IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

PLURINACIONALIDADE E INTERCULTURALIDADE

RUBENS BEÇAK

EDUARDO GONÇALVES ROCHA

ADRIANA VICTORIA RODRÍGUEZ CAGUANA

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P733

Plurinacionalidade e Interculturalidade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UASB

Coordenadores: Adriana Victoria Rodríguez Caguana; Rubens Beçak; Eduardo Gonçalves Rocha. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-681-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduaçãoem Direito
Florianópolis – SC – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad Andina Simón Bolivar - UASB
Quito – Equador
www.uasb.edu.ec

IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

PLURINACIONALIDADE E INTERCULTURALIDADE

Apresentação

Pensar criticamente sobre a Plurinacionalidade e sobre a interculturalidade, tema do GT que originou este livro, torna-se cada vez mais necessário. São desafios que a Constituição brasileira e, com maior radicalidade, a Constituição equatoriana lançaram como horizonte normativo. Muitas conquistas foram realizadas, certamente, a questão da diversidade está no centro da discussão sobre dignidade em ambos os países. Os artigos deste livro são contribuições valiosas nessa discussão.

Andrea Soledad Galindo Lozano realizou um estudo no campo da Antropologia Jurídica em que estudou o festival do sol (Inti Raymi), que ocorre em Cotacachi, no Equador. É mais que uma festividade, é uma celebração que visa restaurar o equilíbrio da comunidade, em que rito e conflitos violentos são atos simultâneos de uma mesma celebração sagrada. A autora, em "El poder detrás de la fiesta. Estudio de caso: inti Raymi" apresenta um sistema normativo próprio da comunidade estudada, com tensões com a Justiça estatal e com a justiça indígena.

Ainda sobre o estudo da questão indígena, Cristiny Mroczkoski Rocha e Adriana Fasolo Pilati Scheleder realizou uma pesquisa sobre como o não respeito à diversidade linguística pode comprometer o acesso à justiça dos povos indígenas. Em "O problema linguístico e a exclusão identitária: a experiência indígena no processo judicial brasileiro", as autoras demonstra como o sistema de Justiça necessita alargar a noção de diversidade para gerar "espaços democráticos e isonômicos às minorias linguísticas".

Flávio Couto Bernardes e Pedro Augusto Costa Gontijo realizaram um estudo no campo da teoria do Direito para defender que na base do Estado plurinacional está o reconhecimento e a alteridade. Para os autores, a lógica discursiva e dialógica, que tem por fundamento o reconhecimento da multiculturalidade, está no centro de legitimação dos Estados plurinacionais.

Bruno Henrique Martins Pirolo , Daniel Barile da Silveira, em "Efetivação de direitos sociais através da cultura de prática de movimentos sociais organizados e atuantes", defende que a existência dos movimentos sociais é fundamental para a efetivação de Direitos Sociais.

Procurou-se no estudo explicar não apenas o surgimento dos direitos sociais e dos movimentos sociais, mas essencialmente a importância da ação dos movimentos sociais para a efetivação de Direitos nos Estados Democráticos.

Isabela Figueroa no artigo intitulado "A TERRA KAINGANG E O CAMINHO DE VOLTA PARA OS PELOTENSES", fez uma pesquisa sobre a reivindicação de terras de famílias de índios que buscavam abrigo no Rio Grande do Sul, tendo como finalidade a interculturalidade, tendo em vista as dificuldades que tais grupos enfrentam na sua inserção na sociedade.

Por fim, Luís Felipe Ramos Cirino e Rubens Beçak escreveram o capítulo “A influência cultural na responsabilização da administração pública nos sistemas brasileiro e francês: uma breve análise comparada”. Os autores comparam o sistema de responsabilização francês com o brasileiro, destacando que naquele país há um sistema dual de jurisdição, existindo um sistema de justiça administrativa, inexistente no Brasil.

O PROBLEMA LINGUÍSTICO E A EXCLUSÃO IDENTITÁRIA: A EXPERIÊNCIA INDÍGENA NO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO

THE LANGUAGE PROBLEM AND IDENTITY EXCLUSION: THE INDIGENOUS EXPERIENCE IN THE BRAZILIAN JUDICIAL PROCESS

Cristiny Mroczkoski Rocha [1]
Adriana Fasolo Pilati Scheleder [2]

Resumo

O artigo tem por objetivo a análise dos direitos específicos estabelecidos pelo ordenamento jurídico quanto ao cidadão indígena e a sua aplicação na práxis jurídica brasileira. Ademais, busca-se analisar a necessidade de compatibilização desses interesses diferenciados dentro de um "sistema judicial único", permitindo a "criação" de verdadeiros espaços democrático e isonômicos às minorias linguísticas. Através da abordagem dedutiva e da técnica bibliográfica, infere-se, portanto, que o direito à diversidade linguística abrange todas as línguas faladas por brasileiros e, por isso, o desenvolvimento das políticas públicas deve atingir os diversos grupos falantes.

Palavras-chave: Direitos indígenas, Exclusão identitária, Exclusão linguística, Povos indígenas, Processo judicial brasileiro

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyze the specific rights established by the legal system regarding the indigenous citizen and their application in the Brazilian legal practice. In addition, it seeks to analyze the need to reconcile these differentiated interests within a "single judicial system", allowing the "creation" of true democratic and isonomic spaces for linguistic minorities. Through the deductive approach and the bibliographical technique, it is inferred that the right to linguistic diversity encompasses all the languages spoken by Brazilians and, therefore, the development of public policies must reach the different speaking groups.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Indigenous rights, Identity exclusion, Linguistic exclusion, Indian people, Brazilian judicial process

[1] Mestre em Direito Público na UNISINOS, especialista em Direito do Estado pela UFRGS e em Direito Processual Civil pela Verbo Jurídico. Professora da UNIFIN. E-mail: cristiny.advogada@gmail.com.

[2] Docente Titular da UPF (graduação e PPGDireito), Doutora em Direito pela UFSC, Mestre em Direito pela PUC/RS. É advogada e professora de graduação e do PPGDireito. E-mail: apilati@upf.brE-mail: apilati@upf.br

1. INTRODUÇÃO

Na América Latina, a partir do descobrimento, que foi uma construção do colonialismo, se estabeleceu uma civilização monodimensional, a qual se estendeu pelos tempos afora, como uma totalidade absolutamente intransigente e destrutiva. Nesse sentido, o filósofo mexicano Leopoldo Zea chamou a atenção para a destruição sistemática de povos e recursos considerados selvagens. Segundo ele, a América Latina sofreu a civilização não como forma de incorporar outros seres humanos e povos, mas como uma forma de dominar a natureza e, com ela, seres a quem a humanidade não era reconhecida.[1]

Portanto, desde a descoberta do Brasil pelos portugueses, que não pouparam o assassinato massivo dos nativos, tanto de modo direto como pelo fomento de conflitos intertribais já existentes, pode-se afirmar que a ideia de colonialidade[2] ainda se faz existente.

Destaca-se que o Brasil, no âmbito da América Latina, se encontra em primeiro posto dentre os países com maior quantidade de povos indígenas (305), seguido pela Colômbia (102), Peru (85), México (78) e Bolívia (39). Contudo, pode-se dizer que população indígena no Brasil é pequena, tanto em números como em representatividade, pois segundo dados da CEPAL[3] remontam a 900.000 o número de índios, o que representa apenas 0,5% da nossa população.

Ademais, tem-se que o país também desponta dentre aqueles onde há o maior número de povos indígenas que se encontram em perigo de desaparecimento físico ou cultural[4], evidenciando a permanência dos sucessivos processos de exclusão, com inegável ligação ao próprio processo de colonização. Isso porque, os primeiros defensores dos índios, que desenvolveram os primeiros experimentos sociológicos na América, se deu no âmbito da colonização espanhola[5]. A manifestação oficial disso apareceu inicialmente no item 16 da Lei de Burgos, pelo qual "se ordena que os índios que tenham deficiente discrição e capacidade de contrair matrimônio e governar suas casas se unam de acordo com as leis da Igreja". O item 4, da Declaração das Ordenanças sobre os índios de 1513, também aduz que alguns índios eram capazes de viver por si sós[6].

Diga-se, também, que a influência do direito canônico na legislação das Índias

[1] Conforme ZEA, Leopoldo. **A filosofia Americana como filosofia.** São Paulo: Pensieri, 1994.
[2] Cabe indicar que a utilização da expressão *colonial* se refere ao poder que usa a ideia de raça, para manter uma escala de identidades sociais com o branco masculino no topo e os índios e negros em patamares inferiores.
[3] CEPAL. **Los Pueblos indígenas en América Latina**. Disponível em: http://www.cepal.org/es/infografias/los-pueblos-indigenas-en-america-latina .Acesso em 07 jun. 2018.
[4] O Brasil aparece com o número de 70 de povos indígenas que se encontram em perigo de desaparecimento físico ou cultural. Em sequencia aparece a Colômbia, com 35 povos, e por último a Bolívia, com 13 povos.
[5] HANKE, Lewis. **La lucha por la justicia en la conquista de América**. Madrid: Istmo, 1988.p.133.
[6] HANKE, op. cit., p.134.

também se deveu essencialmente à participação de teólogos e moralistas, juntamente com juristas e homens de governo na sua elaboração[7]. Elaborada no ano de 1537 pelo Papa Paulo III, a Bula *Sublimis Deus,* considerada a primeira encíclica social dirigida aos povos americanos, condenava os escravizadores de índios:

> [...]fazendo uso da autoridade apostólica, determinamos e declaramos pelas presentes palavras que ditos índios, assim como todas as gentes que no futuro venham a chegar ao conhecimento dos cristãos, ainda que vivam fora da fé cristã, podem usar, possuir e gozar livremente e licitamente de sua liberdade e do domínio de suas propriedades, que não devem ser reduzidos à servidão e que tudo que seja feito de outro modo é nulo e sem valor; igualmente declaramos que ditos índios e demais povos devem ser convidados a abraçar a fé de Cristo por meio da pregação da palavra de Deus e com o exemplo de vida boa[...].

Entretanto, em que pese a religiosidade dos portugueses, o conteúdo da norma não foi aplicado no nosso país. A população indígena foi escravizada, a fim de promover mão-de-obra ao colonizador, gerando um considerável numero de embates e massacres.[8] A partir de então, pode-se dizer que os povos indígenas que chegaram ao século XX no Brasil poderiam ser enquadrados, de modo simplificado, nos seguintes grupos: a) aqueles que se localizam em áreas muito pouco povoadas, conseguindo manter suas raízes culturais, desde que a área por eles ocupada não fosse de interesse dos povos envolventes (por exemplo os povos de áreas remotas da Amazônia); b) aqueles que ocupavam áreas de interesse econômico rural foram expulsos ou tiveram seus territórios muito reduzidos. Contudo, vários desse grupo permaneceram no ambiente rural, preservando "parcialmente" suas tradições; c) os que ocupavam áreas de interesse urbano foram dizimados, física, e sobretudo, culturalmente, em um processo denominado aculturação.[9]

Dessa forma, o objetivo desse artigo é explorar o tratamento deferido aos considerados índios,[10] analisando o desenrolar da legislação brasileira nessa matéria e sobretudo o tratamento desses indivíduos no contexto do processo judicial brasileiro. Assim, passaremos pela questão do problema linguístico e da insuficiência do discurso dominante

---

[7] COLAÇO, Thaís Luzia. Incapacidade indígena, tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões Jesuíticas. Curitiba: Juruá, 2005.p.97.

[8] ALMEIDA, Maria Regina Celestina de. **Os índios na história do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p.45 e ss.

[9] VITORELLI, Edilson. **Temas atuais do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.p.503.

[10] Falamos em "considerados índios" pois há inúmeras decisões judiciais dos tribunais superiores brasileiros no sentido de ser dispensável a realização de perícia antropológica, podendo o juiz avaliar pelas provas constantes nos autos o grau de compreensão da conduta pelo índio. Nesse sentido, são exemplos, do Superior Tribunal de Justiça, a decisão no HC 30113, DJ 16.11.04; e do Supremo Tribunal Federal, a decisão do HC 85198, J. 17.11.05, na qual, embora se tenha dispensado a emissão do laudo antropológico, se garantiu ao índio o cumprimento da pena no regime de semiliberdade.

dos direitos humanos para a legitimação das demandas, que contribuem para a manutenção das desigualdades e somam-se a persistência da discriminação e desconsideração de convenções internacionais.

2. QUEM É O INDÍGENA? QUAIS SÃO OS SEUS DIREITOS?

O conceito de povo indígena ainda não possui uma determinação mundial.

Mesmo a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 não contém um conceito definido em relação ao termo "povos indígenas", havendo uma ideia predominante de que essa definição universal é desnecessária, sendo que, o entendimento comumente utilizado é o previsto por Martinez Cobo[11]:

> "As comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, tendo uma continuidade histórica com as sociedades anteriores à invasão e precoloniais que se desenvolveram em seus territórios, consideram-se distintos de outros setores da sociedade que agora prevalecem nesses territórios ou em parte deles. Constituem setores não dominantes da sociedade e têm a determinação de preservar, desenvolver e transmitir a futuras gerações seus territórios ancestrais e sua identidade étnica com base de sua existência continuada como povo, de acordo com seus próprios padrões culturais, institucionais sociais e sistemas legal." Ademais, Cobo assinala sobre a pessoa indígena: "Aquele que pertence a essas populações indígenas através da autoidentificação como indígena (consciência de grupo) e é reconhecido e aceito por essas populações como um dos seus membros (aceitação de grupo).[12]

Contudo, passados séculos, ainda existe a figura estereotipada do índio: embriagados, ociosos, explorados por um cacique, que arrenda suas terras para os brancos agricultores. Há resistência no reconhecimento da condição humana do indígena e grande parte das terras reivindicadas se encontram nas mãos de produtores rurais. Esse ponto tem especial relevância, vez que um dos aspectos considerados fundamentais para a expressão sociocultural dos povos indígenas é o seu território.

---

[11] UNITED NATIONS. **The concept of indigenous peoples (workshop on data collection and disaggregation for indigenous peoples)**. Department of Economic and Social Affairs: New York, 2004. Ademais, importante elucidar que o autor foi Relator Especial da Subscomissão para a prevenção da Discriminação e Proteção das minorias na ONU.

[12] BRAGATO, FERNANDA FRIZZO. *In* Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs. Lenio Luiz Strsck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.p. 88.

Nas palavras de João Pacheco de Oliveira,[13] devemos entender por terra indígena a unidade territorial definida juridicamente e criada por meio de *procedimentos administrativos*[14]*,* com vista a garantir a determinado grupo um espaço geográfico para uso e reprodução social. Assim, o território indígena é um espaço de acolhimento em que o indivíduo se encontra referido aos que o cercam. Esse conceito deve contrastar com o que compreendemos por propriedade privada, que corresponde a um espaço excludente e marcado pela nota da individualidade, conforme elucida Deborah Duprat.[15]

Atualmente, inúmeras são as demandas judiciais envolvendo a reinvindicação de terras indígenas no Brasil[16]. Esse diagnóstico é, no mínimo curioso, porque desde 1934 as Constituições brasileiras garantem aos índios a propriedade de suas terras, conforme constava já no art. 129 (CF/1934): "Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las".

Destaca Edilson Vitorelli que "o Brasil teve desde a sua independência 7 Constituições que alternam momentos de democracia, geralmente tímidos, com momentos de ditadura, usualmente sanguinária e coronelista."[17] Porém, foi somente em 1973 que se editou o ainda vigente Estatuto do Índio, através da Lei nº 6.001/73, que é a principal norma que regulamenta a questão das terras indígenas.

Todavia, o referido diploma parte da ideia de que os povos indígenas deveriam ser "integrados à comunhão nacional", ou seja, os "direitos" detinham caráter de transitoriedade[18]. Não se reconheceu, portanto, os índios como indivíduos que já fazem parte da comunhão nacional, estimulando-se, mesmo que de modo velado, a extinção progressiva

---

[13] OLIVEIRA, João Pacheco. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Antropologia e Direito:* temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro/Brasília: Contracapa/LACED, 2012.

[14] Esses procedimentos administrativos encontram-se previstos no Decreto nº 1.775, de 08/01/1996 e envolvem a identificação, delimitação, demarcação e registro das terras tradicionalmente ocupadas por índios (art. 231 da CFRB).

[15] DUPRAT, Deborah. Terras indígenas e o Judiciário. In: BELLO, Enzo (org.). Ensaios críticos sobre direitos humanos e constitucionalismo. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

[16] A quantidade de demandas judiciais muitas vezes é colocada como motivo de escusa pelo governo brasileiro no atraso na solução dos conflitos indígenas, conforme se depreende da afirmação no Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo (2015), que afirmou que "o conflito judicial acaba sendo inevitável. Ele se projeta em várias etapas do processo de demarcação, seja contra ou a favor do processo". Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/495749-EXCESSO-DE-PROCESSOS-JUDICIAIS-ATRASA-SOLUCAO-DE-CONFLITOS-INDIGENAS,-DIZ-MINISTRO.html . Acesso em 7 jun. 2018.

[17] VITORELLI, Edilson. Op.cit., 2015.p.503).

[18] Sobre o tema, FERNANDA FRIZZO BRAGATO, bem elucida que, até a adoção do Código Civil brasileiro de 2002, os índios eram classificados como relativamente incapazes – ideia essa que seguia a mesma tendência no resto do mundo. "*A condição indígena era reconhecida como uma situação transitória, um estágio na caminhada civilizatória, que poderia ir desde o estado de "isolados" até o estado de "integrados". Nesse momento, os efeitos da tutela protetiva do Estado cessariam, ainda que persistissem alguns costumes e valores da tradição tribal. […] a proteção ao indígena e seu reconhecimento só encontravam respaldo na necessidade de se impor um processo em direção ao "não índio"[…].* In Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, op. cit., 2014.p. 91.

dos traços culturais diferenciados desse povo. Nesse mesmo sentido, no plano internacional, a Organização Internacional do Trabalho mantinha vigente a Convenção 107/507, que disciplinava a matéria "Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes". Essa convenção propugnava a integração progressiva dos povos indígenas na vida dos respectivos países, mesmo que vedasse medidas de "assimilação artificial dessas populações". Seus vetores para a denominada integração eram: *i)* desenvolvimento da dignidade, *ii)* da utilidade social e *iii)* da iniciativa do indivíduo, o que demonstrava, já em um primeiro momento, a importância do trabalho como elemento de integração dos índios – poderiam passar da inutilidade à "utilidade social". Veja-se, assim, que não se pode afirmar que o legislador brasileiro de 1973 estava atrás de seu tempo, contudo não estava a frente.

Com efeito, apenas na década de 80 a OIT passa a discutir um novo paradigma para o reconhecimento dessa identidade diferenciada dos indígenas, que veio a aparecer através do Convênio 169 da OIT. Posteriormente, também em âmbito internacional, em 2007, podemos falar na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Ademais, concomitantemente à discussão da Convenção 169 da OIT, foram inaugurados os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 - seriamente criticada quanto a questão de representatividade.[19]Em que pese isso, a Constituição editada trouxe significativos avanços nos direitos dos índios, que passaram a ser tratados como sujeitos dignos de reconhecimento diferenciado: o direito de serem índios e de permanecerem como tais. O texto também inovou ao prever a natureza originária do direito à suas terras, isto é, anterior ao próprio Estado brasileiro, independentemente de reconhecimento oficial.

Em 1990, também integrou ao nosso ordenamento a Convenção sobre os Direitos da Criança - adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 e com entrada em vigor internacional em 2 de setembro de 1990. Essa Convenção foi assinada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990; aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 28, de 14 de setembro de 1990; ratificada em 24 de setembro de 1990. Entrou em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990 e foi promulgada por meio do Decreto n.º 99.710, em 21 de novembro de 1990. Nota-se a grande celeridade de sua incorporação ao Direito brasileiro.

No art. 17, a Convenção declara que os Estados Partes reconhecem a importância da

[19] Reunida em 1º de fevereiro de 1987, sob a perspectiva de representação por gênero, possuía as mulheres absolutamente sub-representadas, contando com apenas 26 congressistas (4,6% do total); 11 membros afrodescendentes – pretos ou mulatos (2%), e *nenhum* indígena. Nesse sentido, ver: SOUZA, Celina de. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. Dados – Revista de Ciências Sociais, v. 44, n. 3, 2001. p. 541.

função desempenhada pelos meios de comunicação. Conforme bem assinala André de Carvalho Ramos[20], dever-se-ia zelar para que a criança tivesse acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes deveriam incentivar os meios de comunicação a difundir informações e materiais de interesse social e cultural para a criança, bem como a produção e difusão de livros para crianças; promover a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na divulgação dessas informações e desses materiais procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais; incentivar os meios de comunicação no sentido de, particularmente, *considerar as necessidades linguísticas da criança que pertença a um grupo minoritário ou que seja indígena;* e, finalmente, promover a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar.

Aqui, podemos dizer que há expressamente, e sem margem à dúvidas, a preocupação em considerar as minorias linguísticas, principalmente a da criança indígena.

Já no ano de 2004, se teve a internalização da Convenção 169 da OIT através do Decreto nº 5.051, que reforçou no âmbito interno a responsabilidade dos governos à proteção dos direitos e o respeito à integridade das comunidades (art. 2º), e que cabe a elas próprias definirem suas prioridades de desenvolvimento, inclusive a possibilidade de permanecer no estado em que se encontram, recusando politicas públicas que possam lhe atingir, mesmo de modo favorável – consoante art. 7º.[21] Contudo, a problemática reside na inutilização dessa convenção pelos tribunais brasileiros, situação difícil de precisar, pois não há recusa explícita na sua aplicação, nem apontamento de vícios.

Em pesquisa realizada nos tribunais federais brasileiros,[22] que tratam de questões relativas aos povos indígenas, é possível encontrar apenas 2095 resultados que fazem referencia à palavra "índio", e apenas 125 que contêm as palavras "Convenção 169 da OIT" – sendo que nem todas tratam de questões indígenas. Dessas 125 decisões, apenas 18 são originárias do Supremo Tribunal Federal e 11 do Superior Tribunal de Justiça. Sendo essa a situação da Convenção 169 da OIT, norma internalizada, melhor não é o tratamento quanto à

[20] RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo : Saraiva, 2014. p.181.

[21] Art. 7º da Convenção 169 da OIT: "Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente".

[22] Pesquisa realizada em 07 de jun. de 2018. Disponível em https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.[23] Isto porque esse documento, em vários aspectos considerado mais avançado do que a Convenção, foi considerado como "soft law"[24] pelo STF no julgamento do caso "Raposa Serra do Sol", não criando nenhum tipo de obrigação vinculante para o Estado brasileiro.

Portanto, o regramento que vigora "de fato" em relação aos índios nos tribunais brasileiros é o Estatuto de 1973.

2.1 Povos indígenas: legitimidade processual e representação

O processo envolvendo partes indígenas não pode deixar de considerar os direitos ínsitos a essa minoria. Sobre esse aspecto, impende reproduzir as disposições do art. 232 da Constituição Federal, acerca da legitimidade processual:

> Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Ademais, também se aplicam aos problemas práticos as normas jurídicas de cada Código de Processo específico, sem olvidar a coerência e integridade do sistema.

Nesse sentido, à título exemplificativo, prevê o art. 1º do Novo CPC: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Com efeito, questões como a forma de autorização da Comunidade, a legitimidade das lideranças indígenas, etc., não podem ser resolvidas sem atenção aos ditames de que são reconhecidos aos índios "*sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições"(art. 231, caput*, CF). Significaria dizer, nas palavras de Helder Girão Barreto,

---

[23] ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007. Art. 26: 1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido. 2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido. 3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.

[24] Daniel Sarmento ressalta sobre *soft law: "*O Direito pós-moderno pretende-se também mais flexível e adaptável às contingências do que o Direito da Modernidade. No novo modelo, ao invés de impor ou proibir condutas, o Estado prefere negociar, induzir, incitar comportamentos, o que torna o seu Direito mais "suave" (soft law)". (In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte : Fórum, 2012. p.202).

que a instrumentalidade do processo não deve ser empeço à realização do comando constitucional.[25]

Outrossim, em homenagem ao devido processo legal (art. 5º, LV, CF/88), as questões que versem sobre ilegitimidade e irregularidade de representação processual deverão ser sempre submetidas ao contraditório, e, se necessário, deve ser feito um laudo antropológico.

> O laudo antropológico é o documento resultante de uma perícia antropológica. Uma perícia antropológica se torna exigência quando os fatos sociais, por sua complexidade, para serem compreendidos requererem um conhecimento especializado do saber antropológico, em estudo que evidencie um fazer antropológico, relatado os achados de um modo que resulte a demonstração da reconstrução do mundo social do grupo pesquisado, na perspectiva do grupo, com registros de sua cosmovisão, suas crenças, seus costumes, seus hábitos, suas praticas, seus valores, sua interação com o meio ambiente, suas interações sociais reciprocas, suas ordens internas, a organização grupal, fatores que geram concepção de pertencimento, entre outros. A perícia antropológica se impõe quando há a necessidade de se documentar a realidade e a verdade de fatos em torno, e.g., dos índios, quilombolas, ciganos, populações tradicionais, suas comunidades e organizações; quando os fatos sociais em torno desses grupos e comunidades necessitam ser interpretados na sua significação individual e na sua dinâmica social e coletiva; para interpretar e aplicar o Direito a essas comunidades e seus membros.[26]

Ademais, diga-se que também haverá intervenção obrigatória do Ministério Público (MP) em todos os atos do processo, na forma de *custos legis* (fiscal da lei), consoante preceitua a última parte do referido art. 231 da CF/88.

Consoante predispõe a Carta Magna, ao Ministério Público, como função essencial à Justiça, cabe a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V, CF/88). Porém, deve-se ter atenção a seguinte diferença: quando o MP atua na defesa judicial dos direitos indígenas (art. 129, V, CF), o faz na condição de parte (autor e réu) ou de terceiro interessado (litisconsorte, assistente ou opoente); já quando intervém em todos os atos do processo, o faz na condição de *custos legis* (art. 231, última parte, CF/88). A distinção tem importância na medida das faculdades e ônus processuais.

Quanto à competência, certo é que as ações que envolvem disputa sobre direito indígenas devem ser propostas pelo Ministério Público Federal; aquelas que envolvem

---

[25] BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2005. p.101.

[26] MAIA, Luciano Mariz. **Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/do_papel_da

indígenas, mas não necessariamente direitos indígenas, são propostas pelos Ministérios Públicos dos Estados, e, em qualquer uma das situações, perante o Juízo competente. Essa parece ser a conclusão sugerida por José Afonso da Silva ao asseverar que "se a competência é da Justiça Federal, o Ministério Público legitimado é o *Ministério Público Federal*[...]."[27]

Sem prejuízo de todo exposto, não podemos desprezar que, consoante já aludido, o art. 232 da Constituição outorga aos índios, suas comunidades e organizações legitimação processual para pleitearem em Juízo, *sem intermediação*, a defesa de seus direitos e interesses individuais ou coletivos. Quanto à esses, conforme ressalta Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a representação deve ser atribuída ao líder da coletividade, embora ressaltem se tratar de "presunção de representação que pode ser desfeita, em caso de não conformidade com a realidade".[28]

3. O PROBLEMA LINGUÍSTICO E A EXCLUSÃO IDENTITÁRIA NO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO: A NECESSIDADE DE UM OLHAR AO DIREITO ALIENÍGENA

O tratamento do índio, principalmente o tratamento processual, deve ser objeto de investigação. Para isso, deve-se dar especial atenção ao problema linguístico.

Muito embora não saibamos com exatidão o número de línguas indígenas na época da colonização, estudiosos apontam que seriam em torno de 1200 línguas diferentes.[29] Contudo, certo é que, em termos históricos, os catequizadores jesuítas inicialmente tentaram aprender essas línguas, a fim de lhes transmitir o evangelho. Porém, a necessidade de fortalecimento do processo de colonização acabou por tornar a variedade linguística um óbice ao fortalecimento da identidade do território colonial. Sendo assim, no ano de 1757, publicou-se o documento denominado "Diretório dos Índios"[30], que assim previa no seu item 6:

_pericia_antropologica_na_afirmacao_dos_direitos_dos_indios.pdf . Acesso em 07 jun. 2018.

[27] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.p.835.

[28] ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.p.430.

[29] Cf. RODRIGUES, Aryon Dall'Igna. Línguas Brasileiras: para o conhecimento das línguas indígenas. São Paulo: Edições Loyola, 1986.

[30] O Diretório dos Índios foi elaborado em 1755, mas só se tornou público em 1757. É um documento que expressa importantes aspectos da política indígena do período da história de Portugal e do Brasil denominado pombalino. Disponível em: http://nacaomestica.org/diretorio_dos_indios.htm . Acesso em: 22/04/2016.

> "Sempre foi máxima inalteravelmente praticada em todas as Nações, que conquistaram novos Domínios, *introduzir logo nos povos conquistados o seu próprio idioma, por ser indisputável, que este é um dos meios mais eficazes para desterrar dos Povos rústicos a barbaridade dos seus antigos costumes*; e ter mostrado a experiência, que ao mesmo passo, que se introduz neles o uso da *Língua do Príncipe*, que os conquistou, se lhes radica também o afeto, a veneração, e a obediência ao mesmo Príncipe. Observando pois todas as Nações polidas do Mundo, este prudente, e sólido sistema, nesta Conquista se praticou tanto pelo contrário, que só cuidaram os primeiros Conquistadores estabelecer nela o uso da Língua, que chamaram geral; invenção verdadeiramente abominável, e diabólica, para que privados os Índios de todos aqueles meios, que os podiam civilizar, permanecessem na rústica, e bárbara sujeição, em que até agora se conservavam. Para desterrar esse perniciosíssimo abuso, será um dos principais cuidados dos Diretores, estabelecer nas suas respectivas Povoações o uso da Língua Portuguesa, *não consentindo por modo algum, que os Meninos, e as Meninas, que pertencerem às Escolas, e todos aqueles Índios, que forem capazes de instrução nesta matéria, usem da língua própria das suas Nações*, ou da chamada geral; mas unicamente da Portuguesa, na forma, que Sua Majestade tem recomendado em repetidas ordens, que até agora se não observaram com total ruína Espiritual, e Temporal do Estado."

Ou seja, indicava-se a existência de uma "língua Príncipe", que seria a língua portuguesa, não se permitindo, de modo algum, a língua própria de suas nações, no intuito de tirar os povos da barbárie.

Destarte, esse processo de "integração" serviu para a dilapidação do patrimônio linguístico nacional, dirigido ao fomento do monolinguismo.[31] E, entendendo o direito ao patrimônio cultural linguístico[32] um desdobramento dos direitos culturais, já que sua concepção pressupõe a diversidade linguística e sua fruição, e tem por base a liberdade e a educação, sem dúvida a nossa perda foi lastimável.

Pode-se afirmar, aliás, que até hoje os prejuízos, principalmente quanto ao fator de reconhecimento estão diretamente ligados ao fomento do monolinguismo, que (continua) a contribuir para a massiva e permanente exclusão dessas minorias.

Nesse viés, Alessandro Pizzorusso[33] com clareza aborda acerca dos "direitos linguísticos":

---

[31] Para maiores informações, ver: SOARES, Inês Virgínia Prado. Cidadania e direito à diversidade linguística: a concepção constitucional das línguas e falares do Brasil como bem cultural. Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33292-42442-1-PB.pdf. Acesso em 02/04/2016.

[32] O direito fundamental ao patrimônio cultural linguístico pode, também, ser analisado em duas dimensões: a) em uma vertente subjetiva, como direito do homem (ou do grupo que pertence) que pode ser invocado para limitar a atuação estatal; e b) em uma vertente objetiva, como direito à manutenção da língua e dos falares portadores de valor de referência cultural.

[33] PIZZORUSSO, Alessandro. **El Uso De La Lengua Como Objeto De Regulación Jurídica.** *In*: Boletín Mexicano De Derecho Comparado, 2000, Issue 98, pp.785-805. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1228571&orden=46251&info=link. Acesso em 07 jun. 2018.

> "[…]pueden clasificarse en cuatro grupos, de acuerdo con las siguientes consideraciones: *a*) La regulación de la lengua entendida como un aspecto de la *forma* de los actos jurídicamente relevantes; *b*) La regulación de la lengua entendida como un *signo* capaz de expresar la voluntad del sujeto que la usa para afirmar la propia pertenencia a una cultura o a una nación, y, por eso, como una manifestación de una opinión que apunta a valorar tal cultura o tal nación; *c*) La regulación de la lengua entendida como *factor de reconocimiento* de la pertenencia del individuo que la usa a un grupo social dotado de un estatuto particular en el ámbito del ordenamiento estatal, y *d*) La regulación de la lengua entendida como un *bien cultural*, susceptible de protección según modalidades semejantes a las comúnmente empleadas en relación con otros bienes culturales."

Atualmente, tem-se apenas 274 línguas e dialetos indígenas no território nacional, consoante censo do IBGE de 2010[34], sendo que, desse número, somente 25 das línguas tem mais de cinco mil falantes.

Diga-se que o nosso sistema jurídico vem contribuindo pouco para a reversão desse quadro, pois, em que pese a CF ter garantido a preservação das tradições indígenas (art. 231), o texto que se refere à educação é ambíguo, ao prever no §2º do art. 210 que "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."

Logo, a previsão do "também" nos leva a crer que seria obrigatório o ensino do português aos índios.

Conforme bem ressalta Edilson Vitorelli[35], a lei 9.394/96, lei de diretrizes e bases da educação, reflete essa ambiguidade constitucional, repetindo o teor do art. 210 em seu art. 32, §3º. Posteriormente, o art. 78 estabelece a educação escolar bilíngue, mas o art. 79 prevê o fortalecimento das praticas socioculturais e da língua materna de cada comunidade indígena, sem tomar posição especifica sobre o ensino obrigatório do português.

Portanto, a Constituição teria se mostrado "tímida" a esse respeito, tendo em vista que em outras Constituições, como a mexicana, há previsão do direito aos índios de preservar e enriquecer suas própria línguas sem determinar o ensino do castelhano (art. 2º):

> "Artículo 2º. La Nación Mexicana es única e indivisible. (…)A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y

[34] IBGE. Características Gerais dos indígenas: resultado do Universo. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_gerais_indigenas/default_caracteristicas_gerais_indigenas.shtm . Acesso em 07 jun. 2018.

[35] VITORELLI, Edilson. op. cit., p.508.

> organización social, económica, política y cultural.(…) IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad."[36]

Felizmente, em 1998, o Ministério da Educação elaborou um referencial curricular nacional para as escolas indígenas, onde se previa:

> "Uma outra causa que explica o desaparecimento de línguas indígenas é o deslocamento sociolinguístico. Isso acontece quando, em situações de bilinguismo, a língua dominante vai, pouco a pouco, ocupando o território comunicativo da língua dominada.(...) O problema, no entanto, é que devido à pressão social contra o uso das línguas indígenas, seus falantes passam a usar a língua portuguesa em ambientes que tradicionalmente não lhe pertencem. (...) Essas invasões linguísticas, depois de algum tempo, podem fazer com que uma língua indígena acabe desaparecendo." [37]

O Ministério da Educação elegeu como fundamento básico a autodeterminação, afirmando que as comunidades indígenas "têm o direito de decidirem seu destino, fazendo suas escolhas, elaborando e administrando autonomamente seus projetos de futuro."

Além disso, previa que "no caso das escolas indígenas, para que seja garantida uma educação diferenciada, não é suficiente que os conteúdos sejam ensinados através do uso de línguas maternas: é necessário incluir conteúdos curriculares propriamente indígenas a acolher modos próprios de transmissão do saber Indígena."

Mesmo em comunidades bilíngues, o referencial determina que, sempre que possível, a língua indígena seja ensinada como primeira língua de instrução oral e escrita. O português, nessas situações, deve ser ensinado como segunda língua, nos moldes de uma língua estrangeira.

Há de fato uma minoria linguística que tem que ser reconhecida. Nesse viés, no campo jurisdicional, depreende-se um tratamento que pode ser considerado lastimável, considerando que cabe essencialmente ao Poder Judiciário, principalmente ao STF, o papel de guardião da Constituição.

Tem-se que as modalidades de exclusão judiciária, com relação à linguística, se dá de duas formas: a) pela exclusão da identidade indígena e b) pela proibição de manifestarem-se na sua própria língua. No que se refere à primeira forma, em que pese a Convenção 169 da OIT prever o princípio do autorreconhecimento, esse não é o critério adotado pelo Poder Judiciário.

Os Tribunais têm entendido que se pode atribuir ou negar a alguém a condição de

[36] Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm. Acesso em: 05/04/2016.

índio pela análise de elementos constantes no processo, estando dentre esses, o domínio da língua portuguesa. São comuns decisões que negam liminarmente a condição indígena de pessoas pelas razões mais discutíveis, como o fato de serem alfabetizadas, falarem português, votarem, ou menos saber pilotar uma bicicleta.[38]

Esses entendimento aparecem sobretudo em matéria criminal, em que pelos menos dois direitos são garantidos pelo Estatuto: a) art. 56 - atenuação da pena em razão do maior ou menos grau de compreensão da ilicitude da conduta; e b) art. 56, §ú – cumprimento das penas privativas de reclusão e detenção em um regime de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índio mais próximo da habitação do condenado.

Diga-se, também, que são inúmeras as decisões judiciais que dispensam a realização de perícia antropológica, podendo a avaliação partir do próprio juiz, à respeito do grau de compreensão da conduta pelo índio[39] - quando ampla, pode tratá-lo como se índio não fosse, pelo simples reconhecimento de que se trata de um índio "integrado à sociedade".

Nesse sentido, a jurisprudência:

> Sujeição do índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal, em geral, inexistindo razão para exames psicológico ou antropológico, se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade, a qual, de resto, nem chegou a ser alegada pela defesa no curso do processo. Tratando-se, por outro lado, de "índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa", como verificado pelo Juiz, não se fazia mister a presença de intérprete no processo. (STF, HC 79530, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 16/12/1999, DJ 25-02-2000 PP-00053 EMENT VOL-01980-03 PP-00568 RTJ VOL-00172-02 PP-00582)
>
> Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente. (...)(STF, HC 85198, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 09-12-2005)
>
> Esta Corte firmou o entendimento de que o indígena integrado à sociedade, nos termos do art. 4.°, III, do Estatuto do Índio, não se enquadra ao disposto no art. 56, parágrafo único, do aludido Estatuto (cumprimento de pena em regime especial semiaberto), sendo, de rigor, a sua sujeição às leis

[37] O referencial curricular nacional para as escolas indígenas, elaborado pelo Ministério da Educação em 1998, encontra-se disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002078.pdf.

[38] VITORELLI, Edilson. Op.cit., 2015.p.505.

[39] Conforme se depreende do julgamento do HC 25003, rel. Min. Paulo Medina, DJ 01/12/03, além dos julgados citados na nota de rodapé nº 9.

> penais impostas aos cidadãos comuns. Na espécie, o Tribunal a quo afirmou que o paciente possui título de eleitor e domínio da língua portuguesa, evidenciando que está integrado à sociedade, fato que respalda a aplicação do art. 33, § 2.°, a, do Código Penal, uma vez que a pena foi fixada em 12 (doze) anos de reclusão. (STJ, HC 243.794/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014)
>
> Não é indispensável a realização de perícia antropológica, se evidenciado que o paciente, não obstante ser índio, está integrado à sociedade e aos costumes da civilização. III. Se os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da inimputabilidade do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de laudo antropológico. IV. Precedentes do STJ e do STF.
> V. Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n.º 6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional.
> VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido in casu. Precedentes.
> VII. Ordem denegada. (STJ, HC 30.113/MA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 305)

Há uma evidente análise do julgador na "medição" da degradação dos costumes indígenas e da "integração" desses indivíduos à sociedade.

Ou seja, a própria sociedade que foi responsável pela destruição da cultura desses povos usa dessa destruição para negar aos índios os direitos que lhe são garantidos por lei! É preciso reconhecer que, ao contrário dos entendimentos dominantes, os magistrados (em sentido amplo) não possuem condições de definir sem o auxilio antropológico quem é e quem não é índio. Quem compreende ou não o seu papel no cometimento de um ilícito.

Levar em consideração o fato de ter fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade ou determinadas habilidades não deveriam ter valor máximo para essa análise. Ademais, outra é a problemática: a língua materna indígena é vedada na pratica de atos processuais, sendo que em muitos casos há a negação de tradutor[40] em razão da (1) compreensão da língua portuguesa e ao (2) argumento da teoria tradicional das invalidades processuais, a qual determina que a decretação da nulidade depende de prova do prejuízo. De fato, o que se está a negar é a própria identidade indígena da parte. Perpetua-se a exclusão identitária.

Diga-se: as decisões judiciais transportam a ideia de que para o indígena fazer jus aos

[40] Um exemplo é o julgamento do HC 79530, ILMAR GALVÃO, STF, j. 16.12.99).

direitos previstos em lei, ele precisa ser um índio isolado, que corresponda à imagem pré-colombiana de índio.

Esse preconceito vem ainda mais fortemente expressado no caso Veron,[41] onde os representantes do MPF requereram que os índios que fossem ouvidos como testemunha pudessem se expressar na língua guarani, o que foi negado, à extensão da tese do STF: se alguém fala português, não há razão para nomear tradutor. Ocorre que, dessa decisão, não cabe recurso (seara penal), o que, no caso em apreço, levou ao Procurado da República a abandonar o plenário do júri, medida que foi repudiada pela AJUFE, que em nota afirmou que "a diversidade linguística pode até ter sido protegida, mas certamente não o foi a sociedade."[42]

Porém, é concebido pelo senso comum que, mesmo que uma pessoa saiba se comunicar em um idioma diferente do seu, poderá não ter condições de fazê-lo com a mesma desenvoltura e riqueza de detalhes que faria na sua língua mãe, o que demonstra a barreira de comunicação perpetrada a mantida pelo nosso judiciário.

Nesse sentido, é imperiosa a mudança no padrão até então adotado, podendo servir o direito alienígena como fonte de inspiração. A já aludida Constituição mexicana não é a única que poderia contribuir com a árdua tarefa, mas ressalta-se também a experiência irlandesa.

Na Irlanda, em que pese todos habitantes falarem inglês, existe um pequeno número de cidadãos que ainda possuem o irlandês como língua nativa. Sendo assim, tal idioma foi reconhecido pela Constituição Irlandesa de 1937 (Bunreacht na hÉireann), que é a legislação fundamental do país. Tal previsão encontra-se contido no art. 8, conforme se expõe:

> "ARTICLE 8
> 1 The Irish language as the national language is the first official language.
> 2 The English language is recognised as a second official language.
> 3 Provision may, however, be made by law for the exclusive use of either of the said languages for any one or more official purposes, either throughout the State or in any part thereof."[43]

Assim, o irlandês é a primeira língua nacional oficial, seguindo o inglês como a segunda língua. Nesse sentido, também se editou o "Official Languages Act", que garante a qualquer pessoa o direito de ser ouvido na língua escolhida, perante qualquer tribunal irlandês:

[41] No julgamento do MS 2010.03.00.027550-8/MS, pelo Tribunal Regional Federal da 3º Região, consta a transcrição da ata do plenário do júri, onde se fornecem todos relatos dos atos processuais havidos.
[42] Disponível em: http://www.conjur.com.br/2010-mai-12/ajufe-sai-defesa-juiza-procurador-abandonou-juri

> "8.—(1) A person may use either of the official languages in, or in any pleading in or document issuing from, any court.
> (2) Every court has, in any proceedings before it, the duty to ensure that any person appearing in or giving evidence before it may be heard in the official language of his or her choice, and that in being so heard the person will not be placed at a disadvantage by not being heard in the other official language.
> (3) For the purposes of ensuring that no person is placed at a disadvantage as aforesaid, the court may cause such facilities to be made available, as it considers appropriate, for the simultaneous or consecutive interpretation of proceedings from one official language into the other.
> (4) Where the State or a public body is a party to civil proceedings before a court—
> (a) the State or the public body shall use in the proceedings, the official language chosen by the other party, and
> (b) if two or more persons (other than the State or a public body) are party to the proceedings and they fail to choose or agree on the official language to be used in the proceedings, the State or, as appropriate, the public body shall use in the proceedings such official language as appears to it to be reasonable, having regard to the circumstances.
> (5) Notwithstanding any other provision of this section, a person shall not be compelled to give evidence in a particular official language in any proceedings.
> (6) In choosing to use a particular official language in any proceedings before a court, a person shall not be put by the court or a public body to any inconvenience or expense over and above that which would have been incurred had he or she chosen to use the other official language." [44]

Logo, a parte no processo irlandês tem a opção de escolha pelo idioma que lhe interessar, não podendo, ainda, sofrer qualquer inconveniência ou despesa além daquelas que seriam incorridas se ele ou ela tivesse escolhido usar outro idioma.

Especificamente em relação ao testemunho, o documento também prevê que "*sem prejuízo das demais normas desta seção, uma pessoa não pode ser obrigada a prover evidências em uma língua oficial específica, em qualquer procedimento"* (item 4. a).De fato, busca-se assegurar que nenhuma pessoa seja colocada em desvantagem por conta da escolha da língua.

Sendo assim, mostra a experiência irlandesa avançadas premissas contra a exclusão identitária e linguística. Até mesmo porque hodiernamente não se mostra mais admissível o tratamento da língua como um patrimônio supérfluo, que deve ceder às exigências pragmáticas da situação, mas sim como um patrimônio que deve ser respeitado e cultivado pelo Estado, especialmente em espaços como o Judiciário.

---

[43] Disponível em: < http://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en#part2>.Acesso em 07 jun. 2018.
[44] Disponível em:<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2003/act/32/section/8/enacted/en/html>.Acesso em 07 jun.2018.

CONCLUSÃO

Quando a CF/88 reconheceu ao índios "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os diretos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam" e impôs à União o poder-dever de protegê-los e respeitá-los, pode-se afirmar que ela abandonou o paradigma da integração (rumo ao não índio) e passou a adotar um novo paradigma: o da interação.

Essa concepção é de suma importância, na medida que as relações com essa coletividade abandonou o plano da verticalidade, passando (ou devendo) passar a se dar no plano da horizontalidade. Dar o devido reconhecimento a pessoas e grupos, assim como às suas identidades culturais não pode ser confundido com mera cortesia, pois trata-se de uma necessidade humana vital, que precisa ser ainda mais fomentada e respeitada pelo Judiciário, guardião da Constituição.

É certo que a defesa do "direito à diferença" não escapa à crítica, principalmente quando essa diferença é grupal e subordina o direito do individuo ao do grupo. Porém, a *diferença* não implica *homogeneidade*, nem *individualidade*. No caso indígena, sobretudo, a *diferença* é condição da própria identidade.

Portanto, um individuo ou grupo com especificidades não reconhecidas tende a não reconhecer sua própria identidade; a se considerar e ser considerado à margem da sociedade (marginalizado), de tal forma que passe ou continue a não ser reconhecido.

Tanto o indivíduo, como a comunidade residente no país tem direito a preservar e ver preservados os elementos mais significativos de sua cultura e da cultura nacional, para fruição presente e transmissão às próximas gerações. Sendo assim, o combate à discriminação mostra-se necessário, mas insuficiente enquanto medida isolada. Os pactos e convenções que integram o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos apontam para a necessidade de combinar estas medidas com as previsões legais nacionais, a fim de acelerar a construção da igualdade, estimulando a inclusão de grupos socialmente vulneráveis, estando dentre esses os índios.

Ademais, a diversidade cultural se refere à multiplicidade de formas em que se expressam as culturas dos no Estado Democrático Brasileiro, estando inseridos nesse contexto os direitos culturais linguísticos, que não podem ser esquecidos. Assim, embora a Constituição faça menção expressa às comunidades indígenas, o direito à diversidade linguística abrange todas as línguas faladas por brasileiros e, por isso, o desenvolvimento das políticas públicas deve atingir os diversos grupos falantes.

Somente assim, se antevê possível uma mudança na atual postura adotada pelo Judiciário, onde ainda se verificam decisões descaracterizando ou negando a condição indígena a sujeitos processuais, com o objetivo de negar-lhes benefícios garantidos em lei ou mesmo aplicando legislações menos favoráveis. Em suma, hodiernamente (ainda) se poderiam indicar dois "grandes" problemas: (1) o (atual e reiterado) tratamento das questões indígenas e da condição de índio pelo Poder Judiciário Brasileiro; e outro, nele contido, que é (2) a falta de proteção dessa minoria linguística em juízo, que poderia ser atribuída a "timidez" da norma constitucional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Regina Celestina de. Os índios na história do Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos "Brancos": o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. LACED/Museu Nacional, 2006.

BARRETO, Helder Girão. Direitos indígenas: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2005.

BRAGATO, FERNANDA FRIZZO. *In* Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs. Lenio Luiz Strsck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

CEPAL. *Los Pueblos indígenas en América Latina.* Disponível em: http://www.cepal.org/es/infografias/los-pueblos-indigenas-en-america-latina

COLAÇO, Thaís Luzia. Incapacidade indígena, tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões Jesuíticas. Curitiba: Juruá, 2005.

DORA, Denise Dourado. Direito e mudança social: projetos de promoção e defesa de direitos apoiados pela Fundação Ford no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DUPRAT, Deborah. Terras indígenas e o Judiciário. In: BELLO, Enzo (org.). Ensaios críticos sobre direitos humanos e constitucionalismo. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

HANKE, Lewis. *La lucha por la justicia en la conquista de América.* Madrid: Istmo, 1988.

IBGE. Características Gerais dos indígenas: resultado do Universo. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_gerais_indigenas/default_caracteristicas_gerais_indigenas.shtm

KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: Desenvolvimento histórico e estágio atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabriz Ed., 2010.

KEIL, Ivete; ALBUQUERQUE, Paulo; VIOLA, Solon. Direitos Humanos: alternativas de justiça social na América Latina. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

MAIA, Luciano Mariz. Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/do_papel_da_pericia_antropologica_na_afirmacao_dos_direitos_dos_indios.pdf

OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT/ Organização Internacional do Trabalho.* – Brasília: OIT, 2011.

OLIVEIRA, João Pacheco. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Antropologia e Direito:* temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro/Brasília: Contracapa/LACED, 2012.

ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Diritos dos Povos indígenas de 2007.

PIZZORUSSO, Alessandro. **El Uso De La Lengua Como Objeto De Regulación Jurídica.** *In*: Boletín Mexicano De Derecho Comparado, 2000, Issue 98, pp.785-805. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/ servlet/articulo?codigo=1228571&orden=46251&info=link.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo : Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Aryon Dall'Igna. Línguas Brasileiras: para o conhecimento das línguas indígenas. São Paulo: Edições Loyola, 1986.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.p.835.

SOUZA, Celina de. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. Dados – Revista de Ciências Sociais, v. 44, n. 3, 2001. Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte : Fórum, 2012.

UNITED NATIONS. *The concept of indigenous peoples* (workshop on data collection and disaggregation for indigenous peoples). Department of Economic and Social Affairs: New York, 2004.

VITORELLI, Edilson. *In* Temas atuais do Ministério Público Federal. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.