

# A APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO CNJ Nº 287/2019 COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

*Marco Antônio Rodrigues (OAB/MS)<sup>2</sup>  
Andréa Lúcia Cavararo Rodrigues (UFMS)<sup>3</sup>  
Antonio Hilário Aguilera Urquiza (UFMS)<sup>4</sup>*

## Resumo

O presente artigo tem por objetivo trazer uma reflexão acerca da Resolução CNJ nº 287/2019, aplicada aos cidadãos indígenas envolvidos em processos penais, assegurando a essas pessoas o direito ao laudo antropológico. Em algumas ocasiões, o indígena sente dificuldade para entender os termos jurídicos que lhe são trazidos durante uma audiência com a autoridade policial, não conseguindo compreender plenamente os termos e as disposições que o levaram a sofrer medida restritiva de direitos ou de sua liberdade. Diante disso, foi editada uma norma a fim de ampliar os direitos consagrados na Constituição, assegurando a assistência de um antropólogo, garantindo, assim, um processo mais justo. Conclui-se que o laudo antropológico é uma das ferramentas previstas nessa normativa e que contribui para a efetividade do art. 231 da CRFB/88. Por meio da pesquisa exploratória, buscando compreender a realidade dos povos indígenas em seus múltiplos aspectos, o artigo buscará alcançar seus objetivos.

**Palavras-chave:** Resolução CNJ nº 287/2019; Indígenas Encarcerados; Acesso à Justiça.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo trazer uma reflexão acerca da efetividade do art. 231 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) à luz da aplicação da Resolução CNJ nº 287/2019 (CNJ, 2019), voltada à garantia de direitos aos cidadãos indígenas encarcerados, ou que se encontram envolvidos em processos na esfera penal, assegurando a essas pessoas o direito à intérprete e laudo antropológico devido às suas especificidades culturais, com vistas a uma decisão mais justa e equitativa.

Entender o acesso à justiça pelos cidadãos significa proporcionar maior acessibilidade a todas as pessoas que desejam a tutela jurídica de seus direitos e sua efetividade. Nessa acepção, refletindo acerca do conceito jurídico de acesso à justiça, que vai muito além do sentido literal, significando não somente a possibilidade de ter sua demanda apreciada pelo Poder Judiciário, mas também o direito a um devido processo, vale dizer, a um processo equitativo (justo), que termine num prazo mínimo razoável e produza uma decisão eficaz (SOUZA, 2009, p. 02)

Em algumas ocasiões, o indígena se vê em dificuldade quanto ao entendimento dos termos jurídicos que lhe são trazidos durante uma audiência, inquérito ou mesmo uma simples

---

<sup>1</sup> VIII ENADIR – Trabalho apresentado no GT6 - Criminalização de indígenas e a interseccionalidade entre direito e antropologia.

<sup>2</sup> Advogado. Mestre em Direito pela UFMS (2019). Especialista em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2015). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017). Licenciado em Física pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2002). Foi voluntário PIBIC CNPq 2014/15 e 2015/16. Integrante do Grupo de Pesquisa Científica do CNPq intitulado Antropologia, Direitos Humanos e Povos Tradicionais. Pesquisador da FUNDECT (Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Pesquisa e Tecnologia no Estado de Mato Grosso do Sul). marcorod.adv@gmail.com

<sup>3</sup> Mestra em Antropologia Social - PPGAS pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Bolsista CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Especialista em Antropologia História dos Povos Indígenas pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (2017). Bacharela em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (2016). Foi Bolsista PIBIC CNPq.2014/15. andreacavararo@gmail.com

<sup>4</sup> Professor Associado da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, orientador da pesquisa. Possui Doutorado em Antropologia pela Universidade de Salamanca/Espanha; atualmente é docente do curso de Ciências Sociais, da Pós-Graduação em Direitos Humanos da UFMS e do Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social (UFMS). Bolsista CNPq (PQ2). hilarioaguilera@gmail.com

entrevista com a autoridade policial, não conseguindo compreender plenamente os termos e as disposições legais que o levaram ao encarceramento ou qualquer outra medida restritiva ou limitadora de direitos. Diante desse problema, foi editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a Resolução nº 287, a fim de ampliar os direitos consagrados no art. 231 da CRFB/88, de forma que essa população possa ser assistida por profissionais que compreendam as especificidades dos povos indígenas, garantindo um trâmite processual justo e equânime.

Como justificativa e fundamentação teórica, segundo o entendimento de Amorim et. al (2014), constata-se que desde a promulgação da Constituição de 1988, estabeleceu-se um profícuo debate entre a antropologia e o direito a partir do qual toda uma literatura foi construída, com o objetivo central de gerar subsídios consistentes na defesa dos direitos constitucionais das minorias socioculturais, tanto de indivíduos como de grupos sociais. Dessa forma, a atividade pericial em antropologia tem por finalidade subsidiar, por meio da produção de conhecimento especializado, a formação da convicção dos responsáveis pela garantia do cumprimento da lei, neste caso, no âmbito judicial e a importância deste trabalho está na sua capacidade de revelar, por meio da etnografia, os fundamentos necessários à consolidação de direitos coletivos sociais, culturais e étnicos.

A partir do tema proposto, o presente trabalho irá analisar na primeira seção algumas peculiaridades relativas aos povos indígenas à luz do artigo nº 231 da Constituição Federal de 1988, da antropologia e do pluralismo jurídico.

Na segunda seção do trabalho serão abordados temas como acesso à justiça como corolário do princípio da dignidade humana a partir da moldura da Resolução CNJ nº 287/2019 e sua efetividade.

Através da pesquisa do tipo exploratória (SEVERINO, 2007, p. 123), em que se buscará compreender o problema pesquisado através de uma perspectiva multidisciplinar que permita associar sem identificar ou reduzir, dentro de um princípio dialógico entre direito e antropologia.

## **1. REFLEXÕES JURÍDICO-ANTROPOLÓGICAS ACERCA DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

Se o sistema político brasileiro não foi dotado de amplitude suficiente para agregar em torno de si todas as nuances e diferenças presentes na sociedade, inclusive as regras e costumes pertencentes a determinados estratos sociais, passando despercebidos através da lei positivada pelo Estado.

Em outra visão, é importante compreender o fenômeno da recepção em um sentido global, que abranja os planos social, político e cultural. No entendimento de Wieacker (1967, p. 130), a recepção de elementos culturais que um povo não produziu por si mesmo não é senão uma das muitas formas de manifestação das constantes transferências culturais em que se baseia a civilização humana em seu sentido de continuidade.

No âmbito brasileiro, o sentido literal da palavra recepção acabou por sugerir um equívoco, pois se acreditava que o direito da Metrópole poderia ser adotado sem ser assimilado e, portanto, modificado e adequado aos moldes da sociedade que então se formava, e a base disso se deu na opinião simplificadora de que o direito é comparado a um objeto material que se possa tocar, transmitir e receber, à medida que o direito se constitui em uma integração de camadas altamente emaranhadas, complexas e mutáveis, sedimentada em uma gama de processos de

caráter histórico, social, intelectual e psicológico, o positivismo do século XIX entendia a ordem jurídica apenas como um mero conjunto de normas (WIEACKER, 1967, p. 133).

Nessa linha, havia uma concepção romântica e nacionalista que sugeriu e alimentou na consciência geral do povo o sentido de homogeneidade, dando a entender que a sociedade brasileira havia assimilado o direito nascente com algo de seu, esquecendo-se de que a adoção de elementos culturais e jurídicos alheios por um povo acaba por aniquilar sua identidade como comunidade jurídica receptora, neste caso concebida como sujeito e não como objeto da atitude ativa ou passiva diante do panorama que se apresentava.

O direito positivo e a mentalidade jurídica nacional seguiram um modelo pautado na exclusão das massas e, dessa forma, o direito consuetudinário, baseado nas práticas e costumes milenares dos povos originários, foi desconsiderado, o que corrobora o entendimento de Aguilera Urquiza e Prado (2016, p. 155), que levou a muitas informações desconstruídas, superficiais e, às vezes, preconceituosas acerca dos povos indígenas, decorrentes da relação assimétrica entre esses povos e o Estado.

Os povos indígenas apresentam várias características socioculturais comuns resultantes de uma tradição milenar, e uma delas é a territorialidade. As terras indígenas demarcadas, ou reconquistadas nos últimos 30 anos, são uma extensão de suas aldeias, geralmente próximas às fazendas<sup>5</sup>, apresentando alto índice de tensão em relação aos produtores rurais, registrando-se conflitos devido às tentativas de retomada de seus antigos e tradicionais *tekoha*<sup>6</sup>, e a cosmologia que os liga aos seus territórios mantém uma vinculação baseada na espiritualidade e em uma visão de mundo que extrapola os limites impostos pelas fronteiras demarcadas pelo Estado e pela propriedade privada.

Na concepção dos povos indígenas o território é contínuo, ou seja, sem barreiras físicas, construído a partir de regras de parentesco e de alianças políticas que permitem à família extensa a livre escolha (MURA, 2006, p. 131). Partindo dessa visão, pode-se afirmar que, na ótica dos povos indígenas, não existem as fronteiras nacionais, ou seja, é inconcebível que um território tradicional seja dividido, principalmente porque é um povo que tem em sua tradição cultural a prática do *Oguata*<sup>7</sup> e, com a imposição das fronteiras pelos Estados nacionais, a sua liberdade de ir e vir dentro do seu *tekoha guasu* foi restringida, embora já existisse há centenas de anos, antes mesmo da criação da instituição Estado (CAVARARO RODRIGUES, 2019, p. 47).

Diante da dificuldade gerada quando se define território em função de sua dimensão cultural e material, há que se considerar que a sua dimensão cultural estará alinhada à sua cosmografia, integrada pelo seu saber coletivo, incluindo seu regime de propriedade, os vínculos afetivos estabelecidos e a memória coletiva da história de sua ocupação, juntamente com seu uso social e suas formas de defesa (CAVALCANTE, 2016, p. 29)

Costa (2013, p. 12) afirma que o Direito não pode estar restrito à mera aplicação da lei positivada, mas deve ser construído com base nos fatos sociais e históricos, por meio da recepção

---

<sup>5</sup> Acerca dessa constatação, é importante destacar que os indígenas foram expulsos de suas terras tradicionais, sendo algo que se assemelha ao esbulho, por isso suas terras estão em áreas próximas às fazendas.

<sup>6</sup> Na cosmologia dos povos indígenas, significa *terra sem males*, ou local para bem viver. Cabe destacar que o conceito de território é significativo para os povos originários, sendo um dos princípios nucleares de toda a sua cultura e modo de vida. Segundo Levi Marques Pereira (2016, p. 10), o *tekoha* se compõe de coletivos formados por redes de parentelas, cimentadas por casamentos e alianças políticas de seus membros.

<sup>7</sup> Caminhada ou mobilidade dos indígenas ao longo do que consideram grande território, denominado *tekoha guasu*.

das transformações resultantes dos anseios sociais, econômicas e políticas que caracterizam os múltiplos aspectos da sociedade contemporânea.

Se a Constituição de 1988 reconfigurou, em larga medida, a noção de indivíduo, ao recuperar, para o direito, os espaços de pertencimento (DUPRAT, 2020, p. 172), as disposições da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2008), embora assegurados, não alcançaram o necessário grau de eficácia em vista das limitações impostas pelo próprio texto legal. Embora pareça óbvio, o problema analisado vai muito além devido à complexidade dessa questão, uma vez que o artigo 231 da Constituição Federal prevê que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União Federal demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Conforme Marco Rodrigues (2019, p. 55), na doutrina de formação do Estado, o estrangeiro e o *diferente* serão vistos e entendidos como o *outro*, e essa percepção poderá assumir diferentes conotações, determinantes quanto ao grau de pertencimento desses grupos em relação à ordem estabelecida ou imposta, e os conceitos de liberdade, igualdade e pluralismo não se compatibilizaram com o de universalidade, porque a doutrina universalista converge necessariamente para um modelo de partido único, ou de poder soberano e centralizado, característicos da cultura estatal.

Porém, se o direito surge estampado como um fato social, tendo a teoria antropológica como uma de suas bases fundamentais, é de suma importância o aspecto cultural quando da elaboração da norma, sendo uma realidade que não pode ser negada sob penas de se produzir situações de exclusão, violência social e conflitos de consequências irreversíveis (MARCO RODRIGUES, 2019, p. 77).

A pluralidade envolve a coexistência de ordens jurídicas distintas que definem ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como meta práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado (WOLKMER, 2009, p. 193).

Moreira e Zema (2019, p. 44) apontam que muitas pesquisas foram realizadas sobre a questão do pluralismo jurídico e das jurisdições indígenas. Mesmo assim, é possível constatar que os sistemas jurídicos desses povos permanecem desconhecidos e invisibilizados aos olhos da grande maioria. Existem ainda muitas dúvidas sobre as especificidades das jurisdições indígenas e isso acaba por dificultar sua compreensão e uma abertura para o diálogo com as culturas jurídicas ocidentais. No Brasil, são raros os estudos sobre essa temática o que reforça ainda mais uma série de preconceitos e leituras discriminatórias por parte dos juízes, advogados e sociedade em geral.

Coube ao Estado elaborar normas e estabelecer leis e o direito a fim de regular a vida em sociedade, e o poder constituinte originário consagrou um capítulo aos indígenas na Constituição Federal, porém muitas questões subjacentes ficaram de fora do texto constitucional, gerando incertezas e insegurança, sendo de vital importância um olhar sobre todo o paradigma jurídico-normativo existente, com vistas ao bem-estar e da plena garantia de direitos dessas populações e,

nessa lógica, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 287/2019 (CNJ, 2019), que será vista adiante.

## **2. DIGNIDADE HUMANA, ACESSO A JUSTIÇA E A RESOLUÇÃO CNJ nº 287/2019**

A Constituição Federal de 1988 dispôs que os povos indígenas poderiam buscar e resgatar seus direitos originários como cidadãos etnicamente diferenciados, porém a letra da Constituição não garantiu de forma plena, até o momento, a inclusão em um processo de participação nas políticas públicas de desenvolvimento que permitam a essas comunidades viver com dignidade.

Conforme Calixto e Carvalho (2017, p. 372) o interculturalismo, a partir da premissa de que todas as culturas possuem concepções diferentes de dignidade humana, bem como de que todas elas são incompletas quanto a esse conceito, permite o estabelecimento de um diálogo entre as diferentes sociedades acerca da dignidade humana, possibilitando a formação de uma cultura mista de direitos humanos, a qual, ao invés de recorrer a falsos universalismos, se organiza em uma amplitude de sentidos locais.

Segundo Barroso (2018), a dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um os grandes consensos éticos do mundo ocidental, sendo mencionada em incontáveis documentos internacionais, Constituições, Leis e Decisões Judiciais, impondo-se como o mínimo fundamental de direito que a pessoa humana possui e sendo o núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, assim como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de todo um sistema constitucional.

Paralelamente a essa visão, a assistência judiciária aos pobres é o pontapé inicial, posto que sem o acompanhamento de um advogado não era possível compreender as leis, os procedimentos judiciais, ou mesmo ajuizar uma causa. A defensoria pública, a assistência jurídica gratuita e a nomeação de advogado dativo corroboram para a proteção do hipossuficiente (CONPEDI, 2015, p. 311).

Com efeito, a Constituição de 1988 expressa verdadeiro compromisso com o acesso à justiça e aos direitos, sintetizando no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ou seja, não se trata apenas de lesões individuais, abarcando também as coletivas e as ameaças (SOLEDADE e ALVES, 2019, p. 1304).

Nessa perspectiva, Souza (2011, p. 166) observa, todavia, que o acesso à justiça não se restringe à inafastabilidade do controle jurisdicional; sendo conceito bem mais amplo, na medida em que abarca o direito à decisão, mediante o devido processo legal e que seja proferida em tempo razoável, fundamentada, eficaz e equitativa.

Conforme Santos (2011, p. 49), existem entraves à democratização do acesso à justiça no Brasil, tais como a deficiência estrutural das defensorias públicas; a variabilidade das custas judiciais; a necessidade de estruturação de assessorias jurídicas universitárias populares e de capacitação jurídica de líderes comunitários.

Souza (2011, p. 26) observa que os fatores enumerados acima refletem a condição socioeconômica da população, e a resolução do problema do acesso à justiça está associada a mudanças no plano educacional, com impacto sobre os grupos sociais considerados vulneráveis.

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade como paradigma do Estado de Direito, tanto no plano formal quanto material. Ainda acerca da igualdade, Canotilho (2003, p. 430) afirma não se tratar apenas de um princípio do Estado de Direito, mas um princípio de justiça social, assumindo relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades e de condições reais de vida.

Na visão de Santos (2013, p. 209), a discriminação social no acesso à justiça é um fenômeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que, para além das condicionantes econômicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar.

Por outro lado, Alves da Silva (2018, p. 71) aponta que a ideia de justiça passa a ser definida em função das inúmeras experiências das pessoas envolvidas, e o problema do acesso à justiça passa a ser analisado a partir dos processos internos das sociedades. O acesso à justiça não acontece apenas pelas instituições formais do sistema, os órgãos judiciais e procedimentos legais, mas pela ótica e experiência do jurisdicionado. A sua experiência pode ser muito mais significativa e determinante de um nível desejado de justiça do que o mais apurado, técnico e perfeito desenho de lei ou procedimento judicial.

De fato, tal discussão gira em torno da desfiguração dos indivíduos encarcerados e como, em meio a um contexto narrativo que se nutre da indiferença, o preso é distanciado dos direitos mais básicos e da própria dignidade humana.

Além disso, há a visão estigmatizante e reducionista que a sociedade lança sobre este grupo social e pensar novos horizontes de sentido, que certos direitos são inalienáveis a todos e certas escolhas jamais serão bem-vindas, mesmo diante daqueles que tenham cometido atos ilícitos, porque a salvaguarda da vida deve colocar-se como elemento norteador também no cárcere (ACIOLY e SAYÃO, 2023, p. 02).

Conforme esses autores, a situação da população carcerária no Brasil representa um déficit democrático contra a efetividade dos princípios garantidos na Constituição da República de 1988, sobretudo a dignidade da pessoa humana e a igualdade de todos perante a lei. Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2021), referentes ao período de janeiro a junho de 2020, o número de brasileiros sob custódia nas unidades prisionais chegou à marca de 702.069 pessoas. Destas custodiadas e custodiados, 209.257 cidadãos estão presos provisoriamente, ou seja, encontram-se privados de liberdade antes que o processo penal tenha ocorrido com contraditório entre as versões das partes e direito à ampla defesa do acusado até a sentença final.

Seccionar os dados por classe, raça, escolaridade ou gênero revela questões não solucionadas no âmbito das políticas sociais do Estado, confirmando a tese de Davis (2018, p. 38) que “em todo mundo, hoje, a instituição da prisão serve para depositar pessoas que representam grandes problemas sociais”. Davis estuda internacionalmente as prisões há décadas e cita o número desproporcional de pessoas negras nas prisões dos EUA, de aborígenes presos na Austrália e imigrantes na Europa. Grupos populacionais que deveriam ser objeto de programa de inclusão social por sua vulnerabilidade tornam-se o alvo das políticas criminais mais severas.

Na perspectiva de Acioly e Sayão (2023, p. 05), em relação ao preso, a sociedade coloca-se diante daquele que violou uma norma penal, uma regra de convivência, mas isso não faz dele menos humano, daí que a negação da sua interioridade, da sua possibilidade de transformação, fixando nele a imagem do mal, é sim trajetória para a negação da ética.

Não existe ética que seja aplicável apenas a um grupo da sociedade, assim como não existe sociedade ética que exclua um grupo, como os presos, da possibilidade do “ser humano”. Na temática da segurança pública, determinados elementos, como o medo e a violência, nos roubam da possibilidade de pensar com ponderação e, assim, a justiça e o amor podem ser contrariados pelo desejo de vingança ou punição e pela própria necessidade de se eliminar o outro. De uma perspectiva ética, contudo, devemos nos insurgir contra essa indiferença em relação às mulheres e aos homens encarcerados.

Nessa vertente, a observância da justiça e dos direitos humanos não se contrapõem, mas antes se complementam. Embora a justiça e os direitos humanos envolvam determinado grau de violência institucional sobre a liberdade de quem praticou o ato ilícito, essa violência precisa estar limitada pela lei.

A estigmatização de grupos vulneráveis, como os negros, pobres ou imigrantes, é um exemplo claro disso. Enquadrados a priori como potencialmente tendentes ao crime, eles são perseguidos, submetidos ao descaso e à invisibilidade relativa aos seus direitos constitucionalmente garantidos.

Vítimas de todo um contexto valorativo e simbólico, os integrantes de tais grupos sentem sobre seus ombros o peso da negação de direitos, que se faz acompanhar de violência e opressão. Seja na microesfera das relações cotidianas de desrespeito ou nas macroestruturas que os impedem de acessar determinados serviços do próprio Estado, percebe-se a força do campo simbólico no qual os preconceitos se nutrem.

Acioly e Sayão (2023, p. 09) asseveram que no âmbito judicial ocorre algo semelhante. Tais elementos valorativos, segregadores e preconceituosos estão presentes também na decisão do magistrado, pois o sistema jurídico não se separa do tecido social maior que ele compõe. Já que não há como ser neutro no sentido forte do termo, a solução do problema passa justamente por dar visibilidade ao processo de enquadramento, questionando-o, opondo-se pública e politicamente à seletividade penal, para desse modo buscar novos caminhos e possibilidades.

O Direito Penal e o processo penal respondem a demandas por igualdade formal e à pretensão abstrata de inclusão, nas quais a forma do Estado de Direito assume o esquema representativo da autonomia da vontade abstrata e neutra, justificando a inclusão de todos por referência. Nesse sentido, embora se configurem entes fictícios no sistema geral de equivalência meramente formal, os presos estão também entre os sujeitos da injustiça social real, que resulta de intensas desigualdades econômicas, invisibilidades sociais e políticas. Essas injustiças passam ao largo do formalismo do processo, sem alcançar a adequada consideração<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Nessa linha, Squeff e Freitas (2022) sugerem que a interculturalidade é um caminho adequado na interpretação e aplicação do art. 57 do Estatuto do Índio, que estabelece ser tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte. Em outras palavras, estando as sanções aplicadas de acordo com a organização social, costumes, crenças e tradições indígenas, não caberia ao Estado intervir na sanção aplicada, mesmo que em confronto com a lógica de responsabilização da legislação penal ou civil nacional.

Entre as subjetividades não representadas adequadamente nas práticas argumentativas de matriz neokantianas, Assy (2016, p. 783) situa os moradores da periferia, das grandes favelas, os indivíduos marginalizados dos movimentos sociais, os mortos em confronto com a polícia, moradores de rua, imigrantes ilegais, todos vulneráveis ainda na perspectiva de classe, gênero e raça que os compõe. Essas pessoas são os potenciais investigados, réus, culpados e, finalmente, presos, transitando entre os diversos ambientes de opacidade social, em que a cidadania pode ser apenas um sopro de palavras sem conteúdo.

Nessa inteligência, a Resolução CNJ nº 287/2019 representou um importante passo na incorporação pelo Poder Judiciário dos ditames da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Declaração da Organização das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2008), ao propor a superação da invisibilidade dos povos indígenas no processo penal por meio do registro da informação nos sistemas do Conselho Nacional de Justiça de que há um indígena envolvido no processo em curso. O Poder Judiciário brasileiro assumiu o protagonismo na garantia dos direitos previstos na Constituição Federal e em tratados internacionais dos quais o país é signatário, resgatando parte da dívida histórica para com a população indígena.

O Estado de Mato Grosso do Sul possui a segunda maior população indígena do país, estimada em 73.295 mil pessoas, na qual se destacam os Guarani Kaiowá (Ñandeva e Mbya), os Terena, os Kadiwéu, os Guató, os Ofaié, os Atikum e os Kinikinau, sendo que os Guarani Kaiowá e os Terena se apresentam com o maior contingente populacional.

Assim, a Resolução CNJ nº 287/2019 reafirma direitos já estabelecidos no Estatuto do Índio – Lei nº 6.001/73 (BRASIL, 1973) - e na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (ONU, 2015), além de preencher lacunas até então existentes no ordenamento jurídico de modo a dar concretude aos direitos e garantias cujos destinatários são os indígenas.

Durante quase 500 anos o Estado Brasileiro tratou o indígena como um *sujeito transitório*, ou seja, como alguém que estava fadado a desaparecer ou inserir-se na cultura regional, tornando-se caboclo (ou bugre, ou tantos outros nomes populares). No entanto, desde a Constituição de 1988, este mesmo Estado brasileiro reconhece os direitos deste “outro” que detém formas de compreensão e critérios de comportamento e julgamento diferenciados da imagem monocultural hegemônica que até então se consolidara como modelo para o reconhecimento do sujeito de direitos. Sabemos, por sua vez, que esse princípio pluralista, no entanto, só adquire efetividade se, na prática, o sistema jurídico (administrativo e judicial) se tornar, ele próprio, intercultural – aberto à compreensão da ampla gama de sentidos conferidos à realidade pelas pessoas que compõem a diversidade sociocultural que nos é constitutiva enquanto nação.

Um dos recursos que tem sido utilizados para a concretização destes avanços no ordenamento jurídico é, justamente, a realização da perícia antropológica em processos que envolvem a afirmação de direitos socioculturais. O objetivo, para tanto, segundo os mesmos autores (AMORIM, 2014) é trazer para o bojo das ações do Estado perspectivas não hegemônicas, diferentes das comumente adotadas, na tentativa de arejar e dilatar o alcance das decisões do poder público em favor da consolidação de direitos diferenciados. Pode-se acrescentar que é na tentativa, também, de evitar que decisões relativas às vidas de pessoas e grupos étnicos e sociais minoritários ocorram baseadas em uma visão etnocêntrica, que toma

apenas as suas próprias categorias de compreensão do mundo como parâmetro de consideração e julgamento.

Apesar de a Resolução CNJ nº 287 estar vigente desde 2019, notadamente no Estado de Mato Grosso do Sul a magistratura vem colocando em prática com mais ênfase somente a partir de 2022, e de forma esporádica, e quando ocorre o fato de um profissional antropólogo chegar em uma comunidade indígena para falar com a liderança local, geralmente poucas dessas lideranças possuem conhecimento do direito por parte pessoas indígenas acusadas em processos na esfera penal, quando lhes são garantidos direitos como um intérprete e um laudo antropológico, evidenciando suas especificidades e peculiaridades por ser indígena.

Um dos aspectos principais de integração e inclusão social e acesso à justiça diz respeito, primeiramente, à cultura e aos costumes, que irão determinar a organização dos grupos sociais e sua dinâmica de vida, estabelecendo sua posição em face da política estatal.

De acordo com a doutrina de formação do Estado, o estrangeiro e o *diferente* serão vistos e entendidos como o *outro*, e essa visão poderá assumir diferentes conotações, determinantes quanto ao grau de pertencimento desses grupos em relação à ordem estabelecida ou imposta.

Nessa reflexão, a relação de pertencimento dos povos indígenas e grupos vulneráveis em relação ao Estado pode estar pautada em fatores como cultura e o modo de ser que os torna *diferentes*, tendendo a serem vistos de maneira distante, não surpreendendo imaginar que a relação de exclusão dos indígenas do aparato jurídico estatal deve-se em fatores culturais intrínsecos e complexos, cuja análise extrapolariam o objetivo deste trabalho.

## CONCLUSÃO

Diante da concepção universalista de Estado, os conceitos de liberdade, igualdade e pluralismo não poderiam se compatibilizar com o de universalidade, porque a doutrina universalista converge necessariamente para um modelo de partido único, ou de poder soberano e centralizado, característicos da cultura estatal.

Considerando o problema das lacunas e antinomias no Direito, elas podem ocorrer quando o magistrado não encontra norma aplicável ao caso concreto, não sendo possível subsumir o fato a nenhum preceito, sendo geradas em virtude da falta de conhecimento sobre um *status* jurídico de certo comportamento, um defeito do sistema, uma ausência de norma ou uma disposição legal injusta ou em desuso.

Não se pode ignorar que o fator cultural subsidia o direito, que poderá ser posto pelo Estado, considerado direito positivo, ou um direito baseado nos costumes e na tradição, denominado direito consuetudinário.

A cultura, como integrante de um fato social, envolve e influencia o direito. Se o aspecto cultural for adaptado ou mesmo mitigado para integrar a norma devido ao grau de discricionariedade do legislador, o Estado, em vista de sua supremacia, eventualmente poderá vetar essa norma, desconSIDERANDO a sua origem, o seu conteúdo e apelo social, excluindo os anseios legítimos de determinados segmentos sociais.

Nesse panorama, promover a dignidade da pessoa e o acesso à justiça significa reconhecer que ele ou ela possuem direitos inalienáveis, e que não podem ser suprimidos arbitrariamente, sob pena de serem convertidos em uma fonte de conflitos e violência, e no caso dos grupos

vulneráveis, não se pode deixar de levar em conta a sua visão de mundo, os seus costumes e paradigmas.

Dessa forma, a pesquisa permite concluir que o direito a um laudo antropológico, além de caracterizar uma das ferramentas previstas na Resolução CNJ nº 287/2019, contribui para a efetividade do art. 231 da Constituição Federal de 1988, bem como o direito a um processo justo, pois permite esclarecer se o cidadão envolvido em processos penais é realmente indígena e, em caso afirmativo, até que ponto vai o seu envolvimento com a aldeia de origem e com a sociedade regional e nacional e se esse sujeito tem, ou não, consciência da ilicitude dos próprios atos, e se a sua conduta é aceita no meio em que vive, bem como se é cabível, no caso de ser pertencente a um grupo étnico específico, formas alternativas de pena, conforme já previsto no ordenamento jurídico nacional e internacional.

## REFERÊNCIAS

ACIOLY, Dimitri Alexandre Bezerra. SAYÃO, Sandro Cozza. Encarceramento, Justiça e Amor: Pensar Além da Indiferença a Partir de Lèvinas. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Ed. Unijuí. Ano 11 • nº 21 • Jan./Jun.2023. pp. 1-13.

AGUILERA URQUIZA, Antonio Hilario. PRADO, José Henrique. **Diversidade Cultural, Relações Interétnicas e os Povos Indígenas**. Antropologia e História dos Povos Indígenas no Mato Grosso do Sul. Antonio Hilario Aguilera Urquiza (Org.). Campo Grande/MS, Ed. UFMS, 2016. 299 p.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Acesso à justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro**. Tese (Livre-docência - Departamento de Direito Privado e Processo Civil) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2018. 290 p.

AMORIM, Elaine (et. al.) **A Ética na pesquisa antropológica no campo social**. In: [http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos/artigo\\_A\\_etica\\_na\\_pesquisa\\_antropologica\\_no\\_campo%20pericial.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/artigo_A_etica_na_pesquisa_antropologica_no_campo%20pericial.pdf). ; acessado em 10 de julho de 2014.

ASSY, B. de A. Subjetivação e ontologia da ação política diante da injustiça. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 3, p. 777-797, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL: Lei nº 6.001. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Brasília, DF, 19 de dezembro de 1973.

\_\_\_\_\_: **Constituição Federal de 1988**. Constituição de República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.

\_\_\_\_\_: Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 287. **Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário**. Brasília, DF. 25 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 5 abr. 2021.

CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra. O Papel da Alteridade no Âmbito da Teoria do Transconstitucionalismo: O Respeito à Identidade Cultural como Forma de Estabelecimento de uma Cooperação em Matéria de Direitos Humanos. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, v. 18, n. 2, pp. 363 - 385, Mai - Ago 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE. Thiago Leandro Vieira. **Colonialismo, Território e Territorialidade: A Luta pela Terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul**. Jundiá: Paco Editorial, 2016.

CAVARARO RODRIGUES, Andréa Lúcia. **Kaiowá-Paí Tavyterã: onde estamos e aonde vamos? Um estudo antropológico do Oguata na fronteira Brasil/Paraguai**. Dissertação. (Mestrado em Antropologia). Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Campo Grande/MS. 2019.

- CONPEDI. **Acesso à justiça** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: José Querino Tavares Neto, Flávia de Ávila, Paulo Roberto Lyrio Pimenta. – Florianópolis: 2015.
- COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas** (Unifor), Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan/abr. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2448/0>>.
- DAVIS, A. Y. **A liberdade é uma luta constante**. São Paulo: Boitempo, 2018
- DUPRAT, Deborah. **Demarcação de Terras Indígenas. O Papel do Judiciário**. Revista Povos Indígenas no Brasil. 2001/2005. Instituto Socioambiental. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs\\_artigos/Demarcacao\\_de\\_Terras\\_Indigenas.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/Demarcacao_de_Terras_Indigenas.pdf). Acesso em 10/11/2020.
- MARCO RODRIGUES, Antônio. **A Dinâmica Migratória dos Povos Tradicionais Fronteiriços no Estado do Mato Grosso do Sul e os Reflexos da Mensagem de Veto nº 163/2017**. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direitos Humanos). Campo Grande: UFMS, 2019.
- MOREIRA, Erika Macedo; ZEMA, Ana Catarina. **Proteção Constitucional da Jurisdição Indígena no Brasil**. In: Lei do índio ou lei do branco - quem decide? : sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais / Assis da Costa Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho (organizadores). – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 368 p.
- MURA, Fabio. **À procura do “bom viver”: território, tradição de conhecimento e ecologia doméstica entre os Kaiowa**. Tese – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Museu Nacional – UFRJ/PPGAS. Rio de Janeiro, 2006.
- ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro, 2008.
- ONU. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/292>>. Acesso em 23/04/2015.
- PEREIRA, Levi Marques. **Os Kaiowá em Mato Grosso do Sul: módulos organizacionais e humanização do espaço habitado**. Dourados, MS: Ed. UFGD, 2016. 127p.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice - o social e o político na pós-modernidade**. 2013.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.
- SOLEDADE, Maria Soares Cruzes. Souza, Wilson Alves de. A Democratização do Acesso à Justiça para Pessoas com Deficiência Física no Brasil: Avanços e Desafios. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Ano 5, nº 5, 2019. pp. 1299-1329.
- SOUZA, Wilson Alves. **Acesso à justiça: conceito, problemas e a busca da sua superação**. Evocati, n.42, Bahia, Jun/2009.
- SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011.
- SQUEFF, Tatiana Cardoso. FREITAS, Felipe Simor de. Respeito ao Direito Sancionatório Indígena: Processos Deliberativos Interculturais na Aplicação do Art. 57 do Estatuto do Índio. **Revista Videre**. UFGD. Dourados/MS. v. 14, n. 30, Mai/Ago 2022. pp. 269-286.
- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2 ed. Fundação Calouste Goubenkian. Lisboa, 1967.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2009.