foi publicada no D.C.N. de 27 de agosto de 1993. Foi aprovada pelo Congresso através do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, treze anos após sua elaboração, sendo ratificada pelo governo brasileiro junto ao diretor executivo da OIT em 25 de julho de 2002. E o decreto de execução, nº 5051, que a promulgou, foi editado em 19 de abril de 2004.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 62	nov. 2008 – abr. 2009	p. 145-170
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

cenário cultural indígena e bilíngue sobressai-se em relação ao modelo tradicional; construiu-se um subsistema de atenção à saúde indígena, *pari passu*, ao nascimento do Sistema Único, acessível também aos membros dessas etnias, em igualdade de condições.

Além disso, a legislação comum, pré-constitucional, deve também ser reordenada no sentido de se adequar a um esquema constitucional que determina a proteção, o respeito e a valorização da cultura indígena, composta por mais de duzentos grupos étnicos distintos. Assim, por exemplo, o novo Código Civil remete a tormentosa questão referente a capacidade civil indígena à legislação especial, lamentavelmente ainda não confeccionada. O Estatuto do Índio, Lei 6001/73, escrito sob a égide integracionista, não foi recepcionado em grande parte de seu texto. No entanto, lacunas sérias estão a merecer uma reflexão mais aprofundada dos operadores do direito. Uma dessas lacunas é a que diz respeito ao modelo de procedimento penal a ser aplicado nos processos onde em um dos pólos esteja presente o sujeito indígena, cuja proteção especial está expressamente definida na Constituição.

Pretendo, nesse breve artigo, tentar lançar algumas reflexões sobre determinados conceitos que já deveriam ter sido extirpados do cotidiano judicial, possibilitando uma análise crítica sobre o papel do Poder Judiciário no enfrentamento destas questões, aproveitando a oportunidade para emitir uma opinião sobre a construção deste novo modelo. Iniciarei conceituando o indígena a partir dos novos padrões constitucionais e da Convenção supra-referida; farei referências sobre o papel da antropologia e da tradução no curso de tais processos e abordarei alguns enfrentamentos hermenêuticos necessários, criando algumas aberturas de discussão; comentarei a necessidade da instalação de medidas especiais no âmbito do processo final; farei uma abordagem sobre a questão da competência para o julgamento dos crimes envolvendo indígenas; e concluirei apresentando uma proposta de processo adequado para o atendimento destas questões.

2 O conceito infraconstitucional de indígena

Para enfrentar o objeto proposto, torna-se necessário estabelecer um conceito sobre o personagem que deve figurar em uma lei adjetiva penal. O sentido constitucional é protetivo/valorativo e nessa esteira que pretendo situar os meus esforços. Durante um longo tempo os indígenas brasileiros foram classificados como seres inferiores a merecer um tratamento estatal preconceituoso. Para melhor compreensão, utilizo como estratégia classificar as formas de relação do Estado com os Povos Indígenas através de uma padronização histórica, reconfigurando tal relação em três períodos distintos: 1) fase da intolerância, onde o sujeito indígena é caracterizado como bárbaro e

como elemento desnecessário ao desenvolvimento do país, símbolo do atraso e da inferioridade; 2) fase da tolerância, com forte influência do liberalismo europeu, especialmente Rousseau, onde o índio assume o status de “bom selvagem” e que deve sofrer um processo de civilização e assimilação, com ajustes tutelares; 3) fase da pluralidade, onde o sujeito indígena é encarado dentro de um contexto constitucional democrático e que pretende inibir a discriminação, assumindo o Estado compromissos de proteção e valorização da diferença. Por certo, não pretendo criar uma classificação estanque, esgotando outros elementos importantes na relação Estado-Povos Indígenas. A utilidade desta é estabelecer algumas fronteiras para evidenciar a atual ação estatal, sublinhando algumas dimensões históricas.

Obviamente, também, que as paredes existentes entre cada uma dessas fases são extremamente porosas. Assim, vamos observar momentos de pluralidade durante os séculos XV e XVI, devidamente contextualizado,² bem como, lamentavelmente, vamos nos deparar com o pensamento da intolerância e da tolerância demarcando espaços mesmo em pleno século XXI, após o advento do novo arcabouço constitucional.

Atualmente, o conceito jurídico do índio que aparece em nossos cadernos legais está embutido em um documento que marca a era da tolerância: o estatuto do índio. Tal diploma refere o papel do Estado em atuar no sentido da integração do índio à “sociedade nacional”, imaginada como de confluência entre as raças negra, índia e branca, buscando absorvê-lo para a parcela desta sociedade que se destaca por ser mais “evoluída”, ou seja, dentro desse imaginário, a branca.

Tal estatuto, Lei 6001/73, conceitua índio, artigo 3º, inciso I, como sendo “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

A caricatura jurídica que se monta do índio é, então, perfectibilizada por estes três elementos: uma identidade assumida (interna), uma identidade referida (externa) e uma identidade investigada (antropometricamente medida, geneticamente estudada ou, mesmo, antropológicamente construída). Segundo a lógica da tolerância, pré-constitucional, o sujeito indígena precisa ser representado a partir de sua auto-identificação, mas refém do olhar do outro, seja Estado (Universidades, centros de pesquisa), seja da própria comunidade onde vive.

Na matriz da pluralidade, no entanto, as perspectivas externas (ao campo da auto-identificação) perdem “força”, a partir especialmente da Convenção 169, e a identidade declarada assume uma densidade mais ampla.³

² Por exemplo, na obra do Frei Bartolomé de Las Casas.

³ Hoje existem vários campos de tensionamento bem específicos sobre a questão indígena. Destaco dois: o primeiro diz respeito a reação a ideia de homogeneização do sujeito indígena, trabalho de

2.1 O sujeito indígena – variáveis judiciais

A plataforma constitucional permitiu que cada etnia indígena fosse considerada de modo distinto pelo Estado brasileiro. Estudos antropológicos vêm ampliando o conhecimento a respeito desses modos de vida diferenciados, amparados pela proteção constitucional.⁴ A elaboração das políticas públicas deve levar em conta, portanto, essa heterogeneidade e complexidade, habilitando-se a dar vazão ao intuito do Constituinte.⁵ Portanto, cada etnia indígena está a dispensar uma ação estatal diferenciada. Isso torna esta ação de complexa concretização. Habitados a versão de um único modelo de sujeito indígena, somos submetidos a um processo de ampliação destas versões, onde cada grupo étnico possui um conjunto de tradições, costumes e língua distintos dos demais grupos e esta diferença está reconhecida, e protegida, pela Constituição. Refletir em torno dessa imagem pré-concebida, homogênea, com o sujeito indígena que se desvela, em suas múltiplas diferenças, parecer ser o primeiro passo, um primeiro tensionamento saudável, por assim dizer, na compreensão e enfrentamento adequado da questão.

Outra das questões mais complicadas que surgem na sociedade contemporânea é a intensa interpenetração e interconexão entre os grupos culturalmente distintos, marca do nosso tempo. *Hollywood* explora bem este tema, nos filmes *Babel*, *Crash* e *Children of Men* (Filhos da Esperança, de P.D.James), este último um retrato sombrio do futuro da humanidade, onde os diversos grupos étnicos são separados em campos de concentração, e

longos séculos, mas que deve ser rearticulado com construção de coletividades, grupos étnicos distintos, cerca de duzentos no Brasil, cada um com suas especificidades, e que devem receber um ação estatal diferenciada (nosso alvo aqui é o processo penal); o segundo diz respeito ao índio que vive fora de sua terra tradicional e que vai disputar espaços na sociedade, de reconhecimento e de redistribuição.

⁴ Basta verificar no site do Ministério da Justiça onde existem referências a duzentos e dezoito grupos étnicos distintos:

<www.mj.gov.br/data/Pages/MJA63EBC0EITEMID7AFC6B98232B490F84EA7F4BC4380251PTBRIE.htm>. Acesso em: 22 jul. 2008, 16h.

⁵ “Neste quadro, a representação genérica e atemporal sobre o índio começa a declinar enquanto chave interpretativa para a situação indígena no Brasil contemporâneo, esvaziando-se enquanto fator legitimador de discursos políticos e instigador de novas práticas administrativas ou assistenciais. Os antropólogos têm chamado a atenção para o fato de que ‘o índio’ não é uma unidade cultural, mas uma identidade legal acionada para obter o reconhecimento de direitos específicos. As lideranças indígenas deram contramarcha em processos locais de identificação puramente negativa e no escamoteamento de sua identidade étnica, e – sem se considerarem indiferenciados entre si, mas como primariamente membros de tais e tais sociedades indígenas – reivindicam solidariamente direitos comuns que decorrem do *status* jurídico de ‘índio’.” OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. *Ensaio em Antropologia histórica*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999. p. 206.

existe uma metáfora impressionante sobre a impossibilidade de reprodução. A multiplicidade de etnias e códigos em um ambiente muitas vezes hostil parece traduzir bem o que ocorre aos indígenas que se aventuram nos núcleos urbanos, muitas vezes expulsos de suas terras sagradas, muitas vezes levados por características culturais de mobilidade. Índios que se parecem como camelôs, vendendo bijuterias nos grandes centros, indígenas sentadas nas calçadas que lembram mendigos, índios nas beiras das estradas a ofertarem produtos de artesanaria, etc.

Tal heterogeneidade possibilita a construção de conflitos interculturais, já que muitas vezes o contexto urbano não está preparado para tal relacionamento, condicionado a imaginar o índio dentro de parâmetros fenotípicos ou mesmo estereotipados. O índio verdadeiro, desenhado nos cadernos escolares, parece existir somente em alguns rincões do Norte do país, mantendo seus registros culturais de forma intacta. O índio que perambula nas cidades, ou monta sua tenda nas estradas federais e estaduais, não se enquadra nesta moldura, muito menos na pintura, constituída durante séculos de relação assimétrica. Isso faz com que a desconfiança recaia sobre estes índios. Não é à toa que o Judiciário (e outras Instituições, como o Ministério Público também) abusa de um vocabulário já descartado pela Constituição: índios aculturados, índios integrados, em vias de integração, para definir quem é índio e quem não é no nosso país.⁶ Ao se confrontar com um índio diferente do bordado pelos

⁶ “HABEAS CORPUS. ESTUPRO. MENORES INDÍGENAS. AUSÊNCIA DE LAUDO ANTROPOLÓGICO E SOCIAL. DÚVIDAS QUANTO AO NÍVEL DE INTEGRAÇÃO. NULIDADE.

Somente é dispensável o laudo de exame antropológico e social para aferir a imputabilidade dos indígenas quando há nos autos provas inequívocas de sua integração à sociedade.

No caso, há indícios de que os menores indígenas, ora pacientes, não estão totalmente integrados à sociedade, sendo indispensável a realização dos exames periciais.

É necessária a realização do estudo psicossocial para se aferir qual a medida sócio-educativa mais adequada para cada um dos pacientes.” Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação dos menores sem a realização do exame antropológico e psicossocial. (HC 40.884/PR, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07.04.2005, DJ 09.05.2005 p. 445).

Inexiste razão para a realização de exames psicológico ou antropológico se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre a imputabilidade de indígena, sujeitando-o às normas do art. 26 e parágrafo único do CP. Com base nesse entendimento, a Turma deferiu, em parte, *habeas corpus* impetrado em favor de índio Guajajara condenado, por juízo federal, pela prática dos crimes previstos nos artigos 12, *caput*, e § 1º, II e 14 da Lei 6.368/76 e art. 10 da Lei 9.437/97. Pleiteava-se, de forma alternativa, a anulação do processo, *ab initio*, a fim de que se realizasse o exame antropológico ou a atenuação da pena (Lei 6.001/73, art. 56, parágrafo único), assim como para garantir seu cumprimento no regime semi-aberto em local próximo da habitação do paciente. Tendo em conta que a sentença afirmara a incorporação do paciente à sociedade, considerou-se que ele seria plenamente imputável e que o laudo pericial para a comprovação de seu nível de integração poderia ser dispensado. Asseverou-se que o grau de escolaridade, a fluência na língua portuguesa, o nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros, foram suficientes para formar a convicção judicial de que o paciente seria inteiramente capaz de entender

colégios primários e secundários, o operador do direito tende a não dar credibilidade ao presente, refugiando-se no passado (em uma per-versão do passado): “Esse aí não é índio”, sentencia.⁷

O que pretendo agora é tentar decifrar o discurso constitucional que, ao que tudo indica, mostra-se em descompasso com o discurso que não aceita o índio fora de sua Terra Tradicional, ou despido de suas vestes fenotípicas concebidas “ginasialmente”.

Devemos enfrentar essa questão: o texto constitucional não fala em índios que vivam em terras indígenas. O reconhecimento exposto na Constituição alcança a todos os índios, sem distinção. Portanto, índios que vivem em centros urbanos ou fora das áreas indígenas, também estão abrangidos e protegidos pelo mesmo texto constitucional.

Além disso, a Constituição não diferencia índios “aculturados” de “não-aculturados” e não pode o intérprete ir além do que pretende o texto constitucional.⁸ Ora, a cultura não é algo estático e este processo de perda de

o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. No tocante à diminuição da pena, ressaltou-se que esta já fora efetuada pelo juízo quando proferida a sentença. HC deferido parcialmente para que o Juiz da Execução observe, quanto possível, o parágrafo único do art. 56 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73: “Art. 56. No caso de condenação do 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 semi-liberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.”). (HC 85198/MA, rel. Min. Eros Grau, 17.11.2005.).

⁷ Um dos grandes problemas é que os juristas ainda estão amarrados a estes preconceitos, enraizados na sociedade em que vivemos. Diz Gadamer: “A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado da coisa, e já se encontra sempre determinada por este. Com isso o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, deve estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 405). Continua Hans-Georg Gadamer: “Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco autoanulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.” (GADAMER. op. cit. p.405).

⁸ “Nos poucos casos que chegaram aos Tribunais Superiores, porém, é pacífica a decisão de não serem aplicadas as regalias oriundas da origem étnica, com o argumento de que, nos casos concretos, os agentes já estariam suficientemente ‘aculturados’. Este raciocínio revela o velho preconceito claramente estabelecido nas Leis imperiais de que o ideal para o índio é viver sob a proteção da ‘justa, humana, pacífica e doce’ sociedade brasileira. Quer dizer, o índio, na medida em que vai conhecendo a ‘civilização’, a ‘cultura’, vai dela se abeberando e se transformando em

valores culturais ou agregação de outros é um processo que se insere em toda a realidade humana e não só nas áreas indígenas. Índios que optam por alguma religião ocidental ou que se filiam a partidos políticos não deixam de ser índios. A cultura é algo dinâmico, nunca estático.

José Afonso da Silva é incisivo:

A identidade étnica perdura nessa reprodução cultural, que não é estática; não se pode ter cultura estática. Os índios, como qualquer comunidade étnica, não param no tempo. A evolução pode ser mais rápida ou mais lenta, mas sempre haverá mudanças e, assim, a cultura indígena, como qualquer outra, é constantemente reproduzida, não igual a si mesma. Nenhuma cultura é isolada. Está sempre em contato com outras formas culturais. A reprodução cultural não destrói a identidade cultural da comunidade, identidade que se mantém em resposta a outros grupos com os quais dita comunidade interage. Eventuais transformações decorrentes do viver e do conviver das comunidades não descaracterizam a identidade cultural. Tampouco a descaracteriza a adoção de instrumentos novos ou de novos utensílios, porque são mudanças dentro da mesma identidade étnica.⁹

Aliás é de se salientar que o Supremo Tribunal Federal incorporou a tese construída pelo ilustre doutrinador. Em voto encabeçado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, HC 80.240-1/RR, foi transcrito, palavra por palavra, tal trecho da obra de José Afonso, como forma de fundamentar a decisão. Decisão unânime do excelso Pretório.¹⁰

Neste mesmo sentido João Pacheco de Oliveira:

A etnicidade supõe necessariamente uma trajetória (que é histórica e determinada por múltiplos fatores) e uma origem (que é uma experiência primária, individual, mas que também está traduzida em saberes e narrativas aos quais vem a se acoplar). O que seria próprio das identidades étnicas é que nelas a atualização histórica não anula o sentimento de referência à origem, mas até mesmo o reforça. É da resolução simbólica e coletiva dessa contradição que decorre a força política e emocional da etnicidade.¹¹

um civilizado, deixando, por isso de ser índio.”. (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. In: *Índios no Brasil*. Brasília: Ministério da Educação e Desporto, 1994. p.165.). O poder tutelar transcende o órgão indigenista oficial, seja o SPI (antes de 1967), seja a FUNAI. Tal poder está presente nas relações estabelecidas entre Estado, sociedade civil e as comunidades indígenas. Tal poder está presente na construção identitária indígena. Pensar em índio tutelado é pensar em índio, no país. Aparenta ser um aspecto da “personalidade” indígena, por assim dizer. Outros estereótipos também aparecem com frequência: índio aculturado e índio integrado, por exemplo. Tanto a “aculturação” quanto a “integração” estão ligadas a política desenvolvida pelo Estado e se consubstanciam na ideia de perda de cultura, com a consequente integração à sociedade nacional.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 725.

¹⁰ HC80240 / RR – RORAIMA HABEAS CORPUS Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. **Julgamento: 20/06/2001 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.**

¹¹ OLIVEIRA, João Pacheco de. *A viagem de volta. Etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste Indígena*. Rio de Janeiro: Contracapa, 1999. p. 30.

O processo integracionista que a FUNAI (e anteriormente o SPI, Serviço de Proteção ao Índio) conduziu durante muitos anos confeccionou a incompreensão do Estado brasileiro em relação aos valores culturais de muitos grupos étnicos, pelo menos os que sobreviveram ao extermínio em massa, às doenças, à devastação do meio ambiente. Não poderia o texto constitucional de 1988, que pretendeu romper com este processo, rotular os índios de “aculturados” – em que um dos grandes culpados, senão o maior, pela incompreensão deste problema é justamente o Estado brasileiro – e afirmar, em uma construção discriminatória e preconceituosa, que estes grupos, vivendo em áreas urbanas, à beira das estradas, não teriam o reconhecimento estendido a todos os grupos étnicos indígenas do nosso país. Os diálogos que ocorreram foram pautados pela assimetria e pela subordinação. Conforme questiona Boaventura de Sousa Santos: “uma concepção idealista de diálogo intercultural poderá esquecer facilmente que tal diálogo só é possível pela simultaneidade temporária de duas ou mais contemporaneidades diferentes. Os parceiros no diálogo são apenas superficialmente contemporâneos; na verdade, cada um deles sente-se apenas contemporâneo da tradição histórica da sua cultura. É assim sobretudo quando as diferentes culturas envolvidas no diálogo partilham um passado de sucessivas trocas desiguais. Que possibilidades existem para um diálogo intercultural se uma das culturas em presença foi moldada por maciças e prolongadas violações dos direitos humanos perpetradas em nome da outra cultura?”¹²

É necessário criar um diálogo intercultural pautado pela simetria e pela razoabilidade, sopesando alguns princípios constitucionais de modo a construir um conceito do sujeito indígena mais em conformidade com a proposta constitucional.

2.2 O conceito constitucional de indígena

O que o texto constitucional propõe é que os índios são titulares do direito à diversidade cultural, do direito às suas tradições, crenças, costumes e línguas. O texto fala do indígena que se auto-identifica como tal, como garante a Convenção nº 169/89: “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.”

A Constituição também não vincula o reconhecimento à diversidade cultural indígena à terra indígena. Os direitos originários inclusive estão

¹² SOUSA SANTOS, Boaventura. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: CAPINHA, Graça (org.). *Identidades: estudos de cultura e poder/Bela Feldman-Bianco*. São Paulo: Hucitec, 2000. p. 35-36.

separados, apesar de estarem explicitados no mesmo artigo. Como é que se quer, atualmente, fazer este tipo de exegese? Limitar a concepção dos índios aos seus contornos territoriais e geográficos pode ter o mesmo significado: o aprisionamento dos índios para facilitar o trabalho de incorporação dos mesmos à “sociedade nacional”, que era o horizonte pré-constitucional, traçado ainda no Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, sem recepção no ordenamento vigente.

O texto constitucional não exige que o índio use cocar e pinturas no corpo para ter o direito reconhecido no artigo 231. Simplesmente, e a clareza é solar, reconhece o direito que todo o indivíduo indígena tem de possuir suas próprias tradições, crenças e costumes. E de que essa diversidade cultural, muito mais do que reconhecida pelo ordenamento jurídico, está presente na própria individualidade, personalidade, identidade de cada índio brasileiro.¹³

A imagem que se tem do índio é uma imagem deturpada.¹⁴ Se o índio passa a se vestir como um branco deixa de ser índio. Se o índio viaja para fora da aldeia deixa de ser índio. Se dorme em uma rodoviária para se proteger do frio, deixa de ser índio. Passa a ser branco, mendigo, qualquer coisa. Menos índio. Homi Bhabha é incisivo:

A representação da diferença não deve ser lida apressadamente como o reflexo de traços culturais ou étnicos *preestabelecidos*, inscritos na lápide fixa da tradição. A articulação social da diferença, da perspectiva da minoria, é uma negociação complexa, em andamento, que procura conferir autoridade aos hibridismos culturais que emergem em momentos de transformação histórica. O ‘direito’ de se expressar a partir da periferia do poder e do privilégio autorizados não depende da persistência da tradição; ele é alimentado pelo poder da tradição de se reinscrever através das condições de contingência e contraditoriedade que presidem sobre as vidas dos que estão ‘na minoria’. O reconhecimento que a tradição outorga é uma forma parcial de identificação. Ao reencenar o passado, este introduz outras temporalidades culturais incomensuráveis na invenção da tradição. Esse processo afasta qualquer acesso

¹³ Nesse mesmo sentido: “Os povos que permaneceram confinados em pequenas áreas têm hoje a sensação clara de ter sido fraudados. Embora com uma relação longa e próxima com a sociedade nacional, não foram jamais integrados como indivíduos, porque, apesar de usar roupas, sapatos e relógios, continuam a ser índios, com tradições, usos, costumes, crenças e língua próprios; continuam sendo povos, vivendo coletivamente e obedecendo às regras de seu grupo, mas perderam o território original.” (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. “O direito de ser povo.”. *Folha de São Paulo*, 11.04.2000, p. 09.).

¹⁴ “a riquíssima diversidade cultural dos índios no Brasil não foi ainda entendida pela sociedade brasileira. O próprio termo índio, genérico, insinua que todos estes povos são iguais. O senso comum acha que todos têm uma mesma cultura, língua, religião, hábitos e relações jurídicas civis e de família. Esta falsa ideia é disseminada nas escolas através dos livros didáticos, que não raras vezes misturam os índios brasileiros, seus costumes, com os índios norte-americanos que aparecem, também estereotipados, nos filmes do velho oeste.” (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 38.).

imediatamente a uma identidade original ou a uma tradição 'recebida'. Os embates de fronteira acerca da diferença cultural têm tanta possibilidade de serem consensuais quanto conflituosos; podem confundir nossas definições de tradição e modernidade, realinhar as fronteiras habituais entre o público e o privado, o alto e o baixo, assim como desafiar as expectativas normativas de desenvolvimento e progresso."¹⁵

A identidade indígena sofreu e sofre até hoje o contato com outros grupos e outros campos de conhecimento. Este contato gerou transformações nesta identidade indígena. Ela se modificou. E vice-versa, em relação aos grupos que entraram em contato com os Povos indígenas. Os índios se articularam, através de suas lideranças, estabeleceram diálogos interculturais, construíram representações. Aliás, como qualquer outra construção identitária. As políticas públicas devem ser ofertadas com respeito a esta identidade, que não é imutável. Deve estar protegida contra a exploração e o desrespeito. É garantia constitucional. Mas também esta identidade se rearticula, se reelabora, se capacita, para este diálogos.

Assim entende Avtar Brah

"Questões de identidade estão intimamente ligadas a questões de experiência, subjetividade e relações sociais. Identidades são inscritas através de experiências culturalmente construídas em relações sociais." [...] As identidades são marcadas pela multiplicidade de posições de sujeito que constituem o sujeito. Portanto, a identidade não é fixa nem singular; ela é uma multiplicidade relacional em constante mudança. Mas no curso desse fluxo, as identidades assumem padrões específicos, como num caleidoscópio, diante de conjuntos particulares de circunstâncias pessoais, sociais e históricas."¹⁶

e, também, Sérgio Costa, adotando posição de Homi Bhabha:

"Em contraposição às construções identitárias homogeneizadoras que buscam aprisionar e localizar a cultura, coloca-se a ideia da diferença, articulada, contextualmente, nas lacunas de sentido entre as fronteiras culturais. Diferença aqui não tem o sentido de herança biológica ou cultural, nem de reprodução de uma pertença simbólica conferida pelo local de nascimento, de moradia ou pela inserção social, cultural, etc. A diferença é construída no processo mesmo de sua manifestação, ela não é uma entidade ou expressão de um estoque cultural acumulado, é um fluxo de representações, articuladas *ad hoc*, nas entrelinhas das identidades das identidades externas totalizantes e essencialistas – a nação, a classe operária, os negros, os migrantes, etc. Nesses termos, mesmo a remissão a uma suposta legitimidade legada por uma tradição 'autêntica' e 'original', deve ser tratada como parte da performatização da diferença – no sentido linguístico do ato enunciativo e no sentido dramaturgico da encenação."¹⁷

¹⁵ BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998. p. 21.

¹⁶ AVTAR. "Diferença, diversidade, diferenciação. In: *Diferenças em jogo. Cadernos Pagu* – Revista Semestral do Núcleo de Estudos de Gênero, Pagu, Universidade Estadual de Campinas, jan.-jun. 2006, p. 371.

¹⁷ COSTA, Sérgio. *Dois Atlânticos: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. p. 92.

Portanto, não podemos tolerar uma política homogeneizadora como a integracionista e o mecanismo tutelar, tampouco, por outro lado, admitir que as minorias culturais possam permanecer imobilizadas, como se a porosidade para a construção de relações com outras culturas não existisse.

Como consideração final, a partir do enunciado normativo da Convenção 169 pode-se conceituar índio como sendo o sujeito que se auto-declara como tal, sendo que tal reconhecimento não, é de modo algum, uma variável absoluta (aliás nenhum direito fundamental o é), mas simplesmente uma variável de onde se parte para se concretizar o direito à identidade e à diferença. Lamentavelmente, precisei utilizar a imagem do índio encarado (acusado) como “desaldeado”, “aculturado”, “incorporado”, para compor um conceito adequado e contrapor (expondo-a) uma construção histórica-ideológica desvirtuada.

3 Constituição e Processo Penal

O Constituinte alterou profundamente as premissas e os horizontes normativos no que tange ao componente indígena. Dedicou um elaborado capítulo, ornamentado com conceitos sobre a diversidade cultural, Terras Tradicionais, e o papel do Estado com suas novas atribuições. Este capítulo precisa transbordar. Necessita de uma maior efetividade. As instituições públicas precisam se capacitar para poder abrir espaços de diálogo e relação com as múltiplas etnias. A norma infraconstitucional precisa estar harmonizada com o texto constitucional. Também como visto anteriormente, uma das cláusulas normativas impostas é a de respeito à diversidade cultural. Devemos, então, tentar compor o sistema processual penal de forma a estar em compasso com os ditames constitucionais.

Se, como bem anota Pacelli, “em tema de processo penal, a ampla defesa, com a exigência de defesa efetiva, parece ser, mais que o contraditório, a sua nota mais característica, sobretudo da perspectiva da efetiva tutela dos direitos e garantias individuais”,¹⁸ como conciliar este princípio inarredável da

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 524. Para Baracho: “Algumas regras são básicas para a compreensão de pontos essenciais à tutela constitucional do processo: a correta citação (*audiatur altera pars*), sendo que a falta de citação, nos casos concretos, gera nulidade; inconstitucionalidade por falta do respeito aos prazos; inconstitucionalidade por sonegação do direito de audiência ou de ser ouvido; inconstitucionalidade pela privação de provas; para correção de erros de procedimento, inconstitucionalidade por supressão ou privação de recursos; inconstitucionalidade por privação de revisão judicial; inconstitucionalidade por falta de idoneidade do juiz, pelo que é garantia fundamental a existência de tribunal competente e imparcial, que não viole a garantia do *due process of law*.” (grifei). BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 135-200.

defesa efetiva com uma realidade sociocultural distinta, com uma organização social diferente, com uma língua própria, de pouca difusão, enfim com contexto cultural diverso, prestigiado através de proteção e valorização pelo texto constitucional? Ao que tudo indica, um dos mecanismos a serem corrigidos no tocante a este tema é o da relação/presença do sujeito indígena no processo penal. Ao deixarmos o “rio correr da maneira como está”, ficaremos reféns de uma jurisprudência casuística e eventualmente compatível com a Constituição. Mas, pelos precedentes indicados, os rumos “desta corrente” estão a merecer um forte desvio, em direção a uma vinculação mais harmônica com o discurso constitucional.

Em primeiro lugar, vamos assumir que o legislador pátrio já se atrelou a tais orientações normativas, ao absorver a Convenção 169/89, da Organização Internacional do Trabalho. Nesta, são apontadas as chamadas “Medidas Especiais”, ferramentas de proteção e inclusão para os Povos Indígenas, que possibilitem a inserção destes Povos na arena pública de discussão e deliberação e que garantam o respeito a sua autonomia e alteridade. Em segundo lugar, vamos interpretar “ampla defesa” como sendo um princípio, de um conteúdo mais elástico, compondo-se de subprincípios (“a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado”¹⁹), garantia constitucional fundamental. Em terceiro lugar, vamos adequar o princípio do contraditório, que é garantia de participação do sujeito em simétrica paridade,²⁰ permitindo a contribuição de um sujeito, que vivencia uma realidade sociocultural distinta, na construção do convencimento do Judiciário.

3.1 Medidas Especiais

No momento em que a Constituição reconhece a diversidade cultural, os traços culturais, os índios não podem mais ser compelidos a serem “integrados” ou “assimilados” ou serem taxados de “aculturados” ou “não-integrados”, enfim, classificados de forma discriminatória. Os sujeitos que se auto-identificam como indígenas, são dotados do direito à sua diversidade cultural e do direito ao acesso de todas as garantias constitucionais, de forma autônoma, não podendo ser tutelados, ou serem impedidos de exercerem seus direitos pelo fato de não possuírem capacidade civil.

A Convenção 169, de 1989, em seu artigo 4º, estabelece as metas a serem observadas nessa “proteção especial”:

¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 31.

²⁰ Idem, *ibidem*, p. 28.

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.
2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.
3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

E em especial no que tange a proteção da seara penal, artigo 12:

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

Assim, a Convenção reconhece e determina a criação de garantias (chamadas medidas especiais) voltadas para assegurar a compreensão dos procedimentos legais. Entendo que duas dessas garantias são fundamentais: 1) a tradução linguística; e 2) os laudos antropológicos.

Essas medidas estampadas no documento internacional também encontra eco na Constituição: diz o Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Ministro Marco Aurélio, HC 80240-1/RR: “observa-se o tratamento especial conferido aos índios. A Carta preserva a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e tradições dos índios, consideradas as peculiaridades reinantes, objetivando o respeito à cultura indígena. Há de extrair-se da Carta Política a maior eficácia possível, ante o fim colimado.”

3.2 O papel da Antropologia

A prova em processos judiciais onde se coloca em discussão a temática indígena deve ser, portanto, adequada o possível para atuar no convencimento judicial. A perícia antropológica torna-se componente indispensável na trajetória processual penal. Refere Canotilho que “Neste sentido, poderá falar-se de um direito constitucional à prova entendido como o poder de uma parte (pessoa individual ou pessoa jurídica) ‘representar ao juiz a realidade dos factos que lhe é favorável’ e de ‘exibir os meios representativos desta realidade’. Talvez se possa dizer que, em rigor, o direito constitucional à prova abrange o direito à prova em sentido lato (poder de demonstrar em juízo o fundamento da própria pretensão) e o direito à prova em sentido estrito (alegando matéria de facto e procedendo à

demonstração da sua existência.)”²¹ e, mais especificamente sobre a prova pericial, Pacelli leciona que: “A prova pericial, antes de qualquer outra consideração, é uma prova técnica, na medida em que pretende certificar a existência de fatos cuja certeza, segundo a lei, somente seria possível a partir de conhecimento específicos. Por isso, deverá ser produzida por pessoas devidamente habilitadas.”²²

A relação da antropologia com o direito se torna, a partir do surgimento da diversidade cultural em um patamar normativo constitucionalizado (referindo a diferença como objeto de proteção e valorização), extremamente importante. Caso contrário, muitos símbolos e significados, apurados antropológicamente, não ficariam evidenciados adequadamente tornando a tarefa da hermenêutica jurídica mais dificultada. As redes culturais vão estar repletas de significados, aguardando uma descrição mais densa, para utilizar a terminologia adotada por Geertz.²³ Desse modo, torna-se fundamental o diálogo entre os dois campos de conhecimento, para que os dilemas advindos do surgimento da diversidade cultural como direito não se tornem dilemas descartáveis ou dilemas de solução impossível e incomensurável.

A cultura²⁴ e seus elementos não são aspectos desimportantes quando encarnam em um processo ou em um procedimento administrativo.²⁵ São matéria esperando uma descrição e uma interpretação. Estes esquemas descritivos/interpretativos não podem ser apropriados de forma despreparada (“esse costume me parece/não me parece indígena”), casuística, ou totalmente desprezados, o que, de certa forma, tem o mesmo sentido de analisá-los de forma não-capacitada ou oportunista.

Tais esquemas devem ser utilizados por quem está habilitado para interpretar e descrever processos culturais, ambientes, grupos, costumes, tradições e conseguir traduzir tais fatos para os operadores de direitos de modo

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 129.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p.359.

²³ GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

²⁴ Adoto o conceito de cultura utilizado por Geertz: “o conceito de cultura ao qual eu me atendo não possui referentes múltiplos nem qualquer ambiguidade fora do comum, segundo me parece: ele denota um padrão de significados transmitido historicamente, incorporado em símbolos, um sistema de concepções herdadas expressas em formas simbólicas por meio das quais os homens comunicam, perpetuam e desenvolvem seu conhecimento e suas atividades em relação à vida.” GEERTZ, Clifford, Op. cit., p. 66.

²⁵ “Quando vista como um conjunto de mecanismos simbólicos para controle do comportamento, fontes de informação extra-somáticas, a cultura fornece o vínculo entre o que os homens são intrinsecamente capazes de se tornar e o que eles realmente se tornam, um por um. Tornar-se humano é tornar-se individual, e nós nos tornamos individuais sob a direção dos padrões culturais, sistemas de significados criados historicamente em termos dos quais damos forma, ordem, objetivo e direção às nossas vidas.” GEERTZ, Clifford. Op. cit., p. 37.

a poder municiá-los no que tange a sua atividade de interpretar-concretizar o direito. Fornecendo tais dados, elementos culturais, o antropólogo possibilita uma (re) definição de imagens e contextos e constrói um material suficiente para preencher lacunas e furos provocados pela imersão do intérprete jurídico em conceitos, imagens e molduras completamente defasadas, inadequadas e incompletas, ou mesmo, nunca trespassadas por qualquer processo reflexivo.

Refere Geertz:

“O que o etnógrafo enfrenta, de fato – a não ser quando (como deve fazer, naturalmente) está seguindo as rotinas mais automatizadas de coletar dados – é uma multiplicidade de estruturas conceituais complexas, muitas delas sobrepostas ou amarradas umas às outras, que são simultaneamente estranhas, irregulares e inexplícitas, e que ele tem que, de alguma forma, primeiro apreender e depois apresentar. E isso é verdade em todos os níveis de atividade do seu trabalho de campo, mesmo o mais rotineiro: entrevistar informantes, observar rituais, deduzir os termos de parentesco, traçar as linhas de propriedade, fazer o censo doméstico... escrever seu diário. Fazer a etnografia é como tentar ler (no sentido de ‘construir uma leitura de’) um manuscrito estranho, desbotado, cheio de elipses, incoerências, emendas suspeitas e comentários tendenciosos, escrito não com os sinais convencionais do som, mas com exemplos transitórios de comportamento modelado.”²⁶

Os juízes utilizam peritos contábeis sempre que necessário para espancar dúvidas que fogem do seu conhecimento jurídico. Deverão também usar os especialistas na antropologia para que possam julgar seus processos de forma adequada. É afetada a diversidade cultural quando ocorre uma questão de ordem criminal enfrentada por um índio? Talvez. De que forma?

Um profundo estudo antropológico poderá apurar e apontar horizontes. E não é somente em relação às terras tradicionais que deverá ocorrer tal esclarecimento. Nas disputas judiciais que envolvem os “elementos da cultura indígena”, deverá, de forma obrigatória, ser utilizada a pesquisa antropológica para amparar qualquer decisão. Neste sentido encontra-se o posicionamento de Bartolomé Clavero. Para o ilustre jurista, os problemas envolvendo direitos indígenas, individuais e coletivos, no âmbito de uma cultura constitucionalista, só pode ser resolvido através de uma análise antropológica. São suas palavras: “*Sigue siendo la antropología quien nos aclara estas cosas.*”²⁷

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 7.

²⁷ CLAVERO, Bartolomé. *Derecho Indígena y cultura constitucional en América*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. p. 155. E no mesmo sentido Aracy Lopes da Silva: “A antropologia é a única disciplina plenamente capacitada para a apreensão da realidade dos povos indígenas por havê-los escolhido como seu objeto por excelência, desde que se constituiu como disciplina.” (SILVA, Aracy Lopes da. Há antropologia nos laudos antropológicos?. In: *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: ABA, CPI/SP e UFSC, 1994. p. 64.).

No entanto, é necessário se fazer ressalvas a amplitude da atividade antropológica nos trabalhos técnicos requisitados pelo Poder Judicial, como anota João Pacheco de Oliveira:

“O antropólogo dispõe de competência para – ou mesmo lhe é eticamente facultado – dizer se tal ou qual indivíduo é (ou não) membro de um dado grupo étnico? Ou ainda, o antropólogo pode efetivamente assegurar que um determinado grupo humano é (ou não) indígena, isto é, mantém relações de continuidade com populações pré-colombianas? E por fim, pode o antropólogo estabelecer, tendo em vista tal grupo étnico, qual é precisamente o território que lhe corresponde?

Estas são questões muito complexas do ponto de vista antropológico, mas para as quais juízes, procuradores e advogados aguardam respostas precisas. É por isso que qualificam como *perícia* as investigações (que os antropólogos chamariam de *pesquisa*) empreendidas para a elaboração de um *laudo*, ao qual é atribuído um elevado grau de exatidão técnico-científica. A comparação, algumas vezes lembrada, com a chamada *perícia de paternidade*, feita através do exame de DNA, é totalmente deslocada e assustadora.”²⁸

Se seguirmos por outra linha, de que os direitos indígenas podem ser visualizados simplesmente sob o prisma jurídico, desconsiderados elementos de ordem antropológica, podemos tornar o artigo 231, pelo menos no tocante a garantia da diversidade cultural, uma fórmula vã e inconsequente. Canotilho leciona nesta linha: “É certo que o recorte do âmbito normativo constitucional dos direitos fundamentais impõe a introdução de elementos policontextuais e de discursos sociais especializados para sabermos com rigor do que é que estamos a falar.”²⁹

Finalmente, cumpre sinalar que tais repercussões da Constituição não alcançam somente a atividade judiciária. Também as autoridades policiais, quando da condução do inquérito, deverão se atrelar em tais princípios, propiciando, ainda na seara inquisitória, a adequada coleta de provas.

²⁸ OLIVEIRA, José Pacheco de. Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades do trabalho do antropólogo em laudos periciais. In: *Indigenismo e territorialização. Poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contracapa, 1998. p. 270. E neste mesmo sentido: “O Direito enquanto Ciência e mais especificamente a Ciência do Direito Constitucional, devem ser compreendidas enquanto desentronizadas de uma unidade científica, mas como detentores de sinais diacríticos específicos em relação à Antropologia, História e Sociologia, dentro outras. Nestas ciências sociais, prepondera a responsabilidade para com a descrição realizada com fidedignidade sobre os grupos ou aspectos estudados em uma época ou sociedade nos quais muitas questões podem permanecer em aberto. Naquelas, de cunho jurídico entretanto, indaga-se ao jurista, além das circunstâncias fáticas, sobre soluções pertinentes ao caso concreto. O Jurista está assim, às voltas com o interminável problema de fornecer respostas aos casos concretos.” (SILVA, Dimas Salustiano da. *Constituição democrática e diferença étnica no Brasil contemporâneo: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra pelas comunidades negras remanescentes de quilombos*. Dissertação aprovada pela UFPR, 1996. p. 156.).

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 129.

3.3 Hermenêutica diatópica

Uma das possibilidades hermenêuticas que podem ajudar a solver situações de multiculturalidade, construindo os vínculos necessários entre culturas distintas é a hermenêutica diatópica. Para concebê-la, o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos parte de algumas premissas.³⁰ A primeira premissa diz respeito a superação do falso debate sobre relativismo e universalismo. Refere que todas as culturas são relativas, “mas o relativismo cultural como atitude filosófica é incorreto”,³¹ e o multiculturalismo universalizante também falha eis que todas as culturas “aspiram a preocupações e valores universais”.³² Imperioso é se estabelecer estratégias para evitar competições sobre os valores relacionados aos direitos humanos, bem como a dignidade humana, obstruindo um verdadeiro diálogo intercultural.³³ A segunda premissa repousa na ideia de que todas as culturas constroem suas próprias concepções sobre dignidade humana, mas nem todas as traduzem através de catálogos de direitos, como é do figurino ocidental. A terceira afirma a existência de uma incompletude na concepção retro-referida, podendo ser visualizadas tais incompletudes a partir de um observador externo, de uma outra perspectiva cultural. A quarta contempla a ideia da diferença na concepção de dignidade humana, esculpindo cada cultura uma própria. E a quinta premissa é de que todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais em princípios de igualdade (hierarquia socioeconômica) e de diferença (hierarquia identitária).

A partir dessas premissas, Boaventura começa a delinear o que chama de hermenêutica diatópica (com referências a Raimond Panikkar). Inicia referindo as dificuldades de um diálogo intercultural, um diálogo entre universos de sentidos distintos e incomensuráveis, um diálogo entre lugares comuns teóricos mais abrangentes (constelações), premissas argumentativas, que denomina *topoi*. Boaventura propõe então a compreensão de determinada cultura, dada sua incompletude, a partir do *topoi* de outra, chamando tal compreensão de *diatópica*, “ampliando ao máximo a consciência de incompletude mútua por meio

³⁰ Uma discussão que antecede a esta é a referente a “cultura dos direitos humanos”. Afirma o mestre português que tal cultura é própria do mundo ocidental, não sendo identificada em outros “mundos”, em outras sociedades, etc. Serão, portanto, os direitos humanos universais? Responde Boaventura que: “Todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona, pelo modo como questiona. Por outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental.” SOUSA SANTOS, Boaventura. Op. cit. p. 26.

³¹ Idem, ibidem, p. 28.

³² Idem, ibidem, p. 28.

³³ “Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas. Contra o relativismo, há que desenvolver critérios políticos para distinguir política progressista de política conservadora, capacitação de desarme, emancipação de regulação.” Idem, ibidem, p. 28.

de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra”.³⁴ O reconhecimento de tal incompletude mútua é premissa para o estabelecimento deste diálogo.

Creio que a hermenêutica diatópica fornece boas pistas para o desvelamento das eventuais tensões que surgem dos embates judiciais onde os sujeitos indígenas estão presentes. As concepções e perspectivas destes sobre direitos humanos e dignidade humana podem não ser as mesmas compartilhadas pelos atores jurídicos.³⁵ A Constituição permite, em seu artigo 231, que não o sejam. Não significa que estes atores tenham que aceitar esta visão distinta.³⁶ E vice-versa. Mas significa que devem existir aportes compreensivos que permitam a concretização do texto constitucional, em todas as suas dimensões. Com a interpenetração das identidades, começa-se a demarcar as fronteiras do que é mutuamente aceitável ou inaceitável. Ao transpor tais concepções para um estudo, laudo, perícia, o antropólogo ajuda a costurar o diálogo intercultural que deve existir, face ao dispositivo constitucional, entre operadores do direito e sujeitos indígenas.³⁷

Mesmo sem a existência do artigo em comento, seria inadequado ou insuficiente conceber a ideia de um mínimo denominador comum cultural, visto a existência de uma sociedade culturalmente multifacetada. A hermenêutica ajuda a compreender as incompletudes e a construir elos entre os discursos comuns, evidenciando densamente a diferença e a igualdade.

É necessário ainda pontuar que todo este debate está intrinsecamente ligado ao debate sobre as instituições públicas e a democracia. A capacitação destas instituições, dos Poderes públicos, a partir de um eixo constitucional e a democratização das relações sociais, dando voz às minorias para que ocupem os espaços destinados aos debates públicos, são essenciais para os ajustes e articulações desta discussão. Nessa linha, sobre o diálogo entre culturas, reflete Gerardo Pisarello:

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 31.

³⁵ Sendo ambos incapazes de superar suas parcialidades e especificidades de sua existência no mundo.

³⁶ Esses direitos à diversidade cultural devem ser devidamente ponderados quando em conflito com outros direitos fundamentais estampados no texto constitucional. Assim dispõe a Convenção supramencionada, em seu artigo 8º:

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

³⁷ “A hermenêutica diatópica requer, não apenas um tipo de conhecimento diferente, mas também um diferente processo de criação de conhecimento. A hermenêutica diatópica exige uma produção de conhecimento coletiva, interativa, intersubjetiva e reticular.” Idem, *ibidem*, p. 35.

“Todo ello comportaría la articulación de un modelo de derechos humanos capaz de combinar aspiraciones universalistas con prácticas multiculturales. Las primeras servirían de prevención contra aquellas variantes de relativismo cultural incapaces de establecer cualquier distinción entre políticas de emancipación y políticas represivas o de dar cuenta de las dimensiones objetivas del sufrimiento humano. Las segundas, por su parte, deberían operar como salvaguarda contra las tentaciones de etnocentrismo e imperialismo ético incapaces de reconocer el carácter problemático e incompleto de todas las concepciones culturales de la dignidad humana, así como de la consiguiente necesidad de un permanente diálogo entre universos de sentido diferente y, en ocasiones, incommensurables.”³⁸

3.4 A tradução adequada – simetria e paridade no contraditório

Em muitas situações que vão surgir para o deslinde judicial, portanto, serão exigidos conhecimentos extrajurídicos que estão disponíveis através das ciências sociais, em especial, *in casu*, a antropologia. A tarefa desta será das mais complicadas, posto que deverá ofertar cenários socioculturais e tentar estabelecer interfaces entre a antropologia e o direito. Tarefa, por vezes, complicada. Vamos acrescentar mais um ingrediente: as diferenças linguísticas. No Brasil, os Povos Indígenas manejam mais de duzentas línguas distintas. Apesar do bilinguismo não ser oficial no país, o legislador constituinte não restou omissivo em relação a tal realidade.

Dois artigos da Constituição contemplam este contexto: o 210, parágrafo segundo: “O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.” e o 231, *caput*, “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, **línguas**, crenças e tradições”.

Ora, o Constituinte vinculou os poderes públicos ao compromisso fundamental com este reconhecimento. A produção de um modelo escolar onde cartilhas sejam escritas na língua indígena é tarefa do Estado. Uma política de saúde deve envolver o conhecimento do vocabulário indígena e também conseguir estabelecer uma comunicação com pacientes e demais clientes do sistema público de atendimento. Da mesma forma o processo penal. A possibilidade de não compreender o discurso jurídico é algo bem notório. Acresça-se a esta possibilidade uma incompreensão total derivada da diferença idiomática. É uma dupla desvantagem. Falta de conhecimento das falas jurídicas e falta de tradução adequada para tornar compreensível a cerimônia e os ritos judiciais. Para enfrentar esse prejuízo dobrado é importante a presença de um

³⁸ PISARELLO, Gerardo. Globalización, constitucionalismo y derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 173.

defensor capacitado³⁹ e de alguém que possa traduzir o idioma, contribuindo para a comunicação e o diálogo do Estado-juiz com o sujeito indígena. Isso possibilitaria um posicionamento menos assimétrico na estrutura processual, sedimentando o compromisso constitucional com a proteção dos grupos étnicos.

O Estado, no plano da normatividade, deve assegurar esta participação, esta paridade, esta simetria e este acompanhamento adequado. Deve garantir representatividade concomitantemente ao respeito a diversidade. Reconhecer é dar voz. Esta voz, diferenciada radicalmente, duzentos Povos e duzentas línguas distintas, fomentam uma ideia de complexidade. No entanto, esta complexidade ingressa no palco público para enriquecer o Estado democrático de direito, e não para torná-lo inviável. A diversidade cultural pode tornar a democracia plural em um fato, e não em um discurso vazio. Se Dworkin afirma que “uma sociedade em que a maioria despreza as necessidades e perspectivas de uma minoria é não só injusta como ilegítima”,⁴⁰ esta afirmação pode ser rearticulada para, realmente, reparar esta injustiça ou ilegitimidade. Talvez a proposta de Iris Young de uma democracia comunicativa caiba aqui, ou seja, 1) confrontação com diferentes perspectivas, interesses e significados; 2) transformar expressões de interesse e desejo dessas minorias em demandas por justiça; 3) expandir o conhecimento sobre os problemas sociais destes grupos para todos os participantes dos debates públicos.⁴¹

³⁹ Nesse sentido a recente portaria:

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PORTARIA Nº 258, DE 7 DE JULHO DE 2008

O Defensor Público-Geral da União, no uso da atribuição que lhe é conferida pelo inciso I do art. 8º da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994;

Considerando a necessidade aprimorar o serviço público prestado pela Defensoria Pública da União, garantindo assistência jurídica às vítimas de violência;

Resolve aprovar e baixar as seguintes normas:

Art. 1º. São atribuições ordinárias dos titulares de Ofícios de Direitos Humanos e Tutela Coletiva, sem prejuízo de outras que lhe forem conferidas:

I. promover as ações penais privadas e subsidiárias da pública;

II. servir como assistente da acusação;

III. promover a ação civil ex-delicto;

IV. pleitear as providências administrativas e judiciais para a proteção às vítimas de crimes e às testemunhas ameaçadas; e

V. pleitear as medidas necessárias, judiciais e administrativas, voltadas à proteção das pessoas que integram minorias e grupos vulneráveis alcançados pela violência, tais como índios, quilombolas, homossexuais e mulheres vítimas da agressões no âmbito doméstico.
(grifo nosso)

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 39.

⁴¹ YOUNG, Iris. Communication and the other: beyond the deliberative democracy. In: BENHABIB, Seyla. *Democracy and difference. Contesting the boundaries of the political*. New Jersey: Princeton University Press, 1996. p. 128.

4 Jurisdição e competência

Entendo caber aqui um breve aporte sobre o tema, também intrincado, referente a competência para julgar e decidir os processos penais objeto de nossa empreitada. Já está cristalizado na jurisprudência (que acabou formatando a questão, face a inoperância do Parlamentar) algumas matrizes bastante equivocada sobre este tema processual: a ideia de que o enunciado constitucional da competência da justiça federal em relação a “disputa sobre direitos indígenas” disposto no artigo 109, inciso IX, do texto constitucional trata, exclusivamente, de disputa sobre direitos originários, ou seja, que envolvam terras tradicionais.

Também é de se salientar que as Cortes têm se orientado pela bipolaridade índio-indivíduo e índio-coletivo. No primeiro caso, as demandas seriam apreciadas pela esfera estadual, no segundo pela federal. Assim, já decidida a questão pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, tanto da questão envolvendo terras,⁴² quanto da contrastante e intrigante bipolaridade.⁴³

⁴² EMENTA: HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO. ACUSADOS: ÍNDIOS. DELITO COMUM. AUSÊNCIA DE DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. O deslocamento da competência para a Justiça Federal, na forma do inciso XI do artigo 109 da Carta da Republica, somente ocorre quando o processo versa sobre questões ligadas à cultura indígena e aos direitos sobre suas terras.

2. Homicídio em que os acusados são índios. Crime motivado por desentendimento momentâneo, agravado por aversão pessoal em relação à vítima. Delito comum isolado, sem qualquer pertinência com direitos indígenas. Irrelevância do fato ter ocorrido no interior de reserva indígena. Competência da Justiça Estadual. Ordem indeferida.

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DE INDÍGENA. DISPUTA DE DIREITOS INDÍGENAS E DE TERRITÓRIO NÃO CARACTERIZADA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 140/STJ. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência desta Corte, por meio da Súmula 140, consolidou o entendimento de que “compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”. Refogem à aplicação desse verbete os casos em que o delito perpetrado decorra de “disputa sobre direitos indígenas” (art. 109, inciso XI, da Constituição da República), situação que desloca a competência para a Justiça Federal.

2. Inexistindo evidências de que a morte do indígena tenha sido provocada com o objetivo de violar direitos de sua comunidade étnica ou para dela tomar território, cabe à Justiça Estadual o julgamento da ação penal.

3. Ordem denegada.

(HC 32.214/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 08.11.2007, DJ 07.02.2008 p. 1)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PERPETRADOS CONTRA POLICIAIS NÃO CARACTERIZADOS. RÉUS INDÍGENAS.

EXISTÊNCIA DE CONFLITOS DE TERRA CONSTANTES ENTRE INDÍGENAS E FAZENDEIROS LOCAIS. MOTIVAÇÃO. DEFESA DE INTERESSE DA COLETIVIDADE SILVÍCOLA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Os crimes de homicídio pelos quais respondem os ora Pacientes tiveram como motivação a declarada defesa de suas terras, consoante se depreende dos termos dos interrogatórios dos acusados, o que é corroborado pelas circunstâncias de tempo, lugar e modo em que ocorreram, a

Pois bem. O que pretendo aqui, de forma sucinta, é reabrir a discussão através de outras perspectivas, para encontrar um horizonte normativo mais apropriado.

A expressão disputa sobre direitos indígenas nos remete, obviamente, ao dispositivo constitucional que capitaneia as questões indígenas: o artigo 231. Este refere os direitos originários. Por certo, a disputa sobre terras tradicionais demarca a jurisdição federal. Mas não existe somente uma espécie de direitos decorrentes do artigo em comento. Existe uma multiplicidade de direitos. Direitos à sua organização social, aos seus costumes, às suas tradições, crenças, línguas, ao seu patrimônio cultural, aos seus conhecimentos tradicionais, enfim, que podemos sintetizar através de um “direito à diversidade cultural”, um verdadeiro princípio constitucional, de conteúdo elástico, extenso, denso e indeterminado. Assim, a “disputa”, lide, conflito, litígio, eventualmente associada à diversidade cultural indígena ativa a apreciação e decisão de tal demanda pelo judiciário federal. Se o Constituinte quisesse restringir o vocábulo, através do vocábulo disputa, teria entabulado outro enunciado, mais explícito: “a disputa sobre terras tradicionais”. Não o fez e a reconfiguração, via judicial, do comando constitucional parece atender

evidenciar que a ação delituosa, perpetrada por um grupo significativo de índios, traduz aparente reunião de esforços para proteção de interesses indígenas.

2. Sem embargo da evidente reprovabilidade das condutas dos réus, em especial pela sua brutalidade, foram elas praticadas em cenário que indica haver estreita ligação com disputa pela posse de terras entre índios e produtores rurais locais, na medida em que os policiais – que não estavam caracterizados – teriam sido confundidos com fazendeiros, com quem estavam em constante conflito. Competência para julgar e processar os indígenas, no caso, é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso XI, da Constituição Federal.

3. Ordem concedida para declarar a incompetência do juízo de Direito da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Dourado/MS e, assim, anular o processo ab initio, com o aproveitamento dos atos não-decisórios já praticados, determinando sejam os respectivos autos imediatamente encaminhados para o Juízo Federal da região, a quem competirá apreciar a necessidade da decretação da prisão preventiva dos Réus, atendidas as garantias legais acerca do local da eventual custódia.

(HC 65.898/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27.03.2007, DJ 14.05.2007 p. 343)

E também, neste sentido: (CC 37.833/RR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14.03.2007, DJ 26.03.2007 p. 194), (HC 55.792/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29.06.2006, DJ 21.08.2006 p. 267) e (CC 43.155/RO, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24.08.2005, DJ 30.11.2005 p. 145)

⁴³ PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO – CRIME PRATICADO CONTRA ÍNDIO COMO INDIVÍDUO DETERMINADO E NÃO CONTRA O GRUPO INDÍGENA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – ORDEM CONCEDIDA.

– Inocorrendo o envolvimento de direitos indígenas (art. 109, XI, da CF), o crime praticado é de competência da Justiça Comum Estadual (Súmula 140/STJ).

– Precedentes (CC 21.402/MS, Rel. Ministro Felix Fischer).

– Ordem concedida para declarar competente a Justiça Estadual para processar e julgar o feito.

(HC 33.392/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 08.06.2004, DJ 02.08.2004 p. 452)

muito mais às matrizes já superadas pelo Constituinte, que estipulavam a ideia de enclausuramento dos índios aos contornos de suas “reservas” e “aldeias”, onde, como já referido ao longo deste texto, o índio que está fora da terra tradicional não encontra a proteção prometida pela Constituição.

Outrossim, a matriz que criou uma dicotomia entre índio e coletividade parece também repousar em uma criação jurisprudencial desarrazoada e inadequada. Como qualquer coletividade humana os grupos indígenas possuem uma cultura própria, costumes, crenças, tradições, um modo de vida que lhes é característico. Este modo de vida é alvo de reconhecimento e proteção constitucionais. Mas não se cinge, esta disposição, ao grupo étnico. Ele repercute em todos os membros desta coletividade. Em resumo, direito de todos à diversidade cultural, direito individual, também, ao respeito a sua diferença. Assim, um indivíduo indígena que se envolva em um problema criminal pode sim, invocar dita proteção, eis que também é destinatário das disposições da Carta de 1988. São reconhecidos “aos índios” reza o texto. Índios, grupo étnico, índios membros deste grupo.

Querer dissociar este pertencimento através de construções jurisprudenciais é uma tarefa que corresponde a uma morte cultural, que não pode ser resguardado pela Constituição, já que situaria o indígena em um sistema binário *índio-não índio*. A atuação da antropologia aqui alcança duas funções primordiais: 1) a primeira é demonstrar que os elementos culturais são dinâmicos e que devem ser contextualizados dentro do processo histórico; 2) a segunda é evidenciar as interfaces que existem entre o comportamento individual (com todas as matizes que pode ter o significado “individual”) e o seu correspondente cultural.

Uma decisão da Suprema Corte, já referida, HC 80240-1/RR, pode ser um caminho pretoriano interessante para ser analisado. Neste julgamento, entendeu que:

A tutela constitucional do grupo indígena, que visa a proteger, além da posse e usufruto das terras originariamente dos índios, a respectiva identidade cultural, se estende ao indivíduo que o compõe, quanto à remoção de suas terras, que é sempre ato de opção, de vontade própria, não podendo se apresentar como imposição, salvo hipóteses excepcionais.

Refere o Supremo que a Constituição visa a proteger não só o grupo indígena mas também a sua identidade cultural, o que traduz a real dimensão dos direitos fundamentais elencados para os Povos Indígenas, não somente os direitos originários, mas também os referentes à diversidade (identidade) cultural. E que estes direitos não se restringem ao grupo indígena, mas também “se estendem ao indivíduo que o compõe”.

Ora, em sendo assim, a jurisprudência do chamado Tribunal da Cidadania precisa começar a se amoldar a esta decisão,⁴⁴ que constrói uma nova matriz para a matéria indígena. Não deixo de observar que, ainda, encontra-se fulcrada tal *decisum* ao componente terra, “quanto à remoção de suas terras”, mas entendo que este julgado possibilita uma abertura que possa servir de alicerce para uma nova jurisprudência, afinada com os propósitos do legislador constituinte.

5 Considerações finais

Vivemos um contexto social extremamente difuso e complexo. Esta complexidade impõe ao Estado, ou às Instituições democráticas, o papel de estabelecer diálogos e estratégias de inclusão onde o binômio reconhecimento/redistribuição possa ser manejado de forma a incluir/igualizar sem desrespeitar/desvalorizar segmentos da sociedade tradicionalmente marginalizados ou excluídos do palco público. Eventual inclusão existente não significa que seja uma “inclusão qualificada”, ou seja, nem todos estão incluídos da mesma forma ou exercendo de forma igualitária a cidadania. Inclusão significa reconhecimento da diversidade e das diferenças que não são naturais, mas que são constituídas, construídas e reelaboradas através de processos históricos.

Assim, os povos indígenas passam a reivindicar inclusão com respeito a sua diferença cultural. Frise-se: essa diferença cultural, apurada e evidenciada a partir de estudos antropológicas, não é um valor absoluto, devendo ser ponderada a partir de valores constitucionais, não podendo servir para encobrir afrontas à dignidade humana ou perpetuar injustiças. A advertência de Seyla Benhabib reflete essa ideia: *“In upholding the defendants’ cultural defenses, the judges confirmed the view of these other cultures as monolithic wholes, impervious to internal change and transformation. It is as if there were no*

⁴⁴ Mas é de se elencar julgado do final de 2008, onde o Pretório parece estar tomando um novo rumo: PENAL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. CRIMES DE HOMICÍDIO TENTADO. EXTORSÃO, SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO. LESÃO CORPORAL, QUADRILHA E CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIMES PRATICADOS POR INDÍGENA. QUESTÃO ENVOLVENDO DISPUTA DE TERRAS. CONFIGURAÇÃO DE INTERESSE ESPECÍFICO DA UNIÃO. SÚMULA 140 DO STJ. NÃO-INCIDÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ANULAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS E REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO SUSCITANTE. 1. Os crimes que envolvam os direitos indígenas, por se verificar ofensa aos interesses coletivos da comunidade indígena, nos termos constitucionais, são de interesse específico da União. 2. **Não se aplica a Súmula 140 do STJ quando o crime versar sobre direitos indígenas de forma coletiva, tal como a disputa por terras, remanescendo a competência da Justiça Federal.** 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Ponta Porã – SJ/MS, anulando-se todos os atos decisórios proferidos pelo Juízo incompetente, com a remessa dos autos ao Juízo suscitante, consoante art. 567 do Código de Processo Penal. (CC 93.000/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2008, DJe 14/11/2008). (grifo nosso)

conceivable alternatives to the arrogance of the dominant culture, on the one hand, or a given community's right to retain the most regressive elements of their cultures, on the other."⁴⁵

6 Contribuição para o debate – propostas sobre inquérito policial, competência e de processo especial

Título x – Do inquérito policial

Artigo x – Nos inquéritos policiais que envolvam indígenas deverá ser levado em consideração sua organização social, costumes, crenças, tradições e línguas.

Artigo x2 – A autoridade policial deverá notificar a Defensoria Pública da União para que acompanhe a investigação.

Artigo x3 – Analistas periciais em antropologia deverão ser consultados no sentido da necessidade de elaboração de estudos e traduções.

Título x – Da competência

Artigo x – Compete à Justiça Federal o processo e o julgamento dos crimes que envolvam indígenas como autores, partícipes ou vítimas.

Título x – Dos processos especiais

Capítulo x – Do processo e julgamento dos crimes envolvendo indígenas

Artigo x – Nos crimes que envolvam indígenas, deverá ser levado em consideração sua organização social, costumes, crenças, tradições e línguas.

Artigo x2 – A auto-identificação do indígena deverá ser considerada como critério fundamental para determinar a aplicação deste processo especial.

Artigo x3 – Os depoimentos colhidos em audiências deverão ser traduzidos, bem como as peças de acusação e defesa.

Artigo x4 – Nos crimes onde os indígenas figurem como autores ou partícipes deverão ser elaborados laudos antropológicos que descrevam adequadamente os elementos sócio-culturais.

Artigo x4 – A Defensoria Pública da União deverá ser intimada para o acompanhamento de todos os atos do processo.

⁴⁵ BENHABIB, Seyla. *The claims of culture. Equality and diversity in the Global Era*. Princeton: Princeton University Press, 2002. p. 90.

7 Referências

- BENHABIB, Seyla. *The claims of culture. Equality and diversity in the Global Era*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998.
- BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. In: Diferenças em jogo. *Cadernos Pagu*, Revista Semestral do Núcleo de Estudos de Gênero, Pagu, Universidade Estadual de Campinas, jan.-jun. 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.
- CLAVERO, Bartolomé. *Derecho Indígena y cultura constitucional en América*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.
- COSTA, Sérgio. *Dois Atlânticos: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ede. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. *Ensaio em Antropologia histórica*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.
- OLIVEIRA, João Pacheco de. *A viagem de volta. Etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste Indígena*. Rio de Janeiro: Contracapa, 1999.
- OLIVEIRA, José Pacheco de. Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades do trabalho do antropólogo em laudos periciais. In: *Indigenismo e territorialização. Poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contracapa, 1998.
- PISARELLO, Gerardo. Globalización, constitucionalismo y derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- SILVA, Aracy Lopes da. Há antropologia nos laudos antropológicos?. In: *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: ABA, CPI/SP e UFSC, 1994.
- SILVA, Dimas Salustiano da. *Constituição democrática e diferença étnica no Brasil contemporâneo: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra pelas comunidades negras remanescentes de quilombos*. Dissertação aprovada pela UFPR, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SOUSA SANTOS, Boaventura. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: CAPINHA, Graça (org.). *Identities: estudos de cultura e poder*. Bela Feldman-Bianco. São Paulo: Hucitec, 2000.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. In: *Índios no Brasil*. Brasília: Ministério da Educação e Desporto, 1994.
- _____. *O renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1999.
- YOUNG, Iris. Communication and the other: beyond the deliberative democracy. In: BENHABIB, Seyla. *Democracy and difference. Contesting the boundaries of the political*. New Jersey: Princeton University Press, 1996.