

A (in)visibilidade e a criminalização dos indígenas no Brasil: um olhar além do preconceito*

(In)visibility and criminalization of indigenous in Brazil: a look beyond prejudice

Osmar Veronese**
Ederson Nadir Pires Dornelles***

Resumo

O presente artigo versa sobre os indígenas brasileiros, os quais, em razão de um processo de vitimização, foram se tornando jurídica e socialmente invisíveis. Além da violência representada pela ocupação do território pelos portugueses e espanhóis, a hipossuficiência desses povos se aprofunda na era capitalista globalizada na medida em que eles destoam do padrão de vida e consumo imposto pelo mercado mundial. O ensaio examina também questões relacionadas à imputabilidade penal, sublinhando o descompasso entre parte da legislação nacional e da internacional sobre a matéria. Ao final, analisam-se formas de tutela dos indígenas e orientações que informam o julgamento criminal de indígenas, com a necessidade ou dispensa de perícia antropológica, tendo no horizonte o respeito às diferenças. Para essa pesquisa, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, com matizes históricos.

Palavras-chave: Indígenas. Multiculturalismo. Criminalização. Invisibilidade.

Abstract

This article deals with the Brazilian Indians, who, because of a victimization process were becoming legal and socially invisible. Besides the violence represented by the occupation of the territory by the Portuguese and Spanish, the hipossuficiência these people deepens the globalized capitalist era, as they clash with the standard of living and consumption imposed by the world market. The essay examines also issues related to criminal responsibility, highlighting the gap between part of national legislation and international on the matter. At the end, it looks at ways of protection of indigenous and guidelines that inform the criminal prosecution of indigenous people, with the need or waiver of anthropological expertise, and on the horizon respect for differences. For this research we used the hypothetical-deductive method of approach with historical hues.

Keywords: Indigenous. Multiculturalism. Criminalization. Invisibility.

1 Introdução

O presente ensaio versa sobre os indígenas brasileiros, dando ênfase a direitos e peculiaridades que reclamam tratamento particularizado por parte do Estado. Inicia-se por noticiar o histórico processo de vitimização enfrentado por esses povos que, submetidos a condições subalternas frente ao poderoso colonizador europeu, acabaram sofrendo diversas formas de violência e subjugação. Avança-se no descortinar a condição de hipossuficiência em que os indígenas brasileiros, em sua maioria, se encontram,

* Ensaio produzido a partir das reflexões do projeto de pesquisa “Estado, Constituição e diferença: a proteção das minorias à luz do constitucionalismo contemporâneo”, com interlocução iniciada no componente curricular “Estado, Constituição e diferença” e continuada na elaboração da dissertação, por Ederson, que contou com a orientação de Osmar, tudo vinculado à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do Mestrado em Direito da URI Santo Ângelo/RS.

** Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Valladolid, ES, Professor de Direito Constitucional da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI (Graduação e Mestrado) e do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA), Santo Ângelo/RS, Procurador da República. Autor dos livros: “Constituição: reformar para que(m)” e “Inviolabilidade parlamentar: do senador ao vereador”, publicados pela Editora Livraria do Advogado, e “Constituição: um olhar sobre minorias vinculadas à Seguridade Social” (em coautoria com Jane Berwanger), publicado pela Editora Juruá. Santo Ângelo – RS – Brasil. E-mail: osmarveronese@gmail.com.

*** Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões-URI, campus Santo Ângelo - RS. Santo Ângelo – RS – Brasil. E-mail: ederdor@yahoo.com.br.

examinando algumas causas e consequências. Em seguida, discorre-se sobre a imputabilidade indígena e o processo de criminalização enfrentado, desvelando as precárias condições oferecidas pelo Estado brasileiro no tratamento individualizado de indígenas quando relacionados a crimes. Além disso, aponta-se o descompasso existente entre a legislação internacional e a nacional no regramento das questões indígenas, cotejando-se principalmente a Constituição de 1988, o Estatuto do Índio e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Por fim, enfoca-se tutelas voltadas aos indígenas, tanto em relação à políticas públicas estatais quanto à de origem civilista relacionada à (in)capacidade, além de examinar a orientação jurídico-penal dos tribunais brasileiros diante dos novos parâmetros normativos vertentes a partir da atual *Lex Mater*, com decisões e tendências relacionadas ao julgamento de indígenas envolvidos em crimes.

Na era global, dificilmente algum grupo humano escapa dos tentáculos econômicos e comunicacionais desse monstro sem rosto e com escasso sentimento que é o capitalismo internacional, razão pela qual urge que, via Universidades, se dê visibilidade às causas de grupos vulneráveis, fomentando o pensamento contramajoritário como tentativa de preservar o que ainda resta de peculiar na cultura desses povos. Nessa vereda, é lançada a presente reflexão.

2 O indígena brasileiro e o histórico processo de vitimização

A população indígena brasileira, a partir de 1500, apresentou grande decréscimo, contando inclusive com a extinção de diversos povos e etnias, produzindo verdadeira mancha na história da humanidade, lida por historiadores como um dos, se não o maior, genocídio ocorrido até os dias atuais. No entanto, essa realidade passou a mudar a partir dos anos 1970, quando se registrou um aumento na população indígena brasileira. A partir de 1991, o IBGE incluiu os indígenas no censo demográfico nacional e constatou efetivo crescimento populacional nos anos 90, em um ritmo quase seis vezes maior que os demais residentes.

Em percentuais relativos ao total da população brasileira, os indígenas passaram de 0,2% em 1991, para 0,4%, em 2000, totalizando 734 mil indivíduos. A população indígena, segundo o censo demográfico realizado pelo IBGE, em 2010, era de 817.963 indígenas, dos quais 502.783 viviam na zona rural e 315.180 habitavam as zonas urbanas brasileiras. No Brasil, atualmente existem aproximadamente 230 etnias, falando cerca de 180 línguas, com sério risco de extinção de algumas dessas línguas, tendo em vista o reduzido número de indígenas falando esses idiomas (FUNAI, 2015).

Ao mesmo tempo em que apresenta um lado positivo, o aumento populacional indígena surge como um paradoxo. Esse crescimento populacional acaba trazendo à tona um grande problema social, a ausência de estruturas governamentais e sociais adequadas e preparadas para essa nova realidade, fazendo com que inúmeras problemáticas sejam encontradas no cotidiano existencial desses povos (FUNAI, 2015).

Esta população, em sua grande maioria, vem enfrentando uma acelerada e complexa transformação social, necessitando buscar novas respostas para a sua sobrevivência física e cultural e garantir às próximas gerações melhor qualidade de vida. As comunidades indígenas vêm enfrentando problemas concretos, tais como invasões e degradações territoriais e ambientais, exploração sexual, aliciamento e uso de drogas, exploração de trabalho, inclusive infantil, mendicância, êxodo desordenado causando grande concentração de indígenas nas cidades (FUNAI, 2015).

Assim, além de um conhecido histórico de desrespeito à sua condição de seres humanos, atualmente os indígenas continuam sendo vítimas de um processo econômico e cultural existente, que reproduz nos tempos atuais as práticas antigas. Diversos relatórios nacionais e internacionais têm divulgado dados estatísticos e acontecimentos recentes de violações de direitos enfrentados por esses povos, as quais assumem as mais variadas formas (RIO GRANDE DO SUL, 1999-2000).

Uma das maiores reivindicações por parte dos índios é a questão das demarcações de terra, tema de histórico enfrentamento entre índios e proprietários rurais, o qual, entretanto, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apresenta avanços. No ano de 1997, 205 áreas indígenas haviam

sido registradas, e 261 áreas tinham algum tipo de reconhecimento legal, demonstrando o avanço ocorrido, tendo em vista que em 1967, quando da criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) apenas 10% dessas terras tinham algum reconhecimento (SARMENTO; PIOVESAN, 2008, p. 520).

Em contrapartida, conforme o relatório “Violência contra os povos indígenas no Brasil”, elaborado e divulgado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), no ano de 2014 houve um crescimento de 130% no número de índios assassinados no Brasil. O dado alarmante mostra que 138 índios foram mortos em 2014, sendo 16 casos envolvendo mulheres. Em 2013 foram registradas 53 mortes violentas, parte delas foi resultado de conflitos internos tendo como causa principal o uso de bebidas alcoólicas nas áreas indígenas. O relatório do CIMI aponta, ainda, mortes de indígenas decorrentes de conflitos fundiários com madeireiros que invadiram terras indígenas já demarcadas (CEDEFES, 2014).

A vitimização social atual em que o indígena se encontra acaba gerando inúmeros casos de violência contra eles, espalhados por todo o território brasileiro, tendo como causas as mais diversas, mas uma, sem dúvida, está presente entre os conflitos existentes entre índios e não índios: a incapacidade de aceitação da diferença.

O estereótipo do europeu plantado nas mentes brasileiras e, conseqüentemente, a cultura europeizada tida como a certa, faz com que o não enquadramento nesses valores seja visto como algo *não correto, transgressor e corrupto*. O discurso colonial como aparato de poder se apoiou, desde o princípio, no repúdio das diferenças raciais, culturais e históricas, demonstrando toda a sua agressividade quanto aos diferentes, assumindo uma forma de governabilidade que passou a se apropriar, a dirigir e a dominar o outro (diferente), em suas várias esferas de atividade (DERRIDA, 2013, p. 123-125), daí o que se tem atualmente, uma cultura repleta de intransigências com o *diferente*. No caso em questão, o índio. A diferença, por incrível que pareça, agride a quem a encontra diante de si, gerando reações muitas vezes de agressões das mais diversas. O indígena, por possuir uma cultura diversa da europeia implantada no território brasileiro, é muitas vezes colocado em condições de inferioridade social e visto como *estrangeiro* não aceitável no meio da sociedade atual, predominantemente não índia (DERRIDA, 2013, p. 123-125).

Em razão da cultura originária e milenar que prevalece em muitas comunidades indígenas, os costumes europeizados não são absorvidos. Essa preservação da cultura própria, direito constitucional assegurado aos povos indígenas, acaba sendo um dos motivos da hipossuficiência indígena atualmente encontrada na sociedade brasileira, fato que se verá a seguir.

3 A hipossuficiência indígena

Quando se trata de populações como os indígenas, o significado de hipossuficiência claramente se aplica levando em conta a condição de vulnerabilidade em que os mesmos se encontram, indicando as mais diversas carências. Para essas populações foi implementado um tratamento histórico diferenciado, negativamente, fato que os coloca na condição de hipossuficientes, mormente sob o viés social e econômico.

Cabe salientar que a hipossuficiência indígena é decorrente de um processo histórico de vitimização. No conhecido processo de colonização do território brasileiro, o indígena sempre foi colocado em uma condição subalterna perante o poderoso colonizador europeu, detentor da “inteligência” e da tecnologia. Por estar em um estágio “evolutivo” superior ao “selvagem indígena”, o colonizador via nesses indivíduos um entrave no processo de conquista e desbravamento do novo território, impingindo-lhes severas reprimendas. Em um contexto de superioridade hierárquica social, o europeu, com seu discurso, colocou o índio em um ambiente diverso e estranho, onde sua cultura e o seu modo de ver o mundo foram subjugados pela “supremacia cultural” do colonizador (KAKU; DORNELLES, 2011, p. 242).

Como a cultura europeia decorrente do processo de colonização se faz presente de forma preponderante na sociedade brasileira, o indígena ainda é visto com olhos de conquistador, pelos não índios, por isso continua sofrendo em um contexto cultural resultante de valores europeus, distintos

daqueles dos indígenas, agravado pelo impacto do sistema capitalista globalizado (SANTOS et al., p. 15).

A ideia de progresso, herdada do iluminismo e da modernidade histórica, encontrou na economia do capitalismo industrial dos países ocidentais hegemônicos sua mais perfeita expressão. O progresso material das sociedades ocidentais avançadas, em especial a norte-americana, converteu-se naquilo que desde os anos 50 passou a ser concebido como o modelo exemplar de desenvolvimento em que todas as sociedades ocidentais passaram a aspirar, e os governos, a perseguir. A identificação de progresso com desenvolvimento material exigiu liberdade de mercado, processos produtivos globalizados, flexibilidade de trabalho e outros meios que tornaram a economia dos países instável e o trabalho das pessoas raro e volátil. “Padrões de consumo crescentes de bens cada vez mais sofisticados converteram-se em aspirações irrenunciáveis e em valores equivalentes de cidadania e de justiça social” (SANTOS, 2004, p. 123).

A hipossuficiência do sujeito acaba sendo resultado, dentre outros, de uma sociedade que procura uma ampla objetivação do mundo, que coloca o sujeito sob a manipulação e o domínio da técnica e, também, da ciência, além da valorização cega da eficiência (SANTOS, 2004, p. 122).

A necessidade de capacitação do sujeito, no sentido de formação e construção, exprime a lógica de exploração e dominação conforme as exigências da sociedade capitalista, e coloca sobre os seus integrantes uma necessidade, no processo, de constante aperfeiçoamento, segundo as exigências do mercado, sendo que quem não adentra nesse sistema, tem probabilidade de ser colocado em uma posição periférica, à margem da sociedade. O avanço do poder integrador do capitalismo sobre a vida das pessoas acaba também impondo uma transformação cultural de forma *coercitiva*, e quem não se inserir na cultura do capital acaba sendo excluído do processo e, conseqüentemente, posto na condição de explorado, dominado e alienado, hipossuficiente (NEIROS FERNANDES; WESTPHAL, 2012).

É nesse contexto que a maioria dos índios brasileiros se encontra, pois o entendimento e os valores capitalistas não fazem parte do “ser índio”. Os conceitos e entendimentos indígenas são justamente o oposto do que se prega na cultura capitalista, e essa diferença cultural fundamental é um dos motivos dessas populações não estarem inseridas no processo econômico, produtivo, capitalista e globalizado existente atualmente, sendo necessária uma difícil, quase impossível, modificação cultural desses povos para adentrarem nesse processo (NAVARRETE SAAVEDRA, 2010).

Os indígenas brasileiros, apesar das particularidades características e peculiares de cada etnia, de uma maneira geral possuem, em decorrência de um contexto originário e pré-colombiano, similaridades culturais. A preservação dos usos e costumes, bem como de uma cultura com características milenares, se faz presente na maioria das etnias indígenas encontradas, indicando acentuada conservação cultural. O respeito pelas culturas dos seus ancestrais é tido como fundamental para a preservação de costumes milenares, atestando se estar diante de um povo que respeita e exalta a sua história e cultura, cultuando e garantindo saberes, não permitindo o seu desaparecimento (BURGOS, 1993, p. 62).

Embora soe importante a preservação cultural indígena, há um custo a ser pago pelos que a conservam. No contexto atual, com um processo mercadológico globalizado, com o surgimento das mais diversas tecnologias, bem como a exigência de constante aperfeiçoamento do trabalhador para se manter no mercado de trabalho, o índio acaba não se inserindo, passando a ser vítima (NAVARRETE SAAVEDRA, 2010).

A hipossuficiência de minorias existentes na sociedade, incluídos os indígenas, coloca dúvidas e levanta discussões a respeito da falta de capacidade do Estado em atender demandas consideradas fundamentais, inseridas no texto constitucional atual (PIOVESAN, 2004).

A Constituição brasileira de 1988, de perfil claramente humanista, expõe princípios, direitos e garantias consideradas fundamentais para o cidadão brasileiro alcançar condições mínimas para viver com dignidade. No art. 6º, por exemplo, constam como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a assistência aos desamparados, etc. (BRASIL, 1988).

Existe, assim, obrigação constitucional de o Estado atender alguns requisitos mínimos indispensáveis à sobrevivência digna de sua população. Seriam algumas exigências fundamentais não somente relacionadas a um mínimo existencial, mas sim suficientes para assegurar a existência (a garantia da vida) humana em condições dignas num sentido de vida saudável (WEBER, 2013).

O grande problema é que esse Estado não consegue cumprir com suas obrigações dispostas na legislação, tampouco a sociedade consegue suprir essas carências. A denominação atual de Estado e a sua sistemática acabou gerando enormes responsabilidades, no sentido de efetivar os direitos previstos no texto constitucional, colidindo, muitas vezes, com a limitação de meios e recursos. Essa ineficiência do poder público quanto ao cumprimento desses direitos e garantias acaba gerando populações hipossuficientes em diversos aspectos relacionados à sobrevivência e dignidade humana (WEBER, 2013).

Com isso, tem-se a presença de multidões de brasileiros hipossuficientes, que se colocam em condições de vulnerabilidade social. Nesse contexto, enquadram-se as inúmeras populações indígenas encontradas no território brasileiro. Essas populações se apresentam como vítimas de um sistema capitalista e econômico global, que tem presenciado cada vez mais o surgimento de pobres e miseráveis.

Tem-se assim o surgimento de indivíduos que acabam se inserindo no crime na busca de melhores condições econômicas de sobrevivência, sendo, com isso, importante examinar a (in)imputabilidade que se projeta sobre os indígenas brasileiros.

4 A imputabilidade e a criminalização indígena

A imputabilidade penal é a condição ou qualidade que possui o agente de sofrer a aplicação de uma pena, além de ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que, com sua determinada ação, está realizando um ilícito penal. Ela é a capacidade que o agente possui, no momento da ação ou da omissão, de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se frente a ele. Somente o indivíduo imputável poderá sofrer uma determinada penalização. Conforme Fernando Capez, a imputabilidade apresenta um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que é a faculdade de controlar e comandar a própria vontade (CAPEZ, 2009, p. 311).

Segundo a legislação em vigor, pressupõem-se imputáveis todos os maiores de 18 anos de idade, e de forma extraordinária o legislador arrola as hipóteses de exclusão dessa imputabilidade, ou seja, os casos que se enquadram na condição de inimputáveis. O Código Penal brasileiro, nos artigos 26 e 27 arrola as hipóteses em que há a inimputabilidade. Os referidos artigos colocam como isento de pena o indivíduo que, ao tempo da ação ou da omissão, se mostra inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. Nesses se enquadram, conforme o dispositivo legal, o doente mental, os que possuem desenvolvimento mental incompleto, os que possuem desenvolvimento mental retardado, os menores de dezoito anos, e ainda o agente que, em virtude de embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou de força maior, no momento do fato se encontrava incapaz de entender o caráter ilícito do ato praticado (CAPEZ, 2009, p. 312-314).

Os indígenas isolados, ou os não integrados na sociedade, em geral não índia, não estão inseridos no Código Penal brasileiro na condição de inimputabilidade penal. Mas legislações, como o Estatuto do Índio e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), fazem com que se dê aos indígenas condições diferenciadas quando necessárias.

São três as possibilidades quando do cometimento de crimes por indígenas, todas sujeitas ao laudo antropológico, destinado a verificar o grau de aculturação desse indivíduo. Se o indígena se encontra em condições plenamente adaptáveis à sociedade em geral, ele se enquadra na condição de imputável, sofrendo com isso as consequências da legislação penal. Quando é verificada a situação do indígena como adaptado parcialmente aos valores sociais dominantes, sua pena deverá ter uma redução pelo julgador. No caso desse índio não possuir nenhum grau de adaptação e, portanto, estando em um “grau de desenvolvimento mental incompleto”, conforme o artigo 97, *caput* do Código Penal, sofrerá medida de

segurança. O Estatuto do Índio não expõe sobre sua possível absolvição na condição de não integração na sociedade preponderante (RODRIGUES; BERRO, 2014). Dispõe o Estatuto do Índio (BRASIL, 1973):

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Conforme o art. 4º dessa lei, os indígenas são classificados como isolados, em vias de integração, ou já integrados, de acordo com seu grau de integração à sociedade. Por sua vez, o art. 7º da mesma lei estabelece um regime especial de tutela dos indígenas não integrados à comunhão nacional, e o artigo 8º prevê a nulidade dos atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente (BRASIL, 1973).

A interpretação que se faz desse conjunto de artigos é que os indígenas não integrados à comunhão nacional não têm plena capacidade de fato, sendo considerados absolutamente incapazes. Nesse sentido, seria garantido apenas aos índios isolados e em vias de integração o *regime tutelar*¹ nas relações cíveis e o tratamento penal diferenciado nos casos de condenação por infração penal (BRASIL, 1973).

Conforme a resolução 169 da OIT, na aplicação de sanções penais, o magistrado, quando da sentença, deve levar em consideração as características econômicas, sociais e culturais dos indígenas, bem como deverá levar em conta os costumes dos povos indígenas a respeito do assunto ou do fato em questão (BRASIL, 2004).

Dentro do contexto apresentado, fica o entendimento de que, para determinar se o índio é imputável ou não, leva-se em conta a sua condição e capacidade de compreensão da ilicitude do ato na época do delito. Essa capacidade de compreensão do fato pode ser obtida com uma perícia antropológica, que atestará o nível de integração do indígena.

Ainda, conforme determina o artigo 10 da resolução 169 da OIT e o artigo 56 do Estatuto do Índio, ao indígena condenado deve-se dar preferência a penas que evitem o encarceramento. Se isso não for possível, as penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se permitido, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado (BRASIL, 2004).

Com relação ao indígena envolvido em crimes, não resta dúvida sobre a necessidade de punição do mesmo, mas a sua culpabilidade dependerá de julgamento que leve claramente em conta sua imputabilidade e culpabilidade penal. Se, ao tempo da ação, o desenvolvimento do indígena não lhe permitia compreender a natureza ilícita do fato, entende-se, para efeitos penais, que o mesmo deverá ser considerado imputável. Cabendo ao julgador, com auxílio de perícias ou outros meios idôneos, aferir a imputabilidade do indígena levando em conta a natureza de suas diferenças (RODRIGUES; BERRO, 2014).

Outro ponto que merece ser levado à pauta das discussões quanto aos indígenas é a questão da sua criminalização. Existe claramente uma descaracterização étnica desses pelos operadores do direito, bem como uma imprecisão das estatísticas oficiais relativas ao contingente de indígenas presos. Essa descaracterização étnica nos processos legais tem acarretado uma invisibilidade jurídica na qualidade de sujeitos de direito, e o não reconhecimento do *status* legal diferenciado dos índios, desde a abertura do inquérito policial até o seu aprisionamento, que retira o necessário e legal tratamento diferenciado. Nesse sentido, escassas pesquisas levantam dados primários e questionam a fragilidade dos dados oficiais pertinentes à criminalização e ao encarceramento de indígenas no Brasil (CIMI, 2014).

¹ O regime tutelar implica a assistência e a tutela indígena e encontra-se regulamentado nos artigos 7º ao 11º do Estatuto do Índio.

Várias questões relacionadas à criminalização de indígenas devem ser levantadas. Uma delas é a que se apresenta em alguns Estados brasileiros, como no Mato Grosso. Segundo se noticia, há um desrespeito aos direitos humanos relacionados aos indígenas desde a fase de inquérito policial, visto que algumas aldeias indígenas naquele estado não dominam a língua portuguesa, o que acaba dificultando a compreensão das acusações e do processo de defesa, desconhecendo inteiramente a situação processual enfrentada. Esses indígenas, por vivenciarem outra cultura e não estarem inseridos na sociedade não índia, além de não dominarem a língua portuguesa, encontram, já na prisão, tremendas dificuldades com sérios problemas de entendimento das regras impostas dentro do sistema prisional, o que acarreta enormes prejuízos quanto ao cumprimento da pena (CIMI, 2014).

Ainda no Mato Grosso, os casos de criminalização de indígenas mais evidentes em um histórico recente são os que envolvem o aprisionamento de lideranças indígenas em contextos de conflitos fundiários, conflitos esses bastante comuns naquele estado, a exemplo do que sempre ocorreu na história da colonização brasileira. Mas o que falar do alto índice de índios aprisionados em outros estados da federação, como Amazonas (AM), Bahia (BA), Pará (PA), Rio Grande do Sul (RS) e Roraima (RR)?

Estaria ocorrendo nesses estados um problema similar ao que ocorre no Mato Grosso? Historicamente o índio foi um empecilho para a conquista do território americano, tendo sido tomadas atitudes por parte das autoridades, militares e particulares a fim de exterminá-los, pois representavam um entrave para a conquista dessas terras. Estaria ocorrendo uma nova mobilização por parte do 'estado' (polícias, sistema de justiça criminal e sistema penitenciário) para desmobilizar a organização política e a resistência indígena em áreas de disputa fundiária ou por recursos naturais? (SILVA, 2013, s.p.).

Essas são algumas perguntas, dentre tantas que podem ser feitas, relacionadas ao tratamento dado pelo Estado quando do envolvimento de indígenas em crimes. Mas o que se mostra fundamental é o entendimento por parte das autoridades e da sociedade em geral que a cultura não é a mesma existente na sociedade hegemônica não índia, estando-se, assim, diante de indivíduos diferenciados. Cabe ao Estado, dentro de um processo de entendimento, respeitar essa realidade e pôr em prática ações que estabeleçam proteção a essa diferença existente.

A Constituição de 1988, bem como as demais legislações brasileiras, que estão, de uma forma ou de outra, ligadas às questões indígenas, deve estar em conformidade com as normas internacionais ratificadas pelo Brasil. Atualmente, existe um certo descompasso entre legislações nacionais e internacionais, tema a seguir enfocado.

5 O descompasso entre a legislação internacional e a nacional no tratamento às questões indígenas

Há um leque de legislações internacionais ligadas direta ou indiretamente aos indígenas e às populações originárias. O Brasil encontra-se na condição de signatário de diversos Tratados e Convenções internacionais sobre a temática.

Foi a partir da década de 60 que, no âmbito da ONU, começaram a surgir preocupações mais específicas com a questão indígena, no bojo das discussões sobre a proteção de minorias em geral. Em 1971, a ONU encomendou um estudo sobre a discriminação contra essas populações que, dentre outros aspectos, definiu o que seriam comunidades, povos ou nações indígenas. Dessa forma, a partir dos anos 60, conferências, grupos de trabalho internacionais, entre outros, produziram documentos, esclarecimentos, normas, instrumentos, declarações ou ainda tratados sobre a condição dos povos indígenas em geral, edificando um entendimento significativo em defesa de tais populações e sua específica condição existencial de vida (SILVA, 2013, p. 121-122).

Desse trabalho no âmbito da ONU, mostrou-se significativa a aprovação, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 13/9/2007, da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas,

um passo fundamental para o reconhecimento, promoção e proteção dos direitos e liberdades desses povos (GUTIÉRREZ, 2010, p. 44).

Além da ONU, outra Organização Internacional que tem se destacado na promoção direta de reconhecimento e defesa dos direitos dos indígenas é a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, dois anos após sua criação, já iniciava estudos sobre os índios trabalhadores, tendo elaborado várias Convenções específicas sobre essa classe de trabalhadores, tais como as Convenções 50, 64, 65, 86, 104 e 107, sendo a mais recente, a Convenção 169/1989 relativa aos povos indígenas e tribais nos países independentes (BRASIL, 1989).

A Convenção 169 da OIT foi aprovada em 1989, substituindo a Convenção 107, de 1957, devido ao consenso internacional sobre as falhas nela contidas, e tendo em vista a evolução do Direito Internacional e os desdobramentos ocorridos com relação aos povos indígenas.

Essa legislação veio em benefício dos povos tribais e indígenas e procurou adotar novas normas internacionais com vistas a corrigir a orientação das normas anteriores. Acabou sendo formulada à luz de necessidades e aspirações dessas populações, levando especialmente em conta as diversas carências a que estão submetidas nos diversos locais do globo. A Convenção 169 é atualmente o mais extenso instrumento internacional sobre os direitos dos povos indígenas e tribais e, dentre os pontos tratados, alguns chamam a atenção, como a necessidade de consulta às populações indígenas e a sua participação, quando houver, por exemplo, projetos legislativos ou administrativos que se relacionem a esses povos. Também traz à tona assuntos relacionados quanto à representatividade dos indígenas, institucionalidade do Estado, territorialidade, acesso à educação, condições de emprego, formação profissional, seguridade social, dentre outros que visem a inclusão social e os direitos humanos fundamentais (BRASIL, 1989).

A Convenção 169 também obriga os governos a respeitarem a importância especial da vida cultural e espiritual desses povos e, em particular, o aspecto coletivo do seu relacionamento com a terra ou territórios que ocupam. Dispõe a convenção que, quando o Estado ou a nação retém a propriedade dos recursos minerais e subterrâneos, é necessário consultar os povos indígenas afetados para determinar se, e em que grau, seus interesses poderiam ser prejudicados, antes de permitir que quaisquer programas para extração ou exploração dos recursos sejam executados (BRASIL, 1989).

Também estabelece a Convenção que os povos indígenas possuem o direito de manter seus costumes e instituições, inclusive os métodos tradicionais para lidar com crimes cometidos por seus membros, quando eles não forem incompatíveis com os direitos fundamentais estabelecidos pela legislação nacional e internacional. Esses direitos consuetudinários devem ser levados em conta quando de julgamentos relativos aos indígenas envolvidos em delitos, por exemplo. Os governos são obrigados a dar a atenção devida aos costumes e características sociais, econômicas e culturais dos povos indígenas quando aplicarem as legislações e os regulamentos nacionais, e quando impuserem penalidades (JUAN; O'DONELL; PINHEIRO, 2000, p. 141).

A mencionada Convenção também obriga que os governos estabeleçam agências e outros mecanismos institucionais apropriados para administrar os programas e as políticas que afetam os povos indígenas, para assegurar que eles tenham os recursos necessários para executar as funções que lhes atribuídas. Além disso, esses programas devem incluir planejamento, coordenação, execução e avaliação, com a participação dos povos indígenas em questão, sobre as medidas estabelecidas. Isso deve incluir também medidas legislativas e outras que possam ser programadas em cooperação com esses povos (JUAN; O'DONELL; PINHEIRO, 2000, p.142).

Em nível nacional, com o advento da Constituição brasileira de 1988, uma nova visão com relação aos indígenas passou a fazer parte da legislação brasileira. Os índios brasileiros tiveram o reconhecimento dos seus direitos originários com a ampliação de diversas garantias (JUAN; O'DONELL; PINHEIRO, 2000, p. 92).

A atual Constituição brasileira inovou ao contemplar pontos relevantes aos interesses das populações indígenas. Garante direitos originários com relação às “suas” terras, não apenas para aquelas consideradas necessárias para sua moradia, mas também os direitos no que diz respeito à produção, preservação do meio ambiente e reprodução física e cultural. Apesar de as terras indígenas pertencerem à União, a Constituição reconhece que as tradicionalmente ocupadas pelos índios são inalienáveis e não disponíveis, e os direitos sobre elas não são submetidos à prescrição, garantindo às comunidades indígenas usufruto exclusivo dos recursos do solo, rios e lagos existentes em suas terras.

Pela primeira vez no Brasil, a Constituição garante a existência de direitos indígenas coletivos, reconhecendo também a estrutura e a sua organização social, e às comunidades indígenas o direito de expressarem suas opiniões sobre a utilização dos recursos naturais, em especial os minerais existentes em suas terras, requerendo, para tanto, autorização prévia do Congresso Nacional. Além disso, a diretriz geral proíbe a remoção das populações indígenas de suas terras, o que acontecerá somente em casos excepcionais, enumerados na Lei Maior, mediante prévia deliberação do Congresso Nacional e com previsão de retorno assim que cessado o risco (FUNAI, 2015).

A Constituição Federal de 1988 também reconhece os direitos dos índios como cidadãos, sua organização social e suas práticas, religiões, línguas e crenças tradicionais. O direito a julgamento nos tribunais é especificamente reconhecido, terminando o estado especial de tutela que sempre foi usado para violar mais do que para proteger seus direitos. Afirma-se, assim, o direito à diferença, levando em conta as particularidades existentes quanto à sua organização social, seus costumes e tradições.

O pensamento de que o indígena brasileiro deveria ser aos poucos integrado à comunhão nacional e que sua identidade fosse renegada em nome da sua inserção à sociedade brasileira, acabou fazendo parte de legislações, como o Código Civil de 1916 e o Estatuto do Índio de 1973. Em 2001, já à luz da Constituição de 1988, com a aprovação do novo Código Civil, o indígena recebeu um tratamento mais adequado, estabelecendo que o tema da sua capacidade para a prática dos atos da vida civil deva ser matéria de lei específica, ou seja, o novo Código Civil extirpou de seu texto a menção à relativa capacidade dos índios fixada pelo antigo Código Civil, de 1916. O atual tampouco fala em tutela e varre de seu vocabulário o ultrapassado termo silvícola (BRASIL, 2009).

Mesmo com as modificações trazidas pelo atual Código Civil, atualmente existem legislações nacionais que não estão de acordo com normas internacionais. É o que ocorre com o atual Estatuto do Índio, que se apresenta em desacordo com a norma constitucional em vigor, bem como com a Convenção 169 da OIT. Ainda galgado na visão integracionista, acabou surgindo no contexto da Constituição de 1967, com redação dos artigos sobre os índios vertidos à luz da Emenda nº 01/69, que distinguia índios integrados dos índios não integrados. Assim, entendia-se que os índios não integrados deveriam ser tutelados, ou assistidos e representados, pela União, através do órgão federal de assistência aos indígenas (BRASIL, 1973). Lacerda (2009, p. 183) defende a ideia de que:

O ‘Estatuto do Índio’, elaborado em plena ditadura militar, não compreendeu a tutela de direito público recepcionada pelo Decreto de 1928 e pelo Código Civil de 1916. Confundindo conceitos, atrapalhou-se na forma e acabou regulamentando o regime tutelar previsto na codificação civilista, revogando o Decreto de 1928, com base no princípio da tutela do direito comum, coisa que nem mesmo o Código de 1916 havia feito, muito menos o Decreto de 1928. O Estatuto deveria ter determinado os princípios de direito público, porque os de direito privado pertencem aos direitos de família, além de completamente estranhos aos povos indígenas. Na realidade, a disposição do Título II, Capítulo II do Estatuto do Índio pretendia um retorno à tutela orfanológica.

O Estatuto do Índio, em seu art. 9º, expõe que o indígena brasileiro ao nascer já se encontra sob o regime de tutela, sendo incapaz para os atos da vida civil até que atenda certos requisitos e se torne livre desse regime. Isso afeta diretamente o efetivo exercício dos direitos indígenas por seus titulares, revelando, assim, o pensamento integracionista já ultrapassado. Conforme o art. 8º: “São nulos os atos

praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente” (MARTINS, 2005, p. 68).

Já em seu art. 1º, ao prever a preservação da cultura das comunidades indígenas, o Estatuto sinaliza pela integração progressiva e harmoniosa dessas à comunhão nacional. Essa visão integracionista constitui entrave ao respeito e à efetividade dos direitos indígenas, sendo incongruente com a Constituição Federal e com legislações internacionais, mesclando dispositivos em que indica a proteção dos índios e seus valores culturais com outros que exterminam a eficácia desses ao disciplinarem o processo de integração do índio à comunidade nacional (BRASIL, 1973).

Nota-se que, apesar de existirem diversas legislações internacionais de proteção aos povos indígenas das quais o Brasil é signatário, há um constante movimento no Congresso Nacional que visa modificar a legislação, com o objetivo de favorecer grupos econômicos (fazendeiros, grandes empresários) em desfavor das populações indígenas brasileiras. Exemplo disso é a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 215/2000, em tramitação na Câmara dos Deputados, que retira do Presidente da República a competência para a demarcação de terras indígenas, transferindo-a ao Congresso Nacional. Atualmente, a palavra final é do ministro da Justiça, depois de um longo processo que envolve estudos antropológicos de identificação liderados pela FUNAI².

Esse projeto é extremamente preocupante, até porque um dos argumentos defendidos em favor da nova legislação é o de que o país possui muitas terras indígenas, comprometendo o desenvolvimento e a geração de recursos em prol do Estado brasileiro. Uma das grandes preocupações dos indígenas, bem como dos movimentos e organizações comprometidas com a causa dessas populações, é quanto ao grande número de senadores e deputados proprietários de áreas rurais que compõem o Congresso Nacional. Caso aprovada a mencionada proposta, esses tendem a se posicionar contra novas demarcações de terras indígenas, contribuindo com isso para que as populações indígenas tenham agravadas as atuais situações fundiárias existentes³.

Da mesma forma, modificações imprescindíveis como o novo Estatuto do Índio, harmonizando-o com a Convenção 169 da OIT, enfrenta um constante e reiterado adiamento, sem que ocorra a sua aprovação pelo Congresso Nacional. Sua manutenção em vigor, com conceitos e orientações colidentes com o conteúdo das atuais legislações internacionais e da Constituição Federal, é uma contradição que necessita urgentemente de enfrentamento, embora ele soe improvável no atual cenário político.

Nesse contexto, os tribunais brasileiros, em suas decisões jurídico-penais, têm seguido certos parâmetros que servem de guia quando do enfrentamento dos possíveis crimes cometidos por indígenas, alguns dos quais serão objeto de exame a seguir.

6 A tutela indígena e a orientação jurídico-penal dos tribunais brasileiros diante dos novos parâmetros normativos

Acerca do termo “tutela” convém esclarecer, de início, alguns de seus significados e utilizações. Primeiramente, tem-se que a ideia de tutela quanto à proteção se contrapõe à concepção de origem civilista de tutela relacionada à incapacidade. Além disso, o termo tutela, ao se referir aos indígenas, pode levar em conta tanto o indivíduo quanto a coletividade. No primeiro caso, refere-se à atividade estatal de administração dos direitos e interesses de comunidades indígenas específicas, pressupondo que a referida tutela se exerce sempre em prol dessas coletividades e na forma da lei. No segundo, seu sentido é aquele do direito civil, pelo qual o tutor pratica atos e toma decisões em nome e no interesse do incapaz. Nesse sentido, a tutela está ligada à ideia de assistência na incapacidade de outro indivíduo. Seria um encargo

² Projeto de lei 2015/2000, Congresso Nacional (Câmara dos Deputados)

³ Projeto de lei.... Congresso Nacional (Câmara dos Deputados)

conferido a alguém capaz para gerir os bens do incapaz, representando-o ou assistindo-o na prática dos atos da vida civil. Trata-se de um instituto que visa suprir uma incapacidade (LACERDA, 2009, p.180).

Uma das justificativas empregadas na tutela relacionada aos indígenas era de que esses seriam seres ingênuos, não desenvolvidos completamente, incapazes de interagir com a sociedade envolvente, daí a necessidade de assistência e proteção estatal através de determinados órgãos do Estado (BRASIL, 1916).

O Código Civil de 2002 estabeleceu, em seu art. 4º, os indivíduos considerados incapazes relativamente a certos atos, ou à maneira de exercê-los, sendo que, com relação aos indígenas, o Código Civil acabou transferindo a responsabilidade, referindo apenas que “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial”. No caso, o Estatuto do Índio (ALBUQUERQUE, 2008, p. 217).

Segundo a Constituição Federal de 1988, um único índio, ou um grupo de índios, pode ir a juízo defender os direitos coletivos de todo o seu grupo. Essa possibilidade constitucional de um índio individualmente ir a juízo em defesa dos direitos e interesses da coletividade à qual pertence é mais um fator que comprova a não recepção do regime tutelar e de incapacidade disposto nas legislações anteriores. A Constituição não recepção o regime tutelar limitador da capacidade indígena, e sim expõe de que os índios devem exercer os direitos reconhecidos a todos os cidadãos e assumir as obrigações correspondentes⁴.

Em que pese a inovação adotada pela nova ordem constitucional e pela Convenção OIT 169, o tratamento jurídico-penal conferido aos índios, na prática, continua, em alguns casos, seguindo o “anacrônico” Estatuto do Índio. Nele, consoante explicitado, a culpabilidade é resumida ao critério da inimputabilidade, à luz da divisão já ultrapassada entre índios isolados, integrados, ou em vias de integração. De acordo com o art. 56 do referido estatuto, nos casos de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também “ao grau de integração do silvícola”. Assim, pode-se concluir que são inimputáveis os índios isolados, imputáveis os integrados, e, a depender de exame antropológico, ficará a culpabilidade dos índios em via de integração, os quais, na maioria dos casos, apresentam-se como semi-imputáveis⁵.

Há vozes na doutrina que defendem a obrigatoriedade da aplicação da atenuante trazida pelo Estatuto do Índio nos casos dos indígenas que cometem crimes, sendo a questão do grau de integração, que seria, na verdade, uma maior ou menor compreensão da cultura circundante, considerada apenas para graduar a atenuante, e não para servir como argumento para deixar de aplicá-la⁶.

A jurisprudência tem encaminhado a questão da culpabilidade dos índios à discussão sobre a inimputabilidade consoante seu desenvolvimento mental. Nesse sentido, veja-se decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA. ÍNDIO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DISPENSABILIDADE. RÉU INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. PLEITO DE CONCESSÃO DO REGIME DE SEMILIBERDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N.º 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO. ORDEM DENEGADA.

Hipótese em que o paciente, índio Guajajara, foi condenado, juntamente com outros três corréus, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, em associação, e porte ilegal de arma de fogo, pois mantinha plantio de maconha na reserva indígena Piçarra Preta, do qual era morador. II. 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

⁴ BRASIL. **Estatuto do Índio**.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 30113/MA**. 5ª Turma. Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 05/10/2004. Disponível em: < www.stj.gov.br >. Acesso em: 19 nov. 2015.

⁶ BRASIL. **Convenção 169 OIT**.

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*.⁷

A respeito da necessidade de laudo antropológico, de acordo com entendimento jurisprudencial dominante, o exame pode ser dispensado pelo juiz se os elementos constantes nos autos, como fluência na língua portuguesa, alfabetização, juntamente com outros vetores, bastarem para demonstrar que o indígena interage plena e autonomamente com a sociedade não índia predominante. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal coaduna-se com esse posicionamento:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS POR ÍNDIO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. ATENUAÇÃO DA PENA E REGIME DE SEMILIBERDADE. 1. 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. 2. Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Ordem concedida, em parte.⁸

O parágrafo único do artigo 56 do Estatuto do Índio traz regras relativas ao cumprimento da pena, estabelecendo que “as penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado” (MOREIRA, 2009, p. 217).

Cumprir esclarecer que não pode ser dada ao referido dispositivo a interpretação segundo a qual o cumprimento da pena deve se dar dentro dos estabelecimentos do órgão indigenista, o qual não é substitutivo de recinto prisional, mas que o regime de semiliberdade seria cumprido na comunidade mais próxima à FUNAI, como modo de preservar, mesmo no cumprimento da pena, o estilo de vida e as manifestações culturais indígenas (MOREIRA, 2009, p. 217).

Trata-se de aplicar a previsão da Convenção 169 da OIT sobre a individualização da pena, a qual prevê em seu artigo 10 que: “No processo de impor sanções penais previstas na legislação geral a membros desses povos, suas características econômicas, sociais e culturais deverão ser levadas em consideração” e “deverá ser dada preferência a outros métodos de punição que não o encarceramento” (MOREIRA, 2009, p. 217).

O regime de semiliberdade ainda vem sendo aplicado pelos tribunais pátrios a depender do grau de integração do indígena e, por vezes, de acordo com o delito praticado. É o que se vê no julgado abaixo:

PENAL – HABEAS CORPUS – LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE – PACIENTE QUE É ÍNDIO JÁ INTEGRADO À SOCIEDADE – POSSUI TÍTULO DE ELEITOR – INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DO ÍNDIO – IMPOSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME DE SEMILIBERDADE – ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM QUE FOI ACENTUADA A CENSURABILIDADE DA CONDUTA – REGIME INICIALMENTE FECHADO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO – ORDEM DENEGADA. 1. O Estatuto do Índio só é aplicável ao indígena que ainda

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 88.853**. Sexta Turma. Rel. Des. Jane Silva, julgado em 11/02/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 85198**. Rel. Eros Grau, julgado em: 17/11/2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2015.

não se encontra integrado à comunhão e cultura nacional. 2. O indígena que está em pleno gozo de seus direitos civis, inclusive possuindo título de eleitor, está devidamente integrado à sociedade brasileira, logo, está sujeito às mesmas leis que são impostas aos demais cidadãos nascidos no Brasil. 3. O regime de semiliberdade não é aplicável ao indígena integrado a cultura brasileira. 4. O estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena deve observar não só o quantitativo da pena, porém a análise de todas as circunstâncias judiciais, considerada, ainda, eventual reincidência. 5. Se foi feito contra a conduta do réu rigorosa censurabilidade, justificado está o regime inicialmente fechado, necessário para reprovação do crime e ressocialização do apenado.⁹

Em verdade, esse tipo de regime deve ser aplicado sempre que haja necessidade de se manter o agente indígena em contato com a sua cultura.

Nas inúmeras decisões e julgados com relação a indígenas, observam-se posicionamentos que consideram os indígenas em questão já “aculturados ou integrados” à sociedade não indígena, portanto com condições de compreender a antijuridicidade do fato. Nesse sentido, não tem prosperado as teses defensivas quanto à existência de erro de proibição quando o indígena apresenta razoável grau de instrução, já manteve relação de emprego, etc., possuindo o mesmo discernimento suficiente sobre os atos que praticou (RODRIGUES; BERRO, 2014).

Em suma, tem-se que, além de harmonizar a legislação pátria aos ditames da internacional e dos expressos na própria Constituição Federal, convém, mesmo nos casos mais graves, como os narrados, buscar na interdisciplinariedade, que laudos antropológicos podem fornecer, dados mais seguros para balizar os julgamentos. Caso contrário, corre-se o risco de transferir o mofo legislativo para as decisões judiciais.

7 Conclusão

Entre as mais graves pestes que se projetam sobre culturas tradicionais, dentre elas as indígenas, está a intolerância com a diferença, sintoma social que não apenas levou a um dos maiores genocídios que a humanidade conhece, produzido contra os indígenas das Américas, como continua a informar algumas políticas públicas brasileiras e a relação dos particulares com as populações diferentes. Os dados indicam que, explícita ou veladamente, a matança física e/ou simbólica se mantém em curso.

A lógica do tempo, do espaço e dos valores das comunidades tradicionais é contrastante com a insaciabilidade do mercado e do consumo que informam a sociedade capitalista atual. O modo de vida que resiste ao descartável e à padronização universal está cada vez mais confinado às “reservas”.

Se o *movens* do movimento revolucionário francês, e de outros que inauguraram a atual era constitucional, foi a igualdade, e ninguém duvida do imenso avanço que essa construção histórica representou no resgate de grupos hipossuficientes, parece que a ideia de igualdade ganha novos ingredientes, nos últimos cinquenta anos, quando se reconhece que sua aplicação retilínea tampona e aprofunda diferenças, nega a diversidade presente nas sociedades atuais. Por isso o reconhecimento e a teorização das diferenças representam uma mudança de paradigmas à medida que, sem negar o valor e a centralidade do valor igualdade nos ordenamentos jurídicos ocidentais, passa-se a pensar e a desenvolver políticas públicas de empoderamento dos desiguais, dos diferentes.

Referências

ALBUQUERQUE, Antônio Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 88.853**.

ANEIROS FERNANDES, J. C; WESTPHAL, M. F. **O lugar dos sujeitos e a questão da hipossuficiência na promoção da saúde**. Disponível em: <<http://www.producao.usp.br>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

BRASIL. **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. **Lei n. 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do índio. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. **Resolução 169 OIT BRASIL**. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre povos indígenas e tribais. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 30113/MA**. 5ª Turma. Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 05/10/2004. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 88.853**. Sexta Turma. Rel. Des. Jane Silva, julgado em 11/02/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 85198/MA**. Relator: Eros Grau, julgado em: 17/11/2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2015.

BURGOS, Elizabeth. **Meu nome é Rigoberta Menchú e assim nasceu minha consciência**. Trad. Lólio Lourenço de Oliveira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO ELOY FERREIRA DA SILVA- CEDEFES. **Assassinatos de índios crescem 130% em 2014, aponta relatório**. Disponível em: <www.cedefes.org.br>. Acesso em: 26 jun. 2015.

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

DERRIDA, Jacques. A outra questão. O estereótipo, a discriminação e o discurso do colonialismo. O local da cultura. In: HOMI, K. **Bhabha**. Tradução Myrian Ávila, Eliana Lourenço de Lima Reis. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 117-144.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

GUTIÉRREZ B., Jhon Jairo. Los pueblos indígenas de Colômbia em la perspectiva de los derechos humanos. In: GONZALES MONGUÍ, Pablos Elias (Coord.). **Multiculturalismo, interculturalidad y derechos humanos**. Bogotá: Universidad Libre; Rectoría Nacional; Cátedra Geraldo Molina, 2010.

JUAN, E. M; O'DONELL, G; PINHEIRO, P. S. **Democracia violência e injustiça: na América**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

KAKU, W. S; DORNELLES, E. N. P. Os índios brasileiros e os direitos humanos. In: DEL OLMO, Florisbal de Souza; KAKU, Willian Smith; SUSKI, Liana Maria Feix (Org.). **Cidadania e direitos humanos: tutela e efetividade internacional e nacional**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 224-254.

LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade: o mito da tutela indígena**. São Paulo: Barauna, 2009

MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. **Direito ao pão novo: o princípio da dignidade humana e a efetivação do direito indígena**. São Paulo: Pillares, 2005.

MOREIRA, Manoel. **El derecho de los pueblos originários: reflexión y hermenêutica**. Buenos Aires: Santiago Alvarez, 2009.

NAVARRETE SAAVEDRA, Rodrigo. Governabilidade neoliberal y movimientos indígenas en América Latina. **Polis**, Santiago, v. 9, n. 27, p. 481-500, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/scielo>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos**. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Relatório Azul**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1999 – 2000.

RODRIGUES, Priscilla Cardoso; BERRO, Maria Priscila Soares. **A autodeterminação como mecanismo de realização dos direitos culturais**: uma análise da responsabilidade penal do indígena à luz do direito brasileiro. jan. 2014. Disponível em: <<http://www.researchgate.net/profile>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

SANTOS, Bettina Sterin. **Conhecimento prudente para uma vida decente**: um discurso sobre as ciências revisitado. São Paulo: Cortez, 2004.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SANTOS, S.C. et al. (Org.). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: UFSC, 1985.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, Crísthian Teófilo. **O índio, pardo e o invisível**: primeiras impressões sobre a criminalização e o aprisionamento de indígenas no Brasil. Disponível em: <<http://www.revistas.uff.br>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

WEBER, Thadeu. A idéia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. **Kriterion: Revista de Filosofia**, Belo Horizonte, v. 54, n.127, p.197-210, jun. 2013.

Recebido em: 27/07/2016

Aprovado em: 31/05/2017