

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

MARÍLIA RULLI STEFANINI

**RELAÇÕES SOCIAIS INDÍGENAS: TRATAMENTO
ANTROPOLÓGICO, JURÍDICO-PENAL E SUA CULPABILIDADE**

MARÍLIA
2015

MARÍLIA RULLI STEFANINI

RELAÇÕES SOCIAIS INDÍGENAS: TRATAMENTO
ANTROPOLÓGICO, JURÍDICO-PENAL E SUA
CULPABILIDADE

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação *strictu sensu* em Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília- UNIVEM, para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica

Orientador:

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Jr.

MARÍLIA

2015

STEFANINI, Marília Rulli.

Relações sociais indígenas: um tratamento antropológico, jurídico-penal e sua culpabilidade; Orientador: Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

229 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2015.

1. Indígena 2. Legislação 3. Responsabilidade penal 4. Laudo Antropológico

CDD: 342.1173

Dedico este trabalho a minha mãe, Rosemary Aparecida Rulli, por ser, simplesmente, a minha razão de existir. Esse mestrado, mãe, é fruto de sua crença em mim. Dedico-o a você como forma de gratidão por viver em minha função, torcendo sempre para que minhas metas fossem alcançadas. Esse sonho foi alcançado, mãe, e essa é mais uma vitória NOSSA!

Dedico, também, ao meu orientador, Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Jr, por sempre acreditar em mim, e por, nos momentos mais difíceis da minha caminhada, sempre me estender uma mão amiga e palavras de incentivo.

Essa vitória pessoal é dedicada a todos os meus familiares e amigos, em especial a minha avó Maria de Lourdes Nilsen Rulli, por sempre realizar suas preces e cuidados comigo quando eu deixava meu conforto de casa e enfrentava mais de 400 km de rodovia para assistir aulas em Marília-SP.

Dedico, *in memoriam*, ao meu avô, Frederico Rulli, que foi morar junto a Deus, mas que sempre está ao meu lado. Obrigada, meu paizinho, por sempre me ouvir e me mostrar o melhor caminho. Você é meu anjo da guarda. Tenho certeza que está orgulhoso de mim.

Sem o apoio de todos os aqui mencionados, eu não teria forças para concluir esse sonho. Vocês são responsáveis por essa dissertação. A vocês, a minha eterna e imensurável gratidão.

AGRADECIMENTOS

A gratidão é um dos maiores sentimentos do ser humano. Por isso, minha gratidão é extensiva a diversas pessoas.

Inicialmente, agradeço a Deus, por sempre ter me acalentado e enxugado minhas lágrimas quando pensei em desistir de algumas coisas. Quando, a cada viagem, cobria-me com sua misericórdia e proteção nas estradas. Obrigada, Senhor, por me permitir concluir mais uma etapa da minha vida.

A minha mãe, por sempre estar ao meu lado, compreendendo meus momentos de solidão à frente do computador redigindo minha pesquisa. Você é meu motivo por permanecer viva nesse universo terreno. Saiba que minha vida apenas é sustentada pela existência da sua. Obrigada por retirar forças de outro plano para estar ao meu lado quando sua vida estava fragilizada e em iminência de ser cessada no ano de 2014. Deus nos deu forças para que hoje estivéssemos comemorando nossas vitórias. Obrigada por existir, meu amor.

Ao meu orientador e amigo, Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Obrigada por aceitar ser meu mestre. Obrigada pelas palavras de apoio, pelo cuidado que teve e tem com o meu trabalho. Professor, meu eterno professor, você ficou e ficará marcado em minha vida como um dos maiores seres humanos que já conheci. Que Deus possa lhe retribuir tudo aquilo que fez e faz por nós, seus alunos, orientandos e amigos.

À UNIVEM, nas mais variadas pessoas. Dentre elas agradeço aos professores que, sinceramente, modificaram a vida da Marília Rulli. Vocês fizeram com que uma nova pessoa/profissional surgisse diante da sociedade. Agradeço, não apenas na figura da docente, mas sim, principalmente, na figura do ser humano. Muito obrigada por me fazer renascer. Agradeço às meninas da secretaria, as quais me acolheram, sempre, com um abraço quando eu estava carente de mãe. Taciana, Leninha e Denise, o afago de vocês sempre me confortou e amparou nos dias de tristeza. Obrigada por existirem.

Agradeço aos meus familiares, pelo apoio, incentivo, e até mesmo pelas críticas que me foram conferidas. Obrigada pelo apoio incondicional.

Aos meus amigos, por compreenderem minhas viagens e minhas ausências em tempos de créditos e redação da dissertação. Pelas ajudas nas pesquisas, pelas palavras de incentivo que nunca me deixaram cogitar a hipótese de desistir. Em especial, ao Abner Emanuel, Fernanda e Mary, dentre vários outros. Vocês sempre estiveram ao meu lado me apoiando, obrigada por tudo.

Agradeço ao irmão que Deus e o mestrado me deram, Ronaldo Bezerra. Você, meu amigo e companheiro de estrada, sempre me fortificou e alegrou nos momentos de cansaço, de tristeza, angústia, etc. Obrigada por ser meu fiel escudeiro, meu grande amigo e meu irmão.

A todos meus companheiros de sala de aula, por formar uma família e não apenas amigos. Em especial a minha querida amiga, Daiane Mendes, por nossa relação tão forte e intensa durante o curso. Algumas amizades começam e não terminam com o mestrado.

Agradeço às três faculdades em que leciono, por sempre me apoiarem e facilitarem a conciliação entre a minha profissão de docente e o meu curso de mestrado. Obrigada, Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul-UEMS, Faculdades Integradas de Paranaíba-FIPAR e Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul – FUNEC, por me permitirem e apoiarem a realizar mais esse sonho. A vocês, o meu eterno agradecimento.

Ao Padre Eduardo Lima por me permitir conhecer e vivenciar a realidade indigenista nas aldeias Jaguapiru, Pinambizinho e Boqueiron localizadas no município de Dourados-MS em julho de 2015, por meio da Missão Humanitária UNIVIDA. Obrigada padre pela oportunidade que me foi concedida, essa chance modificou minha vida.

Agradeço, muito, aos indígenas que conheci nas aldeias acima mencionadas, em especial a minha pequena índia Marília. Obrigada por me mostrar na prática a realidade que vocês se encontram. Prometo a vocês que vou lutar para conquistarmos o reconhecimento da nossa dignidade.

Agradeço aos meus alunos, pela curiosidade e preocupação com a nossa população indígena.

Enfim, agradeço a todos que contribuíram, direta ou indiretamente para a conclusão desse trabalho.

*O índio lutador tem sempre uma história pra contar.
Coisas da sua vida, que ele não há de negar.
A vida é de sofrimento, e eu preciso recuperar.
Eu luto por minha terra, por que ela me pertence.
Ela é minha mãe, e faz feliz muita gente.
Ela tudo nos dá, se plantarmos a semente.
A minha luta é grande, não sei quando vai terminar.
Eu não desisto dos meus sonhos, e sei quando vou encontrar.
A felicidade de um povo, que vive a sonhar.
Ser índio não é fácil mas eles têm que entender.
Que somos índios guerreiros.
E lutamos pra vencer.
Temos que buscar a paz, e ver nosso povo crescer.
Orgulho-me de ser índio, e tenho cultura pra exhibir.
Luto por meus ideais, e nunca vou desistir.
Sou Pataxó Hãhãhã,
E tenho muito que expandir.
Autor: Edmar Batista de Souza (Itohã Pataxó)*

STEFANINI, Marília Rulli. **Relações sociais indígenas: tratamento antropológico, jurídico-penal e sua culpabilidade**. 2015. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2015.

RESUMO

A presente dissertação possui como cerne de estudo a demonstração da insegurança indigenista diante das normas penais pátrias, o que, por sua vez, acaba afetando de maneira incisiva sua dignidade enquanto sujeito culturalmente diferenciado. Assim, o trabalho realiza análise acerca da mutação histórica (cronológica) do conceito indigenista, desde a chegada dos lusitanos ao solo brasileiro até os dias atuais. Nesse diapasão, relacionar-se-ão os índios à legislação nacional, tais como: Constituições Nacionais; Convenção 169 da OIT por meio da Lei 5.051 de 2004; Estatuto do Índio, Projeto das Sociedades Indígenas, Código Penal e Código de Processo Penal, além de se evidenciar a visão antropológica do assunto. A partir dessa análise, far-se-á breve abordagem a respeito da competência para processamento e julgamento de crimes praticados por indígenas, bem como, da necessidade ou dispensa do laudo antropológico para analisar o grau de responsabilização do índio. Nesse sentido, pode-se entender que na ausência de conjunto probatório que determine o grau de integração do mesmo à sociedade civil, o magistrado poderá dispensar a realização do laudo, e, diante disso, acentua-se o caráter subjetivista da escolha, de todo modo, o capítulo terceiro demonstra referida insegurança processual. Informa-se que o caráter essencial do presente estudo é a demonstração da aplicação de normas penais ao sujeito indígena, a partir da análise da legislação pátria e internacional, sob o flanco da multiculturalidade, diversidade cultural e tutela da Dignidade Humana. Ressalta-se que a presente dissertação não visa ao esgotamento do assunto, no entanto, direciona-se no sentido da proteção e tutela às práticas culturais diversificadas, conforme assegura a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 231, bem como a Convenção da OIT de número 169, dentre outros institutos. A metodologia adotada pautou-se em pesquisas de cunho bibliográfico, bem como jurisprudencial. Insta salientar, ainda, que foram realizadas diversas pesquisas em *sítios da web*, acervo de teses, dissertações, bem como artigos científicos, devido à escassez de bibliografia condizente com o assunto. Ressalta-se, ainda, que se utilizou o método dedutivo, interpretativo, qualitativo e monográfico.

Palavras-chave: Indígena; Legislação; Responsabilidade penal; Laudo Antropológico.

STEFANINI, Marília Rulli. **Relações sociais indígenas: tratamento antropológico, jurídico-penal e sua culpabilidade.** 2015. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2015.

ABSTRACT

This work has as study core demonstration of indigenous insecurity in the face of criminal homelands standards, which in turn ultimately affects incisively their dignity as subjects culturally differentiated. Thus, the work carries out analysis on the historical mutation (chronological) of the indigenous concept, since the arrival of the Lusitanian Brazilian soil until today. In this vein, they will relate the Indians to national law, such as national constitutions; ILO Convention 169 by the 2004 Law 5051; Status Indian, Project of Indigenous Societies, Penal Code and Code of Criminal Procedure, as well as to highlight the anthropological view of the subject. From this analysis, far up it will soon approach regarding the responsibility for processing and prosecution of crimes committed by Indians, as well as the need or waiver of the anthropological report to analyze the degree of the Indian accountability. In this sense, one can understand that in the absence of evidence together to determine the degree of integration of the same civil society, the magistrate may dispense with the report, and, before that, accentuated the subjectivist character of choice at all Similarly, the third chapter demonstrates that procedural insecurity. Please note that the essential character of this study is to demonstrate the application of criminal law to the indigenous subject, from the analysis of nations and international laws, under the flank of multiculturalism, cultural diversity and protection of human dignity. It is emphasized that this thesis is not intended to exhaust the subject, however, is directed in the direction of protecting and safeguarding the diverse cultural practices as ensure the 1988 Federal Constitution, article 231, and the ILO Convention number 169, among other institutes. The methodology adopted was marked in research literature nature, as well as case law. It urges point out also that were conducted several studies on web sites, theses acquis, dissertations and scientific articles due to lack of consistent literature on the subject. It is noteworthy also that we used the deductive method, interpretive, qualitative and monographic.

Keywords: Indigenous; Legislation; Criminal liability; Anthropological report.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. por artigo

Cf. por confronto ou confira

Dep. por deputado

Inc. por inciso

L. por lei

Min. por Ministro

Org. por organizador

SIGLAS

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

HC – Habeas Corpus

OIT – Organização Internacional do Trabalho

PL – Projeto de Lei

RE – Recurso Especial

RECr – Recurso Extraordinário Criminal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 – A ORIGEM HISTÓRICA INDIGENISTA: A REPRESENTAÇÃO LEGAL DO ÍNDIO DE ONTEM E HOJE	15
1.1 O Índio segundo a legislação brasileira e o conceito antropológico	15
1.2 A representação do indígena no Brasil colônia	21
1.3 O índio no Brasil império	28
1.4 As representações indigenistas na República	32
1.5 Criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI).....	38
1.6 Conceito antropológico de cultura sob a luz da multiculturalidade	40
CAPÍTULO 2 - TUTELA INDIGENISTA: UMA ABORDAGEM SOB O ENFOQUE DE NORMAS INTERNACIONAIS E PENAL-NACIONAL.....	49
2.1 Alguns atos internacionais.....	49
2.1.1 Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural.....	49
2.1.2 Convenção 169 da OIT após EF/88 1989.....	55
2.1.3 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.....	62
2.2 Legislação nacional	65
2.2.1 O Índio nas Constituições Brasileiras: breves apontamentos	65
2.3 Breve análise da lei 6.001 de 1973 (Estatuto do Índio).....	73
2.4 Projeto de reformulação do Estatuto do Índio – Estatuto das Sociedades Indígenas	76
2.5A Responsabilidade Penal Indigenista	80
2.5.1 Direito Comparado	80
2.5.1.1 Peru.....	81
2.5.1.2 Bolívia	83
2.5.2 Conceitos de Crime e seus Elementos Caracterizadores	85
2.5.2.1 Teoria tripartida do delito	87
2.5.2.2 O Conceito bipartido do delito	91
2.5.3 Culpabilidade e seus elementos configuradores.....	94
2.6 A (In) Imputabilidade penal do índio	104
2.7 A legislação criminal e o indígena: dos crimes praticados por índios e a competência para processamento e julgamento dos mesmos	108
2.7.1 Competência para processamento e julgamento do índio	112
2.8 Erros de tipo e de proibição e sua relação com a condição indigenista.....	116
2.8.1 Erro de Proibição Inevitável	117
2.8.2 Erro de proibição evitável.....	118
CAPÍTULO 3 - PROBLEMAS JURÍDICOS E SOCIAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE PENAL INDÍGENA	121
3.1 Relativismo cultural e universalização dos Direitos Humanos	121
3.1.1 Direito Constitucional e princípios fundamentais sob o enfoque indigenista	129
3.1.2 Projeto de Lei nº 1.057/2007 - “Lei Muwaji”	131
3.2 Necessidade ou não do exame antropológico e sua obrigatoriedade.....	136
3.2.1 Esparsos entendimentos jurisprudenciais sobre os elementos que dispensam a realização do exame antropológico	144
3.3 Da aplicação de pena ao indígena.....	150

3.3.1 A aplicação da pena pelas tribos	152
3.3.2 A Aplicação da pena pelo Judiciário	158
3.3.3 A aplicação da medida de segurança aos indígenas	168
3.4 Primeiro tribunal do júri indígena no Brasil.....	175
3.4.1 Breves considerações acerca do Tribunal do Júri.....	176
3.4.2 Caso Concreto: tribunal do júri indígena realizado em Roraima	184
3.5 Do cumprimento de pena restritiva de liberdade pelo sujeito indígena	190
3.5.1 Breves Apontamentos Acerca da Pena-prisão.....	190
3.5.2 A pena-prisão aplicada ao indígena.....	193
CONCLUSÃO.....	199
REFERÊNCIAS	204
ANEXO	216

INTRODUÇÃO

Nota-se, se analisar os povos indígenas, que os mesmos sempre foram marginalizados no contexto social e normativo brasileiro, o que por sua vez, deixa evidente o conflito com o meta princípio constitucional intitulado de respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

Os indígenas possuem direitos tutelados pela Constituição Federal, que, na maioria das vezes, não são respeitados, colocando-os, em situação de supressão por grupos de maioria. Assim, a segregação dessa minoria marginalizada, ganha relevo nos estudos atuais, já que, tal choque de culturas, afronta o reconhecimento do índio enquanto ser humano, por pertencer, este, a uma cultura diferenciada.

Nesta seara, surge, com representatividade, na sociedade contemporânea, o multiculturalismo, que por sua vez, tende a discutir, compreender e respeitar as diferentes culturas existentes, tratando e reconhecendo-as a partir de suas devidas peculiaridades.

Hodiernamente, em seio societário, diversos setores sofreram, sofrem e sofrerão mutações, podendo-se citar como alvo principal de tais mudanças, a economia, cultura e política, o que por si, acarretam incontáveis reflexos no ambiente particular e comunitário do ser humano.

Partindo desse pressuposto, o cerne do presente estudo, é a análise da cultura indígena, e como se dá tal estrutura dentro de um sistema social e normativo penal. Assim, o estudo abordará o processo histórico do indígena, bem como as leis criminais aplicáveis a eles em caso de transgressão penal e sua consequente insegurança e segregação social.

Seguindo essa linha de raciocínio, buscar-se-á evidenciar o sistema positivado penal e o indígena, ressaltando a existência de normas específicas para aplicação de sanções aos mesmos, assim como, as medidas que serão adotadas para determinar sua culpabilidade.

Justificando tal pensamento, a Lei nº. 6001 de dezenove de novembro de 1973, mais comumente conhecida como Estatuto do Índio, dispõe em seu artigo 56, que em casos de o nativo cometer ato considerado ilícito penal, o mesmo deverá ser processado e julgado segundo as normas gerais da justiça, assim como, poderão ser aplicadas atenuantes ou excludentes, o que por sua vez, será baseado na integração do mesmo à sociedade civil.

Existe também a Convenção 169/OIT, a qual, por sua vez, foi inserida em solo nacional por meio da entrada em vigor da Lei 5.051 de 2004, composta de quarenta e três artigos, onde visa a demonstrar a multiculturalidade dos indígenas, expondo, que em razão

da referida diversidade, tais sujeitos deverão receber proteção legal específica, e que atenda à cultura própria.

Assim, importante se faz a verificação da congruência, adequação e eficácia da aplicação de normas penais comuns, elaboradas e destinadas a sujeitos culturalmente diferenciados, a uma faceta diversificada (culturalmente) em âmbito social.

A presente dissertação encontra-se dividida em três capítulos, onde o primeiro visa à abordagem de conceituações que existem nas literaturas científicas acerca do sujeito indígena, pautadas nos referenciais documentais e histórico, a partir de análises legislativas e antropológicas. Sendo assim, partir-se-á do pressuposto de reconhecimento dos mesmos desde os primeiros relatos da colonização do território brasileiro até os dias contemporâneos.

De todo modo, serão apresentadas questões acerca desse reconhecimento e a criação de instituições estatais destinadas ao “cuidado/ regulamentação” do indígena, tal como o órgão nacional relativo ao apoio e proteção indígena (FUNAI). Ademais, durante o estudo, ter-se-á o cuidado relativo à abordagem e respeito à etnicidade, à Dignidade Humana e ao multiculturalismo.

No segundo capítulo adentrar-se-á à análise das disposições assecuratórias, trazidas pelo Direito brasileiro e organizações mundiais, acerca das diferenças culturais dos indígenas, por meio da legislação e normas regulamentadoras.

Nesse sentido, as regulamentações que serão estudadas são as seguintes: algumas disposições indigenistas trazidas pela ONU; Convenção 169 da OIT; As Constituições Brasileiras; Estatuto do Índio; Projeto de Lei relativo à criação do Estatuto das Sociedades Indígenas, Código Penal, Código Processual Penal Brasileiro, dentre outras.

Posto isso, o objetivo do capítulo supramencionado é o de demonstrar e analisar quais são as principais normas vigentes que tutelam, ou deveriam tutelar, de modo peculiar, a regulamentação dos direitos indigenistas no Brasil, enfocando, sempre, a tutela jurídica penal desses povos.

Por fim, o terceiro capítulo buscará, a partir dos conceitos e abordagens trazidas nos capítulos anteriores, demonstrar e discutir a universalização dos direitos humanos em contrapeso ao relativismo cultural.

Neste diapasão, será abordada a polêmica questão acerca da obrigatoriedade do exame antropológico para determinação da culpabilidade dos indígenas transgressores de normas legais. Nesse sentido, a presente pesquisa buscará demonstrar quais as posições

jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da culpabilidade dos indígenas em caso de dispensa do exame.

Seguindo essa linha, será demonstrada a aplicação de pena aos indígenas, segundo as orientações normativas, bem como, os apontamentos dessa autora quanto a tais práticas. Nessa senda, traz-se junto ao corpo do presente estudo, o primeiro Tribunal do Júri Indígena ocorrido no Brasil no ano de 2015.

Ainda no capítulo III, demonstram-se os direitos indigenistas assegurados pelas normas em caso de cumprimento de pena-prisão, bem como se cita uma reportagem relatando como ocorre na prática tal instituto.

Objetiva-se, com isso, explicar e verificar se o critério utilizado pelo legislador e pelos Tribunais pátrios, para a determinação da responsabilização penal do índio, é condizente com o direito à diversidade cultural conferido aos mesmos, o que, por si, gera, ou deveria gerar, o respeito à Dignidade enquanto ser humano diferenciado culturalmente.

Em última análise, o estudo possuirá como base metodológica a coleta de dados bibliográficos, em obras de renomados autores, bem como em sítios da *web*, jornais, artigos científicos, teses de doutorado, dissertação de mestrado, revistas, periódicos, dentre outros meios.

Informa-se, ainda, que referida pesquisa tem como metodologia o estudo documental, posto que, normas positivadas serão analisadas, dentre todas, citam-se algumas, tais como as Constituições Federais Brasileiras, Convenção 169 da OIT, Lei nº. 6001 de 1973, Código Penal, Código de Processo Penal, dentre outras. Assim, frisa-se que o método a ser utilizado é o dedutivo, interpretativo, qualitativo e monográfico, em face das análises documentais e etnográficas a serem realizadas.

Por fim, deve-se ressaltar que o presente estudo não possui número vultoso em relação a referências bibliográficas, posto que é considerado inovador perante a literatura indigenista, o que gerou, dificuldade e escassez de citações no corpo do mesmo.

CAPÍTULO 1 – A ORIGEM HISTÓRICA INDIGENISTA: A REPRESENTAÇÃO LEGAL DO ÍNDIO DE ONTEM E HOJE

1.1 O Índio segundo a legislação brasileira e o conceito antropológico

Diante da diversidade cultural e das peculiaridades que envolvem a terminologia “índio”, importante se faz a conceituação da mesma, para, somente depois, traçar a ordem cronológica de evolução desta em solo brasileiro.

Nesse sentido, conceituar os indígenas demanda análise não apenas das leis nacionais, mas, também, de estudos antropológicos, uma vez que, estes se encontram em constantes atualizações acerca das particularidades indigenistas.

Assim, ao se analisar o texto da Constituição Federal – Constituição Federal, acerca da conceituação do indígena, o mesmo se mantém omissivo, não inovando quaisquer conceituações sobre o assunto trazidas pela Lei 6.001 de 1973, ao passo que evidencia lacuna legislativa para que normas infraconstitucionais realizem essa função.

Nesse sentido, anteriormente à Constituição Federal de 1988, a Lei de nº. 6.001, conhecida como Estatuto do Índio, de dezenove de dezembro de 1973, traz em seu artigo 3º o conceito de forma genérica. Qual seja:

Art. 3º Para os efeitos de lei ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

[...] (BRASIL, 1973).

Diante disso, afere-se que nos moldes da legislação pátria, a qual será melhor detalhada no capítulo seguinte, o indígena é conceituado como o indivíduo que é descendente pré-colombiano e que possua auto-identificação ou é reconhecido como integrante de uma cultura diferenciada daquela adotada nacionalmente.

Todavia, referido conceito se configura fechado diante da realidade e necessidade protecionista indígena, pois não se deve reconhecer como índio apenas aquele que detenha origem pré-colombiana.

Referido pensamento foi pauta de artigo publicado pelo Magistrado do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, Dr. Manoel LatorVolkmer Castilho:

Esse reconhecimento manifestado pelo constituinte refere-se aos índios, cabendo ter por certo que índio, para o direito brasileiro, não é só aquele nacional descrito na legislação infraconstitucional como tal, mas também todo aquele que pela expressão constitucional dos arts. 231 e 232, reúna características jurídico-antropológicas que como tal o identifiquem. Em outros termos, índio não é só aquele que a definição legal identifica senão também os que são reconhecidos pelos integrantes de sua comunidade e os que, por sua organização social, costumes, tradições e crenças, possam assim ser identificados (CASTILHO, 2003. p. 01).

Nessa seara, referido estudioso entende que a conceituação do indígena deve ir além daquilo que é disciplinado no Estatuto supracitado, posto que, é preciso certa análise antropológica a fim de se delinear tal conceito, já que, os mesmos devem ser reconhecidos como tais, segundo a sua cultura identificadora, a qual, por ora, engloba as tradições, costumes, crenças e organização social.

Outra legislação que conceituou o índio é a Convenção de número 169 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, que foi inserida no ordenamento nacional por meio da Lei nº. 5.501 de 19 de abril de 2004. Para ela, a determinação da identidade indígena será de acordo com:

Art. 1º - A presente Convenção se aplica:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas

1. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

[...] (BRASIL, 2004).

Assim, para referida lei, que também será detalhada posteriormente, a determinação do ser indígena deverá ser pautada em suas condições sociais, culturais e econômicas, distintas daquelas existentes na sociedade nacional, bem como na consciência da identidade do mesmo enquanto tal.

Seguindo referida conceituação, a FUNAI- Fundação Nacional do Índio traz o conceito de índio baseado na junção das duas conceituações acima trazidas. Vejamos:

Identidade e pertencimento étnico não são conceitos estáticos, mas processos dinâmicos de construção individual e social. Dessa forma, não cabe ao Estado reconhecer quem é ou não indígena, mas garantir que sejam respeitados os processos individuais e sociais de construção e formação de identidades étnicas. Os critérios adotados pela FUNAI se baseiam na Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, e no Estatuto do Índio (Lei 6.001/73). [...]

Dessa forma, os critérios utilizados consistem:

- a) na auto-declaração e consciência de sua identidade indígena;
 - b) no reconhecimento dessa identidade por parte do grupo de origem;
- (BRASIL; FUNAI, 2015).

Desta feita, o órgão responsável por gerir, representar, acompanhar e defender os direitos indigenistas em solo pátrio entende que o conceito que se busca encontra-se alavancado na real condição diferenciada de crenças, cultura, valores, práticas sociais e consciência da identidade em ser indígena.

A partir da conceituação legal genérica do índio, é importante frisar que o Estatuto do Índio traz em seu artigo 4º, as formas em que o conceito indígena se materializa na sociedade. Para referido artigo, há três formas em que pode ser verificado tal conceito em razão da sociedade civil, quais sejam os índios isolados, em vias de integração e os integrados.

A primeira forma se configura quando os silvícolas encontram-se localizados em grupos desconhecidos que não têm contato, ou que possuíram contato de maneira eventual, com a sociedade civil. Já o segundo grupo diz respeito àqueles nativos que mesmo possuindo contato com grupos sociais diferentes do seu, mantêm suas peculiaridades de vida, todavia, acabam por adotar algumas práticas da sociedade nacional, contudo, preserva-se, preponderantemente, sua cultura, crença, costumes, normas e comportamentos indigenistas. E, por fim, os índios considerados integrados à nação são aqueles que já estão incorporados à comunidade civil, gozando de direitos civis e políticos, mesmo que estejam praticando os costumes da cultura nativa (BRASIL, L.6001/73, art.4).

Referida conceituação é de suma importância para a delimitação da responsabilidade penal dos mesmos (segundo as normas vigentes), conforme se analisará na presente dissertação, mas em capítulos próprios, quais sejam, capítulos II e III.

A partir da conceituação legislativa de quem é o indígena, passa-se a conceituá-lo segundo o entendimento de antropólogos (*antro*= homem, *logia*= estudo), que por sua vez, estudam o homem, sua origem e comportamento em relação à sociedade.

De acordo com antropólogos, tal como Mércio Pereira Gomes¹ (Ex-presidente da FUNAI e antropólogo indigenista) o termo índio surgiu a partir da denominação atribuída pelos colonizadores àqueles que eram diferentes deles. Adotou-se “índio” porque se acreditava, inicialmente, que a América eram as Índias Ocidentais, desta feita, aqueles que aqui estavam eram chamados de índios ou indígenas (2014, p.1).

Seguindo essa linha, o antropólogo Eduardo Viveiros de Castro² em seu artigo “No Brasil todo mundo é índio, exceto que não é”, conceitua o indígena, alegando que:

Nosso objetivo político e teórico, como antropólogos, era estabelecer definitivamente – não o conseguimos; mas acho que um dia vamos chegar lá – que índio não é uma questão de cocar de pena, urucum e arco e flecha, algo de aparente e evidente nesse sentido estereotipificante, mas sim uma questão de “estado de espírito”. Um modo de ser e não um modo de aparecer. Na verdade, algo mais (ou menos) que um modo de ser: a indianidade designava para nós certo modo de devir, algo essencialmente invisível mas nem por isso menos eficaz: um movimento infinitesimal incessante de diferenciação, não um estado massivo de “diferença” anteriorizada e estabilizada, isto é, uma identidade. (Um dia seria bom os antropólogos pararem de chamar identidade de diferença e vice-versa.) A nossa luta, portanto, era conceitual: nosso problema era fazer com que o “ainda” do juízo de senso comum “esse pessoal ainda é índio” (ou “não é mais”) não significasse um estado transitório ou uma etapa a ser vencida. A idéia é a de que os índios “ainda” não tinham sido vencidos, nem jamais o seriam. Eles jamais acabar(i)am de ser índios, “ainda que”... Ou justamente por que. Em suma, a idéia era que “índio” não podia ser visto como uma etapa na marcha ascensional até o invejável estado de “branco” ou “civilizado” (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2006, p.42).

Diante da citação acima proposta, pode-se dizer que, segundo o autor, o indígena é determinado por sua consciência em sê-lo, e não por meros detalhamentos de seu modo de ser, ou seja, não há determinismo biológico ou estereótipos para designá-los, mas sim seu comportamento e identidade como tal, o que, jamais, será suprimido por quaisquer crenças, raças, culturas ou situações.

Nesse diapasão, o etnógrafo e divulgador da antropologia Júlio Cezar Mellati, na obra intitulada de “Índios do Brasil”, explana que conceituar a etnia indígena não é questão

¹Antropólogo (Ph.D. University of Florida, EUA, 1977), Professor do Programa de História da Ciência, das Técnicas e da Epistemologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, ex-Presidente da Funai, autor dos livros "Para conhecer e amar os índios", "Os Índios e o Brasil", "Antropologia Hiperdialética", "Antropologia", "O Índio na História", "The Indians and Brazil", "Darcy Ribeiro", e "A Vision from the South".

² Pesquisador e professor de antropologia do Museu Nacional (UFRJ) e sócio fundador do ISA – (Instituto Socioambiental).

simples, e que envolve diversos fatores para se enquadrar os mesmos como detentores da identidade indigenista:

A necessidade de definir com certa precisão os índios estava ligada, como até hoje está, a problemas de ordem prática. Tanto Portugal como Espanha tinham uma vasta legislação com respeito aos índios. E atualmente os países americanos além da legislação referente a índios, possuem órgãos destinados à assistência aos indígenas, fazendo-se necessário um critério mais ou menos preciso para distinguir aqueles que têm direito a tal assistência. Vários têm sido os critérios propostos para distinguir os indígenas das demais populações que hoje habitam a América. São eles o racial, o legal, o cultural, o de desenvolvimento econômico e o de auto-identificação étnica (MELLATI, 2007, p.1).

Posto isso, compreende-se que conceituar a identidade do ser como indígena pode envolver diversos critérios determinantes, quais sejam, origem, legal, cultural, desenvolvimento econômico e de auto-identificação étnica, os quais, por sua vez, serão detalhados a seguir.

Destarte, o primeiro critério enumerado pelo autor é a origem, a qual é adotada pela legislação pátria (conforme já citado acima), onde se devem observar as características físicas, biológicas e o tronco ancestral do homem para considerá-lo indígena (para a lei – Estatuto do Índio-, deverá ser descendente pré-colombiano). Porém, argumenta o autor que referido critério é impreciso, pois em um país com vultosa miscigenação, seria inseguro delinear-lo como pertencente a qualquer grupo.

Verifica-se que dentre os critérios citados pelo autor para conceituação do ser humano enquanto índio é a observação de algumas peculiaridades físicas, biológicas e sua origem ancestral, conforme disciplina o Estatuto do Índio em vigor. Entretanto, tal conceituação torna-se incongruente diante da miscigenação brasileira, como em razão dos sujeitos que não possuem características biológicas, mas que foram introduzidos em aldeias desde pequenos e adquiriram a cultura indigenista, sendo assim, considerados índios.

A segunda forma de enquadramento é a determinação legal, ou seja, a lei colonial determinava as características que eram inerentes aos mesmos, tal como aquele que detinha um quarto de sangue indígena era considerado índio (MELLATI, 2007, p.1).

Cumprе ressaltar que referido critério também é vulnerável e limitador, já que, não é apenas o tipo sanguíneo que torna um ser nativo ou não. Ser índio é mais que isso, não sendo função legislativa delimitar tal estado de espírito.

Outro critério apontado pelo autor é a cultura, sendo que a mesma engloba a transmissão de hábitos, costumes, língua e crenças, independente se os sujeitos possuem ascendentes indígenas (MELLATI, 2007, p.1).

Referido critério é adotado por diversos antropólogos para definição do conceito de índio, como sendo aquele que, independente de sua origem etnográfica e do que determina o poder legislativo, detém a cultura indigenista.

O penúltimo critério é a análise do desenvolvimento econômico. Para defensores desse critério, devem-se observar as condições de saúde, educação, infraestrutura, produção agrícola, taxa de mortalidade e de natalidade, etc. Assim, seriam indígenas aqueles grupos detentores de necessidades não supridas pelo desenvolvimento econômico local. Diversas são as críticas à adoção desse critério, pois a mesma evidencia visão preconceituosa, pejorativa e imprecisa do que se busca conceituar.

Por fim, o último critério apontado e adotado pela doutrina antropológica majoritária é o da autoidentificação étnica, onde a conceituação do índio e a identificação do mesmo deverá analisar a consciência que o mesmo tem em ser índio, ou seja, é necessário que o mesmo se reconheça como indígena ou não, e comporte-se de tal forma, trazendo consigo tradições inerentes aos nativos, bem como, ainda, é preciso que haja o reconhecimento da população que o circunscreve de que esse homem é integrante do grupo indigenista.

Por tudo isso, entende-se que para a Lei 6.001 de 1973, índio é o ser que possui descendência pré-colombiana e que se identifica e é identificado como detentor de cultura que o diferencia dos demais membros da sociedade civil. Já para a Convenção 169 da OIT de 2004 (relativa aos direitos dos índios e das tribos) o indígena pode ser conceituado como o indivíduo que possua características culturais, sociais e econômicas diferenciadas da sociedade nacional, conforme demonstrado acima.

Em contrapartida, os antropólogos criticam algumas leis nacionais que conceituam o índio, já que para aqueles, o que intitula o homem como indígena não é o tipo sanguíneo, nem a situação econômica, tampouco apenas sua cultura, ou o ambiente em que estejam inseridos. Para tais estudiosos, o conceito de índio pauta-se no indivíduo que se autoidentifica, bem como a sociedade a sua volta o enxerga, como índio, possuindo a prática e o pensamento embasados e determinados pela cultura, crenças e costumes dos nativos (MELLATI, 2007, p.1).

Assim:

Ora, se o espírito constitucional está permeado de infrangível consideração aos aspectos culturais do povo indígena; se o mesmo espírito deseja ardentemente que os índios continuem a ocupar a face cultural do Brasil; se há uma notória consideração com o exercício atual das tradições e culturas históricas dos índios, como forma de incluí-las na conjuntura cultural brasileira, é evidente que qualquer juiz deverá levar em consideração se tal indivíduo cultua sentimentalmente as tradições e costumes que foram repassados por gerações e gerações. Não por outro motivo que no Projeto de Lei 2.057/91 – Estatuto das Sociedades Indígenas-, está previsto um conceito de índio sem a vinculação hereditária.

Não importa, então, se o indivíduo tem origem indígena, se é ancestral dos povos pré-colombianos, pois o que importa é saber se aquele indivíduo se identifica e é considerado pelo meio que o circunda como um verdadeiro índio, como um verdadeiro perpetuador da cultura autóctone no vasto caldo cultural brasileiro, porque é isso que a Constituição quer preservar (PONTES, 2012, p. 170-171).

A partir do conceito da condição indígena, é preciso compreender como os mesmos surgiram e se desenvolveram no Brasil. Para tanto, inicia-se a pesquisa abordando a configuração do mesmo na época histórica do Brasil Colônia, conforme se verá a seguir.

1.2 A representação do indígena no Brasil colônia

Inicialmente, cumpre ressaltar, que a descoberta do Brasil se deu por conta da dificuldade enfrentada por Portugal em manter seu território em relação às ameaças mercantis da Espanha. Assim, no ano de 1494 foi firmado o Tratado de Tordesilhas, onde os países acima citados dividiram o Atlântico pela metade para realizarem suas colonizações de povoamento e exploração (KOSHIBA, 1945, p. 07-12).

Na data de vinte e um de abril de mil e quinhentos, os navegantes avistaram um morro em meio ao oceano, e que Cabral resolveu intitular de monte Pascal. Todavia, o Rei D. Manuel I resolveu chamá-lo de Santa Cruz ou Terra dos Papagaios. Assim, ressalta-se que vários foram os nomes concedidos às novas terras, quais sejam, Pindorama – nome dado pelos nativos; Ilha de Vera Cruz (1500); Terra Nova (1501); Terra dos Papagaios (1501); Terra de Vera Cruz (1502); Terra de Santa Cruz (1503); Terra de Santa Cruz do Brasil (1505); Terra do Brasil (1505); Brasil (desde 1527) – por conta da exploração exacerbante do pau-brasil (KOSHIBA, 1945, p. 69).

Como dito acima, a terminologia “índio” emergiu de erro geográfico de Cristóvão Colombo e seus navegadores que acreditavam terem chegado às Índias, e por tal fato, os nativos aqui encontrados receberam essa denominação.

Embora oriundos de um erro territorial, o termo foi adotado de maneira consensual e por todos, para designar as pessoas que habitavam o solo descoberto antes da chegada dos povos europeus.

Centenas de pessoas habitaram o Brasil antes da chegada dos colonizadores no ano de mil e quinhentos, sendo eles detentores de cultura, língua, costumes e crenças próprias. Suas atividades vitais pautavam-se na caça de pequenos animais (pois os de grande porte, como vacas e cavalos, foram trazidos pelos europeus posteriormente), agricultura e pesca, exercendo contato intimista com a natureza.

Segundo Roberto Lemos dos Santos Filho, citando Luiz Muricy Cardoso:

[...] naquela época os índios tinham uma população entre um e dez milhões de habitantes. Na exposição de Motivos n. 16 enviada pelo Presidente da República Costa e Silva ao Congresso, encaminhando anteprojeto para criação da FUNAI, consta que na época do descobrimento havia 1.100.000 índios (SANTOS FILHO, 2006, p.21).

A organização indígena nas tribos era composta pelo cacique (reconhecido como o hierarquicamente superior na questão política e administrativa tribal); e o pajé, que por sua vez, era incumbido do dever de responsabilidade da transmissão da cultura e aprendizados indigenistas (BERGMANN, 1978, p. 135).

Assim, observa-se que a constituição das tribos possuía e possui certa organização hierárquica interna, onde o membro soberano recebe a titulação de cacique, o qual, por sua vez, possui o dever de organização das aldeias, e, em contrapartida, o pajé cumpre a função de transmissão de valores éticos, culturais e organizacionais desses povos.

Segundo a transcrição de Jânio Quadros e Afonso Arinos, em carta enviada ao Rei D. Manuel de Portugal:

O nosso Capitão-mor mandou deitar fora um batel, para ver que povos eram aqueles, e os que nele foram acharam uma gente parda, bem disposta, com cabelos compridos; andavam todos nus, sem vergonha alguma, e cada um deles trazia o seu arco com flechas, como quem estava ali para defender aquele rio; não havia ninguém na armada que entendesse a sua linguagem, de sorte que, vendo isto, os batéis tornaram para Pedro Álvares Cabral, e no entanto se fez noite, e se levantou com ela um muito rijo temporal. Na manhã seguinte escorremos com ele a costa para o Norte, estando o vento sudeste, até ver se achávamos algum porto aonde nós pudéssemos abrigar e surgir; finalmente achamos um, aonde ancoramos, e vimos daqueles mesmos homens, que andavam pescando nas suas barcas; um dos nossos batéis foi ter onde eles estavam, e apanhou dois que trouxe ao capitão-mor, para saber que gente eram; porém, como dissemos, não se entendiam por falas, nem mesmo por

acenos, e assim tendo-os retido uma noite consigo, os pôs em terra no dia seguinte, com uma camisa, um vestidos, e um barrete vermelho com o que ficaram muito contentes, e maravilhados das cousas, que lhes haviam sido mostradas (FRANCO, QUADROS,1967, p. 171).

Posto isso, nota-se que os portugueses que aqui atracaram seus batéis, inicialmente, encontraram-se curiosos e encantados diante dos nativos, principalmente pelo fato de se encontrarem nus e sem qualquer vergonha pela prática.

Os Europeus tentaram estabelecer qualquer contato com os mesmos, todavia, referido contato se fez por frustrado diante do linguajar diferente estabelecido entre ambos os locutores do diálogo. No entanto, a fim de cativá-los e demarcá-los em meio aos demais, foram-lhes doadas vestimentas.

Necessitava-se estabelecer contato com os povos, pois o interesse monetário relativo à extração de pau-brasil e demais recursos naturais, demandava mão-de-obra, principalmente daquela que estava habituada à realização dessas práticas(FRANCO, QUADROS,1967, p. 192).

Diante da dificuldade de comunicação, duas alternativas restaram aos colonizadores, a primeira era o aprendizado da língua nativa dos índios, sendo a segunda inerente ao ensino do português, língua materna de Portugal, a eles.

Por tal realidade, optou-se por ensinar aos silvícolas o dialeto português, sendo que os padres jesuítas foram enviados ao Brasil para se catequizar os povos que aqui se encontravam e ensiná-los o dialeto lusitano.

Assim, no ano de 1845, criou-se o Regulamento das Missões, o qual traçava diretrizes acerca da catequização e civilização dos nativos, conforme explanação das autoras Márcia Márcia Cristina Altvater Vilas Boas e Cláudia Maria Felix De Vico Arantes, em artigo publicado:

O Decreto n° 426, de 24.07.1845 (conhecido como Regulamento das Missões) regulamentou as missões de catequese e civilização dos índios e, assim, procurou-se estabelecer as diretrizes sérias, mais administrativas do que políticas, para o governo dos índios aldeados. Por ele, prolongava-se o sistema de aldeamentos explicitamente o entende como uma transição para a assimilação completa dos índios. 2 A partir daí fixou-se a dicotomia: índios colonizados e hordas selvagens, terminologia esta que apareceria explícita na Lei de Terras, n° 601, de 18/09/1850 em seu respectivo regulamento, Decreto n° 1318, de 30/01/1854. O índio colonizado seria o índio aldeado, já atingido pela catequese e próximo dos civilizados, enquanto as hordas selvagens seriam os índios ainda arredios à catequese e à civilização, que viviam nômades, errantes a vagar pelo território nacional, para os quais deveriam

ser constituídas reservas a partir de terras devolutas (ARANTES; VILAS BOAS, 2008, p. 262).

Diferenças acabaram por gerar estranheza nos Jesuítas, tais como o fato de existirem relações incestuosas entre os índios (pois para estes, o real liame de parentesco era somente em relação ao pai), bem como, o fato de se banharem constantemente (em águas dos rios), prática esta que não era realizada com afinco pelos europeus (FRANCO, QUADROS, 1967, p. 180-182).

Os padres Jesuítas tinham o papel de tornar os indígenas evangelizados e fieis ao catolicismo, além de ensiná-los a língua portuguesa. Diante disso, a partir da catequização dos nativos, evidenciou-se o início ao genocídio da cultura e costumes indígenas, já que, com o ensino da linguagem europeia, bem como sua religião dominante, os silvícolas acabaram por, no mínimo, se desvincularem de suas crenças e culturas próprias (BERGMANN, 1978, p. 146).

Na missão de catequização exercida pelos Jesuítas, a economia era baseada na agricultura e não existiam propriedades privadas; ensinou-se o cultivo da terra, o que gerou a fixação dos colonizados em terras habitadas, pois não havia mais a necessidade de se mudarem em busca de alimentos; e, por fim, os padres eram contra a escravidão, defendendo a bandeira da catequização como forma de colonização dos povos, e não a violência física.

Ensinos esses trazidos pela doutrina nacional, bem como pelo filme “A Missão” (1986), dirigido por Roland Joffé, e escrito por Robert Bolt, onde se demonstra que o intuito da coroa portuguesa era de, estritamente, explorar e escravizar os nativos, e, em contrapartida, os padres acreditavam que os mesmos deveriam ser apenas catequizados, pois, somente assim, poderiam duelar com os não cristianizados.

Destarte, para os europeus, aqueles que resistissem à dominação, bem como, à catequização, deveriam ser aprisionados, e convencidos pela violência física e psíquica, com conseqüente prisão e morte (BERGMANN, 1978, p. 146).

Observa-se que o contexto histórico do Brasil enseja a aplicação de violência/poder por parte dos colonizadores, vez que, os indígenas que se recusassem ou dificultassem a dominação e exploração por aqueles deveriam ser punidos por isso. Dentre as sanções, ressalta-se a aplicação de castigos corporais e mentais, assim como a prisão dos mesmos.

Seguindo essa linha de raciocínio, argumenta-se que os índios foram utilizados como fonte de adaptação dos europeus ao solo nacional. Para se aferir mão-de-obra escrava, os índios eram classificados em dois grupos: os amigos e os inimigos. Com referida classificação, os dois grupos travavam embates entre si, e aquele que perdesse o duelo, seria escravo dos europeus, enquanto os amigos trabalhariam sem escravidão, recebendo um valor irrisório como forma de pagamento pelo labor desenvolvido (SANTOS FILHO, 2006, p. 25).

Assim, mais uma forma de materialização da dominação européia era a distinção entre os nativos em propícios ou não à exploração, vez que, aqueles nativos que favoreciam a mão-de-obra eram intitulados de amigos, pois prestavam serviços de exploração do Brasil em prol da Coroa com eficiência. Se, por ventura, o sujeito se rebelasse com esse modo de imposição, ou, se sua força de trabalho não era satisfatória para os portugueses, seriam reconhecidos como não amigos, trabalhando, então, em situação de escravidão, ou seja, não percebiam qualquer gratificação pela mão-de-obra desenvolvida.

Percebe-se que, independente da classificação de amigos ou inimigos, os nativos eram fatidicamente objetos dos povos europeus, ficando à margem de suas explorações e escravização.

Nesse diapasão, a primeira prática escravocrata praticada é o conhecido escambo, onde os povos oriundos de Portugal trocavam seus bens materiais por trabalho, alimentação e trabalhadores/escravos, com os índios (SANTOS FILHO, 2006, p. 26).

Analisando a história brasileira, vê-se que a forma de os portugueses conquistarem os nativos era a concessão de presentes aos mesmos. Além de conquistá-los, observa-se, por detrás dessa prática que, por meio desses presentes, os indígenas acabavam por trocar sua força de trabalho por tais itens, o que demonstra e comprova a primeira prática escravocrata indigenista brasileira.

Posto isso, nota-se que o contato dos índios com o povo europeu trouxe a contaminação dos nativos por doenças advindas dos colonizadores, bem como a afetação da cultura, crenças, valores e costumes, e, ainda, a transição do status de nômades para pessoas fixadas em determinados territórios por conta da escravidão então estabelecida.

Se não bastasse, no período colonial, o descobrimento pelos europeus de solos brasileiros incentivou e inseriu, naquele ambiente, as habituais guerras travadas entre índios e portugueses. No entanto, os nativos estavam em desvantagem por não possuírem as armas que os europeus eram detentores. Se não bastasse, existiam conflitos entre os

índios amigos e os inimigos, o que, por ora, culminou, significativamente, com a dizimação dos povos (BERGMANN, 1978, p. 135 e 136).

Nesse sentido, a dominação portuguesa gerou incentivos, senão o início das batalhas indigenistas, posto que os mesmos tentaram resistir à dominação da coroa, entretanto, por conta da precariedade no uso das armas, bem como, a inexperiência em respostas a conflitos armados, acabaram forçando os mesmos a cederem às intenções européias.

Conforme citado acima, a classificação e distinção dos nativos em amigos e em não amigos também foi fonte de embates entre os próprios indígenas, pois os inimigos revoltavam-se com suas condições subumanas de trabalho, e almejavam ser tratados como amigos, também.

Quando se aborda a questão da legislação indigenista no Brasil Colônia, pode-se dizer que os nativos possuíam duas normas contraditórias. Uma delas defendia a não escravidão dos mesmos, possibilitando a liberdade e a autonomia (normas da igreja); em contrapartida, as outras asseguravam o direito ao aprisionamento dos nativos e até mesmo a sua morte (normas da coroa) (BERGMANN, 1978, p. 137).

Por tal fato, compreende-se que existiam leis diferentes para os índios amigos (aldeados) e os inimigos (espalhados pelos sertões). Aos primeiros, eram asseguradas suas liberdades, recebendo retribuição pelo trabalho desenvolvido nas aldeias. Em contrapartida, os índios inimigos, eram equiparados aos escravos.

Percebe-se que em relação às normas condizentes aos direitos dos indígenas, estes não tinham qualquer segurança legal, pois, a legislação era redigida pelos europeus, e apenas em favorecimento dos mesmos, ao passo que, apenas os índios amigos possuíam a mitigada liberdade supracitada, enquanto os demais eram tratados como escravos.

Apesar disso, os indígenas não se mantinham passivos à dominação de maneira geral, e em meados de 1555 a 1567, alguns deles travaram uma guerra (Confederação dos Tamoios) em relação aos colonizadores, em razão da escravidão e exploração que os mesmos estavam vivenciando (QUADROS; ARINOS, 1967, p. 122-129).

Diante das inúmeras perdas de mão-de-obra indígena, por conta das batalhas travadas entre os próprios índios (amigos e inimigos) e entre os colonizados e a coroa, os povos europeus intensificaram o tráfico de escravos da África para o Brasil, com a finalidade de suprir a falta de escravos/trabalhadores nativos (BERGMANN, 1978, p. 54).

Diante das resistências e dos conflitos armados, vários índios acabaram tendo suas vidas ceifadas, pois os mesmos não se mantinham inertes frente à tentativa de dominação,

o que, por ora, culminou com a necessidade de os portugueses buscarem mais força de trabalho em razão da intenção de colonização por exploração da terra então descoberta. Fato este que ampliou e fomentou a prática dos navios de tráficos negreiros em direção ao Brasil.

Ressalta-se que, por conta do vasto território nacional, algumas regiões interioranas não possuíram contato com os colonizadores, o que, permitiu à cultura/crença indígena sua preservação e manutenção diante das interferências que possivelmente sofreram as tribos que se encontravam no litoral (SANTOS FILHO, 2006, p. 38).

Com o intuito de ocupação e exploração do território, Portugal, no ano de 1514, começou a conceder sesmarias (concessão de terras a particulares, para que desenvolvessem a agricultura) a portugueses que quisessem vir ao Brasil, com a única finalidade de expansão da dominação do território brasileiro. Assim, sesmarias eram porções de terras em que a posse era dada aos europeus para promoverem a dominação territorial e exploração da nova terra (SANTOS FILHO, 2006, p. 132).

Diante das concessões de terras, conhecidas como sesmarias, a Coroa conseguiu aumentar o número de pessoas no interior do Brasil, já que, o seu intuito, a princípio, era povoar as terras com a finalidade de evitar qualquer interesse em outras nações (por exemplo a Espanha) em dominar um território sem defesa. Ressalta-se que a doação dessas terras eram destinadas aos povos portugueses, sendo que os indígenas poderiam apenas trabalhar nas mesmas para prover seus alimentos de subsistência, o que, culmina com a situação, mais uma vez, de escravidão e dominação desse grupo.

Em suma: no período colonial os indígenas, detentores de sua cultura, hábitos, crenças e costumes próprios, acabaram por ser capturados e seduzidos pelos europeus que aqui chegaram, fazendo com que aqueles se tornassem seus escravos (índios inimigos), ou trabalhadores com salários simbólicos (índios amigos).

Nota-se que durante o período colonial, os silvícolas tinham sua existência ameaçada por dois flancos. De um lado os Jesuítas pressionavam e acabavam seduzindo-os a converterem-se ao catolicismo, o que fez com que sua crença fosse afetada diretamente; e de outro lado os europeus colonizadores tinham como missão a transformação dos mesmos em mão-de-obra, equiparando-os aos escravos africanos.

A partir do que se analisou a respeito dos nativos durante o período colonial, com a chegada dos colonizadores e suas influências na vida dos nativos, é preciso que se analise o pós-colonialismo, ou seja, o período do Brasil Império, que por sua vez, trouxe impactos, também, na vida daqueles que aqui se encontravam.

1.3 O índio no Brasil império

Segundo o autor Tales dos Santos Pinto (2014, p. 01), em artigo publicado no site Mundo Educação, o período imperial do Brasil está compreendido entre sete de setembro de mil oitocentos e vinte e dois, e quinze de novembro de mil oitocentos e oitenta e nove, quando ocorreu a Proclamação da República.

Referido período fora governado por dois imperadores, Dom Pedro I e Pedro de Alcântara, cujo pseudônimo era Dom Pedro II. Neste sentido, cumpre dizer que tal contexto histórico ficou conhecido como “monarquia parlamentar constitucional”, haja vista que, existia o Parlamento para elaboração e aprovação legislativa – tal como a Constituição, bem como seus governantes eram monarcas (SANTOS FILHO, 2006, p. 30).

Desta feita, o primeiro reinado instituído é chamado de período Regencial, sob os comandos de D. Pedro I até o ano de 1831, data esta em que o monarca renunciou ao cargo e retornou às terras Lusitanas (SANTOS FILHO, 2006, p. 31).

Percebe-se que a primeira forma de governo brasileiro é conhecida como fase imperial, em que, inicialmente, o poder era exercido por dois imperadores. No entanto, não se pode dizer que o Brasil viveu uma fase de ditadura, propriamente, vez que a aprovação de leis era feita por um parlamento constituído, todavia, seus membros eram monarcas, o que, na prática, culmina com uma espécie de poder na mão de líderes autoritários.

Nota-se que nesse período o Brasil possuía dois monarcas como chefes de governo, porém, existiam leis, redigidas por um parlamento composto de monarcas, que controlavam e limitavam o poder dos governantes. Todavia, essa limitação, ou seja, a confecção das normas era realizada também por monarcas, o que faz com que o governo seja, fatidicamente, exercido como uma espécie de monarquia.

Durante seu governo, D. Pedro I, almejou a nova Constituição, e por meio da votação popular para eleição de deputados e senadores, no ano de 1822, esses se reuniram com a finalidade de elaboração da Constituição. Segundo orientações de historiadores, o monarca tinha o intuito de edição legal que ampliasse seus poderes sobre as terras e em relação ao povo, entretanto, a ideologia parlamentar era divergente da sua, pois os mesmos queriam a tutela de direitos populares (SANTOS FILHO, 2006, p. 32).

Em razão da divergência desses interesses, o imperador dissolveu a assembleia constituinte e optou por redigir sozinho referida Constituição. Por tal fato, a primeira Constituição brasileira foi a de 1824, teve status de outorgada, ou seja, imposta pelo governante e não votada pelo povo na figura de seus representantes.

Posto isso, no ano de 1831, D. Pedro I retornou à Portugal em razão do falecimento de seu pai, sendo que seu filho Pedro de Alcântara (com cinco anos de idade) permaneceu em solo brasileiro, porém, poderia se tornar monarca apenas quando completasse dezoito anos, conforme dispunha o texto Constitucional (SANTO FILHO, 2006, p. 31).

Até que referida idade fosse completada, o país foi governado por regentes escolhidos pelos parlamentares em um primeiro momento, e posteriormente o povo que era habilitado à votação, o que, por ora, gerou o nome do primeiro momento que compôs o Brasil Império (período regencial) (MARCONI, PRESOTTO, 2006, p. 42).

Durante esse período de governo, com o retorno do rei a Portugal, o país encontrava-se sem governante, o que culminou com a tentativa de se escolher um novo chefe de Estado. De acordo com a norma Constitucional, poderia ser monarca apenas aquele que possuísse no mínimo dezoito anos completos, o que não era a realidade do filho do até então rei.

Dessa forma, viveu-se uma fase de insegurança social, política e governamental, pois, nesse período, o país fora conduzido por regentes eleitos pelos monarcas parlamentares.

A situação fática brasileira pautava-se em conflitos constantes entre o próprio povo e entre o povo e os governantes, mantendo-se a mão-de-obra escrava predominante no Brasil Colônia; a exportação das riquezas naturais; bem como, grandes latifúndios sob o domínio de proprietários lusitanos, enquanto a população brasileira encontrava-se em situação pecuniária calamitosa (MARCONI, PRESOTTO, 2006, p. 44).

Diante da situação flagelante dos povos em razão da crise política e econômica, o governo do filho de D. Pedro I fora antecipado para quando o mesmo completasse quatorze anos, com o objetivo de conter as revoltas sociais.

De tal modo, surge o Segundo Reinado sob os comandos de D. Pedro II, que por sua vez trouxe diversos avanços mercantis para o país, tal como a primeira ferrovia, instalação das primeiras indústrias, e a exportação de café permitiu ao Brasil seu reconhecimento no mercado mundial (SANTOS FILHO, 2006, p. 32).

No contexto do segundo reinado, iniciou-se com a declaração de que o filho do Rei D. Pedro I havia atingido a maioridade, ou seja, estava habilitado a assumir a chefia do Brasil. Entretanto, essa maioridade, que antes era estipulada em dezoito anos, passou a ser de quatorze anos, graças a uma manobra de grupos políticos e sua consequente alteração legislativa.

Diante do exposto quanto ao período imperial, a mudança política nacional, inicialmente, não afetou diretamente a população indígena. Embora existisse no corpo constitucional, elaborado pelos parlamentares, previsão legal a respeito da catequização e da civilização dos mesmos, na prática não se efetivou em virtude de sua rejeição pelo imperador. Desta feita, manteve-se a escravidão indígena iniciada no período colonial.

Em contrapartida, alguns brasileiros entendiam que os índios deveriam fazer parte da sociedade, sendo evangelizados, educados e libertos da escravidão mediante pagamento, mesmo que mínimo, de seus serviços prestados, conforme acontecia, em alguns casos na era colonial – índios amigos- (MARCONI, PRESOTTO, 2006, p. 50).

Afere-se a compreensão de que havia a preocupação com a integração do silvícola à sociedade civil, porém, referida ideia acabava por interferir em suas raízes culturais, já que os mesmos praticariam o êxodo rural, por conta da falta de posse das terras e procurariam empregos na cidade.

Realidade esta que é confirmada com a Lei das Terras do ano de 1850, em que o indígena não possuía qualquer documentação quanto à titularidade de terras, sendo que o governo acabava por retirar essas terras dos mesmos e transformar em latifúndios com o intuito de promover o desenvolvimento nacional.

Assim, o artigo da Lei 601 de 1850, dispunha:

Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval (BRASIL, 1850).

Nota-se que o artigo do dispositivo legal reservava parte das terras devolutas aos indígenas, porém, para que se tornassem proprietários das mesmas, era preciso titulação de posse, o que, os nativos não possuíam, conforme se denota do artigo seguinte:

Art. 11. Os posseiros serão obrigados a tirar titulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo por effeito desta Lei, e sem elles não poderão hypothecaros mesmos terrenos, nem aliena-los por qualquer modo. Esses titulos serão passados pelas Repartições provinciaes que o Governo designar, pagando-se 5\$ de direitos de Chancellaria pelo terreno que não exceder de um quadrado de 500 braças por lado, e outrotanto por cada igual quadrado que de mais contiver a posse; e além disso 4\$ de feítio, sem mais emolumentos ou sell (BRASIL, 1850).

Por tal fato, as terras devolutas demandavam, obrigatoriamente, a detenção de títulos dos terrenos, os quais eram concedidos pelas repartições provinciais, que por sua vez, não os destinavam aos indígenas, mas apenas aos senhores portugueses e aos latifundiários, já que se necessitava pagamento pecuniário e os nativos não possuíam fundos para tanto.

Assim, a população indígena acabou por manter a sua escravidão diante das necessidades vitais, submetendo-se ao trabalho degradante para a percepção de valores ínfimos. Nesta seara, os mesmos eram considerados inaptos a exercerem direitos e obrigações, e, por conseguinte, não possuíam capacidade para a sociedade civil (MARCONI, PRESOTTO, 2006, p. 52).

Desta feita, frisa-se que o período analisado foi marcado por disputas agrárias entre os nativos e os fazendeiros latifundiários. Não se prolongavam os debates acerca dos direitos indigenistas, pois se acreditava que os mesmos, em curto lapso temporal, seriam incorporados aos “homens brancos”.

Nota-se que a exploração dos indígenas, inicialmente se deu em razão dos interesses econômicos de Portugal, que buscava, por meio da exploração da mão-de-obra indigenista, a aquisição de matéria-prima dos solos brasileiros diante das disputas entre nações no período econômico conhecido como mercantilismo, que, por sua vez, considerava uma nação rica em razão da acumulação de metais preciosos e matérias-primas arrecadadas.

Destarte, segundo Roberto Lemos dos Santos Filho:

A legislação do Império e a primeira constituição brasileira não foram hábeis a interromper o despojamento dos índios de suas terras, apesar de juridicamente reconhecê-las como imprescritíveis à sua colonização. Isso devido ao fato da dificuldade de praticarem os atos necessários para a legitimação e registro, vale dizer, comprovarem sua ocupação primária, e em razão de os brancos terem invadido os espaços, muitas vezes à força, aniquilando os vestígios pelos antigos e originais ocupantes (SANTOS FILHO, 2006, p. 33).

Diante da citação acima exposta, pode-se entender que as normas acabaram por favorecer aos grandes latifundiários em detrimento da população indígena, ao passo que, os “brancos” utilizavam, na maioria das vezes, do desforço físico para a conquista territorial, o que lhes assegurava a titularidade das terras e a destruição dos nativos.

Segue o autor afirmando que:

As normas postas durante o Império representaram grande prejuízo aos índios. O silêncio da primeira Constituição brasileira e o rigor da exigência de titulação de posse para reconhecimento da propriedade das terras, contida na Lei das Terras (1850), tiveram o efeito de legitimar e incrementar o processo de espoliação das terras dos índios, levado a efeito pelas companhias colonizadoras e pelos próprios colonos (SANTOS FILHO, 2006, p. 33).

Por todo o exposto, pode-se compreender, ao final, que o período Imperial do Brasil em nada colaborou com o reconhecimento e proteção dos indígenas, já que, não havia previsão Constitucional acerca dos mesmos, e os conflitos a respeito das terras eram solucionados pela Lei das Terras, que por sua vez, assegurava a propriedade àquele que detinha o título de posse, ou seja, aos colonizadores.

Realidade esta que permitiu e favoreceu a venda, na melhor das hipóteses, de mão-de-obra indígena barata, quiçá à escravidão dos mesmos, pois não existia respaldo legal para que os mesmos sobrevivessem à selvageria dos latifundiários.

Posto isso, mister se faz o estudo da sequência cronológica da existência indígena em solo brasileiro, ou seja, é preciso que se aborde e estude a representação dos nativos durante o período republicano brasileiro para que se chegue ao contexto contemporâneo.

1.4 As representações indigenistas na República

Em meados de 1889, a composição governamental brasileira, até então considerada, ainda, uma monarquia, e em face à crise instalada no país por conta da insatisfação popular quanto ao método de governo, era necessária uma reformulação da forma com que se regia o Brasil, fazendo com que houvesse progresso quanto aos assuntos políticos, econômicos e sociais.

Os principais descontentamentos na época imperial pautavam na dominação e intromissão do imperador na crença religiosa do povo, a corrupção ativa instalada, a censura às manifestações do exército, dentre outros fatores (MARCONI, PRESOTTO, 2006, p. 58).

Significativa parcela da sociedade, composta por autônomos, servidores públicos, empresários, etc., em razão da crescente onda mercantilista que envolvia o Brasil, tinha o anseio de ampliar a participação do povo nas questões políticas nacionais, o que incentivou o pensamento de revolta em razão do governo imperial. Outro fator significativo para o

fracasso do Império foi a falta de apoio aos produtores e comerciantes cafeeiros (SANTOS FILHO, 2006, p. 45).

Assim, referido contexto social, marcava a economia pela escola mercantilista, que, buscava o enriquecimento da nação por meio da acumulação de matérias-primas, o que, por sua vez, gerou divergências e não aceitação em alguns setores sociais, citados acima, sendo que, tal insatisfação populacional culminou com o repúdio societário diante do governo instalado.

Diante das significativas revoltas populares, no ano de 1889, Marechal Deodoro da Fonseca, integrante dos grupos insatisfeitos com o Império, e com o apoio desses, dispensou o corpo de Ministros, bem como seu Presidente, assinando o termo que proclamou a República do Brasil (SANTOS FILHO, 2006, p. 46).

A partir de tal fato, D. Pedro II, junto a sua família, retornou às terras lusitanas, e o Marechal assumiu o governo de forma provisória, o qual substituiu as então províncias por Estados, mantendo-se, praticamente inalterados, os direitos indígenas (SANTOS FILHO, 2006, p. 46).

Posto isso, diante das rebeldias sociais em resposta à forma de governo, houve a Proclamação da República, com o intuito de contenção social e melhorias em relação às condições de vida dos grupos rebelados, bem como, manutenção do poder.

Há quem defenda que a proclamação da República se deu pelo fato de na época Imperial a economia girava em torno das propriedades de terras, e estas, para se tornarem lucrativas, necessitavam de mão-de-obra barata. Assim, enquanto perdurou o incentivo à escravidão pela Coroa, os latifundiários defendiam a forma de governo implementada, e, por conseguinte, quando a família real aboliu a escravatura em 1888, acabou por perder o apoio dos detentores das terras, e, como consequência de tal fato, estes lançaram manifestações contrárias ao regime imperial, defendendo, então, a implementação da República (SANTOS FILHO, 2006, p. 48).

Nota-se que a Proclamação da República se deu, inicialmente, diante da necessidade de manutenção do poder, já que, a população se revoltou com a Monarquia pelo fato de que os senhores feudais perderam sua mão-de-obra com a libertação dos escravos, e em razão desse descontentamento populacional, o país encontrava-se em iminente risco de sofrer um golpe.

Destarte, no ano de 1891 fora promulgada a segunda Constituição brasileira, que, por sua vez, fez menção às terras devolutas, ou seja, terras públicas que jamais foram possuídas por particulares, mesmo que estivessem sob a posse de alguém, eram

pertencentes aos entes públicos, e deveriam ser restituídas a estes. Fato este que incentivou a violência em relação à aquisição da posse territorial pertencente, de fato e não de direito, aos nativos (SANTOS FILHO, 2009, p. 34).

Neste sentido, Rodrigo Bastos de Freitas, em sua dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Público, na Universidade Federal da Bahia, argumenta que:

De forma geral, a política indigenista da República Velha estava inserida em um momento de *"construção de limites políticos e simbólicos para a nação que se queria elaborar"*. Na alvorada do séc. XX, o governo republicano enfrentou a tarefa de construção de uma nação, de seus símbolos, sua estrutura e sua burocracia, inspirada principalmente pelo ideário positivista (destaque do autor) (BAHIA, 2007, 53).

Referida citação evidencia o momento histórico nacionalista em que se visava à construção de uma nação a partir de normas objetivas tuteladas pela legislação. Momento este que fez ressurgir os ideais indigenistas dos povos.

Percebe-se que desde a primeira Constituição brasileira (1824), as polêmicas indigenistas estiveram presentes nas pautas das discussões governamentais, no entanto, a realidade fática demonstra que tal pensamento não fora, de imediato, inserido na legislação pátria.

Entretanto, com o surgimento da República, foi elaborado um projeto legislativo que tinha como ideologia a formação de uma nação livre e independente, projeto este que não obteve aprovação por parte dos entes governamentais no tocante à questão indigenista.

Em meados do século XIX diversos conflitos territoriais foram travados entre os nativos e os imigrantes que atracaram nos estados de Santa Catarina e Paraná, o que tornou as batalhas indígenas conhecidas mundialmente.

Assim, diante das exigências mercantis estrangeiras, criou-se, em 1910, o órgão pioneiro incumbido da defesa dos direitos indígenas intitulado de Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPILTN, que mais tarde ficou conhecido como, Serviço de Proteção ao Índio – SPI (BERGMAN, 2009, p.154).

Segue citação do autor Mércio Pereira Gomes a respeito do SPI:

O SPI foi produto do positivismo e do liberalismo, embora motivado pela emoção nacional. Em nenhum momento chegou a renovar as proposta do Apostolado Positivista para os índios, nem os tratou como nações soberanas. Via o índio como um ser digno de conviver na comunhão nacional, embora inferior culturalmente. Era dever do Estado dar-lhe condições de evoluir lentamente a um estágio superior, para daí se

integrar a nação. Para tanto deveria demarcar suas terras, protegê-las de invasores e usurpadores em potencial, defender os índios da esperteza dos brasileiros, especialmente dos comerciantes e mascates que os exploravam, ensinar-lhes técnicas de cultivo e de administração de seus bens, e socorrê-los em suas doenças. Os índios autônomos, chamados de arredios, seriam “pacificados”, caso fossem bravios, à custa, se necessário, do próprio sacrifício dos servidores do órgão, que nunca deveriam usar da força ou de armas. Os mais integrados já poderiam aprender ofícios mecânicos e ser educados formalmente. Não seria necessário o ensino religioso para tanto (GOMES, 1991, p.1).

De acordo com a citação do antropólogo Mércio Pereira Gomes, o órgão acima citado foi criado em época da liberdade econômica brasileira, e somente foi implementado como resposta às solicitações sociais, não destinando atenção específica aos direitos inerentes aos índios, considerando-os inferiores aos homens ‘brancos’. Isto posto, era dever do Estado realizar a promoção da integração do indígena à nação, protegendo-os contra quaisquer ameaças ou explorações dos demais.

Seguindo essa linha de pensamento, em sede de Constituição, as próximas Constituições (1937 e 1946) não inovaram de maneira significativa na órbita indigenista, mantendo-se o que outrora fora positivado pela Constituição de 1934, qual seja: “art. 129- Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (BRASIL, Constituição Federal de 1934).

Nota-se que a primeira Constituição em período republicano (1934), reconheceu aos silvícolas apenas o direito à posse das terras em que se encontravam localizados, sendo-lhes vedada qualquer forma de alienação, ou seja, não reconhecia propriedade das terras aos mesmos, podendo apenas usar e gozar daquelas que estavam sob sua posse.

A próxima Constituição, datada de 1946, ainda, assegurava apenas a posse das terras aos nativos, assim como já era estipulado. Bem como, a Constituição de 1967, além de assegurar a posse, concedia, também, o usufruto dos bens existentes nelas (REZENDE, 2009, p. 29).

Frisa-se que o teor específico abordado em cada Constituição, será aprofundado e detalhado no próximo capítulo desta pesquisa, já que este capítulo é destinado às representações antropológicas do indígena no ambiente nacionalista.

Em relação ao direito privado, o Código Civil de 1916, artigo 6º., trouxe em seu texto normativo a incapacidade relativa do indígena para exercer seus direitos e obrigações na órbita social, devendo os mesmos serem tutelados por representante capaz, ou seja, o homem branco seria o responsável por defender os direitos daqueles que são detentores de

cultura diversificada da possuída por este. Observe: “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em lei e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que forem adaptados à civilização do país”. (BRASIL, Lei nº. 4.121 de 1962, art. 6º., parágrafo único).

Analisa-se a intenção legislativa em afetar diretamente a cultura indigenista, ao passo que o nativo somente se tornaria plenamente capaz com a sua integração à sociedade, ou seja, com a afetação direta de sua origem cultural

No ano de 1928, um decreto de número 5.484 tinha como visão o enquadramento dos indígenas em quatro grupos quanto a sua existência: os nômades – aqueles índios que se mudavam constantemente em busca do seu alimento; aldeados- passam a deter morada fixa, cultivando o solo sem a necessidade de se mudarem para provê-los em terras produtivas; integrantes de aldeias indígenas – agrupamento fixo de silvícolas; e, por fim, os incorporados – aqueles que já se encontram em contato com a sociedade civil.

Diante de tais classificações, os nômades, aldeados e integrados às tribos indígenas seriam tutelados por normas específicas que respeitasse suas peculiaridades culturais, crenças, valores, costumes e etc.; porquanto a última classificação possuiria como proteção a norma destinada aos “homens brancos”, de maneira geral e igual.

Classificação esta que depois foi mantida pelo Estatuto do Índio quanto à determinação de sua relação social com a comunidade nacional, o que gera, por sua vez, reflexos diretos na culpabilidade e consequente responsabilização penal daquele nativo que ameaçar ou causar lesão a direito alheio tutelado pelo Código Penal.

Nessa esteira de raciocínio, durante o período republicano, a Consolidação das Leis Penais de 1932 inovou na responsabilidade penal contra direitos indigenista, dispondo, em seu artigo 205, que: “se o crime for praticado por superior contra inferior e como tais, terão suas penas agravadas”. (BRASIL, Consolidação das Leis Penais, 1932)

Em contrapartida:

Art. 206. São equiparados aos menores de que trata o art. 30 os índios nômades, arranchados ou aldeados e os que tenham menos de cinco anos de estabelecimento em povoação indígena.

§ 1º - o índio de qualquer das três categorias acima, que tiver praticado qualquer infração, obrando com discernimento, será recolhido, mediante requisição do inspector competente, a colônias correccionais, ou estabelecimentos industriaes disciplinares, pelo tempo que o mesmo inspector parecer, contanto que não exceda de cinco anos.

§2º - Entende-se por estabelecimento em povoação indígena aquelle que mora effectivamente nella, qualquer que seja a sua condição,

descontando-se no respectivo computo as interrupções que por ventura se derem com a volta temporária do índio à selva;

§3º - Os índios que tiverem mais de cinco anos de residência em povoação indígena, quando cometerem qualquer infracção prevista na legislação penal commum, serão punidos com a metade sómente das penas nella instituídas;

§4º- As circumsuncias agravantes previstas nos arts. 39 e 41 não influem na applicação das penas dos índios das três categorias a que se refere o § 1º do artigo antecedente.

§5º - As circumsuncias atenuantes do art. 42 influem para a diminuição das penas impostas aos índios das mencionadas categorias;

§6º- Os índios de que trata o §3º deste artigo não poderão soffrer prisão cellular, a qual será substituída pela prisão disciplinar, por tempo igual, em estabelecimentos industria esespeciaes;

§7º - Ficam desde logo sujeitos, como qualquer cidadão, ao regimen comum de direito, os índios que passarem para os centros agrícolas, de que trata do decreto n. 9.214 de 15 de novembro de 1911. (BRASIL, 1932).

Tais disposições foram as primeiras trazidas quanto à responsabilização do índio no Brasil República, do que se denota que a classificação quanto à integração do mesmo à sociedade e sua consciência da prática delituosa já era percebida em sede criminalista, assim como acontece hodiernamente, conforme se verá no próximo capítulo da presente pesquisa.

Seguindo a ordem cronológica, o Código Penal de 1940 e suas consequentes reformas (Decreto lei nº. 1.004 de 19669; Lei 6.016 de 1973; Lei 6.578 de 1978; Lei nº. 7.209 de 1984; Lei nº. 12.015 de 2009) não disciplinaram de maneira evidente a responsabilidade dos mesmos, entretanto, abordaram a questão da inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Mércio Pereira Gomes (2014, p. 01), antropólogo e ex-presidente da FUNAI-Fundação Nacional do Índio, salienta que com o golpe militar de 1964, que destituiu o então Presidente eleito democraticamente João Goulart (Jango), colocou fim ao SPI com um consequente incêndio que destruiu todos seus documentos.

Somente no ano de 1967 foi criado novo órgão incumbido da função que detinha o SPI, conhecido como Fundação Nacional do Índio, a já citada FUNAI, possuindo as mesmas funções do órgão anterior, quais sejam, proteção, tutela e defesa da população indígena (GOMES, 2014, p. 01).

Nova política de defesa dos direitos indígenas foi a do Estatuto do Índio no ano de 1973, Lei nº. 6001. Norma esta que é utilizada até os dias atuais, classificando-os quanto a sua integração, como outrora ocorreu na Consolidação das Leis Penais (1932), e

resguardando, em alguns casos, tutela jurídica diferenciada, o que será detalhado em momento oportuno.

A partir de todo o citado acima, evidencia-se que a República marcou o contexto histórico em que o homem indígena passou a ser detentor de tutela jurídica normativa mais efetiva diante da sociedade positivista em que se encontra inserido ou não.

No entanto, as normas acima expostas serão abordadas com afinco em tópicos específicos durante o transcorrer da pesquisa. Porém, antes de se adentrar à ossatura da legislação elencada, é preciso que se compreenda a criação e a função do órgão público federal máximo, em sede de Brasil, incumbido do dever de proteção indigenista – FUNAI.

1.5 Criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI)

Em virtude de todo o exposto acima, em relação às representações do indígena em solo brasileiro em três momentos históricos, quais sejam: Brasil Colônia, Brasil Império e Republicano (modelo que se encontra em vigência até os dias atuais), é preciso que se compreenda qual o órgão máximo que tutela e defende aqueles que são afetados diretamente pela colonização em terras brasileiras.

Por tudo isso, como dito acima, o atual órgão de proteção indigenista é conhecido como Fundação Nacional do Índio – FUNAI, criada pela Lei nº. 5.371 em cinco de novembro do ano de 1967, para substituir o então Sistema de Proteção ao Índio – SPI.

A FUNAI é um órgão pertencente ao setor público federal brasileiro, atrelado ao Ministério da Justiça, cuja primordial função é a defesa e promoção dos direitos indigenistas dos povos que aqui se encontram. Assim, segue trecho do texto disponibilizado no site da própria instituição:

Cabe à FUNAI promover estudos de identificação e delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, além de monitorar e fiscalizar as terras indígenas. A FUNAI também coordena e implementa as políticas de proteção aos povos isolados e recém-contatados.

É, ainda, seu papel promover políticas voltadas ao desenvolvimento sustentável das populações indígenas. Nesse campo, a FUNAI promove ações de etnodesenvolvimento, conservação e a recuperação do meio ambiente nas terras indígenas, além de atuar no controle e mitigação de possíveis impactos ambientais decorrentes de interferências externas às terras indígenas (BRASIL; FUNAI, 2014).

Conforme disposto no site oficial do órgão federal detentor da proteção indigenista, sua função também paira na promoção de pesquisas e tutela acerca da questão fundiária em razão dos territórios ocupados inicialmente pelos nativos, bem como, desenvolver políticas de amparo aos silvícolas e aos índios em via de integração.

Ainda é seu papel o incentivo ao desenvolvimento etnográfico dos povos, e proteção dos nativos contra qualquer interferência da comunidade externa ou, até mesmo do Estado. Outra tarefa a ser executada pela FUNAI é a realização de atividades que permitam a ascensão e efetividade de direitos sociais aos indígenas, já estipulados na Constituição Federal.

As atividades promovidas por tal órgão estão pautadas em princípios genéricos que acabam por reconhecer a diversidade etnográfica dos povos, o que por ora, geram respeito a sua cultura, crença, valores, costumes, práticas, linguajar e tradições diferenciadas de alguns setores sociais, o que culmina com a manutenção de um Estado democrático em que há a preponderância da tutela da Dignidade Humana.(REZENDE, 2009)

O último levantamento feito pela FUNAI, por meio de censo demográfico, em razão da quantidade de povos indígenas constatou que em 2010 existiam 896 mil índios. Senão vejamos:

O Censo Demográfico 2010 contabilizou a população indígena com base nas pessoas que se declararam indígenas no quesito cor ou raça e para os residentes em Terras Indígenas que não se declararam, mas se consideraram indígenas.

O Censo 2010 revelou que, das 896 mil pessoas que se declaravam ou se consideravam indígenas, 572 mil ou 63,8 %, viviam na área rural e 517 mil, ou 57,5 %, moravam em Terras Indígenas oficialmente reconhecidas (BRASIL; FUNAI, 2014).

Aferiu-se que a população indigenista contava, em média, com 896 mil pessoas que se intitularam, independente de qualquer requisito, como pertencentes a tal grupo etnográfico, mesmo não sendo habitantes de tribos.

Verifica-se que a FUNAI é o órgão federal que fixa e cumpre as políticas indigenistas, fazendo com que as normas positivadas na legislação Constitucional, assim como nas normas infraconstitucionais, sejam cumpridas.

No ano de 2012, foi aprovada a Lei de nº. 7.778 que instituiu o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Fundação Nacional do Índio, a qual dispõe em seu Anexo 1:

Art. 2º A FUNAI tem por finalidade:

I – proteger e promover os direitos dos povos indígenas, em nome da União;

II - formular, coordenar, articular, monitorar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro, baseada nos seguintes princípios:

a) reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas;

b) respeito ao cidadão indígena, suas comunidades e organizações;

c) garantia ao direito originário, à inalienabilidade e à indisponibilidade das terras que tradicionalmente ocupam e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes;

d) garantia aos povos indígenas isolados do exercício de sua liberdade e de suas atividades tradicionais sem a obrigatoriedade de contatá-los;

e) garantia da proteção e conservação do meio ambiente nas terras indígenas;

f) garantia de promoção de direitos sociais, econômicos e culturais aos povos indígenas; e

g) garantia de participação dos povos indígenas e suas organizações em instâncias do Estado que definam políticas públicas que lhes digam respeito;

III - administrar os bens do patrimônio indígena, exceto aqueles cuja gestão tenha sido atribuída aos indígenas ou às suas comunidades, conforme o disposto no art. 29, podendo também administrá-los por expressa delegação dos interessados;

IV - promover e apoiar levantamentos, censos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre os povos indígenas visando à valorização e à divulgação de suas culturas;

V - monitorar as ações e serviços de atenção à saúde dos povos indígenas;

VI - monitorar as ações e serviços de educação diferenciada para os povos indígenas;

VII - promover e apoiar o desenvolvimento sustentável nas terras indígenas, conforme a realidade de cada povo indígena;

VIII - despertar, por meio de instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indígena; e

IX - exercer o poder de polícia em defesa e proteção dos povos indígenas (BRASIL, 2012).

Nesse sentido, a FUNAI configura-se como o órgão estatal federal de defesa e proteção indigenista, cuja ideologia é a de promover o respeito aos índios como membros etnograficamente diferenciados da sociedade civil, e que, diante da multiculturalidade, demandam respeito e reconhecimento, o que será abordado abaixo.

1.6 Conceito antropológico de cultura sob a luz da multiculturalidade

Antes de se adentrar ao tema específico da cultura indigenista, é preciso realizar uma abordagem a respeito do conceito da terminologia “cultura”, sua essência, seus

componentes e o etnocentrismo para os antropólogos, para que se dê enfoque à cultura dos nativos. Assim:

Os antropólogos não empregam os termos culto ou inculto, de uso popular, nem fazem juízo de valor sobre esta ou aquela cultura, pois não consideram uma superior à outra. Elas apenas são diferentes em nível de tecnologia ou integração de seus elementos. Todas as sociedades – rurais ou urbanas, simples ou complexas- possuem cultura. Não há indivíduo humano desprovido de cultura, exceto o recém-nascido e o *homo ferus*; um, porque ainda não sofreu o processo de endoculturação, e o outro, porque foi privado do convívio humano.

Para os antropólogos, a cultura tem significado amplo: engloba os modos comuns aprendidos da vida, transmitidos pelos indivíduos e grupos, em sociedade (MARCONI e PRESOTTO, 2006, p. 21).

Referidas autoras em sua obra intitulada de “Antropologia: uma introdução”, abordam o termo cultura como sendo considerada a essência do ser humano, manifestando-se impossível dissociá-la do indivíduo, posto que, a mesma é a sua medula espinhal determinante da identificação enquanto ser sociável.

Consideram, ainda, que apenas os seres que não possuem ou ainda não possuíram contato com o coletivo é que podem ser considerados aculturados, tais como o recém-nascido e o que nunca teve contato com outro humano.

Seguindo esta linha de pensamento, as autoras trazem o conceito contemporâneo do que a doutrina antropológica entende como sendo cultura. Para elas:

Pelo visto, o conceito de cultura varia no tempo, no espaço e em sua essência. Tylor, Linton, Boas e Malinowski, consideram a cultura como ideias. Para Kroeber e Kluckhohn, Beals e Hoijer, ela consiste em abstrações do comportamento. Keesing e Foster a definem como comportamento aprendido. Leslie A. White apresenta outra abordagem: a cultura deve ser vista não como comportamento, mas em si mesma, ou seja, fora do organismo humano. Ele, Foster e outros englobam no conceito de cultura os elementos materiais e não materiais da cultura. A colocação de Geertz difere das anteriores, na medida em que propõe a cultura como um “mecanismo de controle” do comportamento (MARCONI; PRESOTTO, 2006, p. 23-24).

Nos moldes dos pensamentos já mencionados, o conceito de cultura não possui definição única e não está isento de divergências conceituais, já que a abordagem da mesma dependerá da cultura, ou seja, do modo de agir, pensar, comportamento, etc. de cada antropólogo.

Para a corrente majoritária dos estudiosos, tais como Laraia, Ribeiro, Abreu, Marcone, Presotto, dentre outros, a cultura é composta de ideias, comportamentos e abstrações. Tem-se que cada item que compõe a cultura pode ser conceituado como:

IDEIAS. Ideias são concepções mentais de coisas concretas ou abstratas, ou seja, toda variedade de conhecimentos e crenças teológicas, filosóficas, científicas, tecnológicas, históricas, etc.

ABSTRAÇÕES. Consiste naquilo que se encontra apenas no domínio das ideias, da mente, excluindo-se totalmente as coisas materiais.

COMPORTAMENTO. São modos de agir comuns a grupos humanos ou conjuntos de atitudes e reações dos indivíduos em face do meio social (MARCONI; PRESOTTO, 2006, p. 24).

Em essência, a explanação acima demonstra que a cultura possui como cerne características básicas: a integração entre as ideias, abstrações e o comportamento, onde existe correlação lógica entre os elementos, e que desembocam na forma de existir individualmente e coletivamente do homem.

Seguem as autoras argumentando que os componentes da cultura são:

CONHECIMENTOS. Todas as culturas, sejam simples ou complexas, possuem grande quantidade de conhecimentos que são cuidadosamente transmitidos de geração em geração.

CRENÇAS. Crença é a aceitação como verdadeira de uma proposição comprovada ou não cientificamente. Consiste em uma atitude mental do indivíduo, que serve de base à ação voluntária. Embora intelectual, possui conotação emocional.

VALORES. O termo valor, de modo geral, é empregado para identificar objetos e situações consideradas boas, desejáveis, apropriadas, importantes, ou seja, para indicar riqueza, prestígio, poder, crenças, instituições, objetos materiais etc. Além de expressar sentimentos, o valor incentiva e orienta o comportamento humano.

NORMAS. Normas são regras que indicam os modos de agir dos indivíduos em determinadas situações. Consistem, pois, em um conjunto de ideias, de convenções referentes àquilo que é próprio do pensar, sentir e agir em dadas situações.

SÍMBOLOS. Símbolos são realidades físicas ou sensoriais às quais os indivíduos que os utilizam lhes atribuem valores ou significados específicos. Comumente representam ou implicam coisas concretas ou abstratas (MARCONI; PRESOTTO, 2006, p. 27-30).

Em geral, todas as culturas, independente da quais sejam, possuem como peculiaridades os métodos organizacionais e fático dos componentes acima expostos, assim, cada cultura possui seus conhecimentos, crenças, valores, normas e símbolos, sendo diferenciadas das demais de acordo com referidos elementos personalíssimos.

A partir do que se entende por cultura e seus componentes diferenciadores e caracterizadores, é importante abordar a questão do relativismo cultural, que, por sua vez, pode ser definido como a diversidade cultural existente entre pessoas, em que se tem a adoção de conhecimento, valores, crenças, normas e símbolos de acordo com o ambiente em que o ser encontra-se inserido. Vejamos:

A posição cultural relativista tem como fundamento a ideia de que os indivíduos são condicionados a um modo de vida específico e particular, por meio do processo de endoculturação. Adquirem, assim, seus próprios sistemas de valores e sua própria integridade cultural.

Os padrões de valores certo ou errado, dos usos e costumes, das sociedades em geral, estão relacionados com a cultura da qual fazem parte. Dessa maneira, um costume pode ser válido em relação a um ambiente cultural e não a outro e, mesmo, ser repudiado (MARCONI; PRESOTTO, 2006, p. 30-31).

Seguindo a mesma linha de pensamento, o sociólogo Emille Durkheim (1895), aborda em seus estudos que a cultura do homem já está pré-estabelecida antes mesmo dele se inserir na mesma. Assim, os valores, crenças, normas, comportamentos, símbolos e conhecimento formam-se, primeiramente, em um contexto coletivo, para depois ser individualizado, ou seja, o homem adquire a cultura do meio em que se encontra inserido.

A partir dessa aquisição de cultura pelo meio em que se inserem, as autoras Marconi e Pressoto, conceituam aculturação como a junção de culturas diferentes e que resulta em uma terceira, e nova, cultura, sendo que ambas foram afetadas e mutiladas para a configuração da nova.

Para as especialistas, essa nova cultura envolve a alteração de traços significativos das duas culturas que se fundiram e culminaram com novas configurações. Assim, essa nova cultura envolve:

ASSIMILAÇÃO. A assimilação, como uma fase de aculturação, seria o processo mediante o qual os grupos que vivem em território comum, embora procedentes de lugares diversos, alcançam uma “solidariedade cultural”.

SINCRETISMO. Em religião, seria a fusão de dois elementos culturais análogos (crenças e práticas), de culturas distintas ou não.

TRANSCULTURAÇÃO. A transculturação consiste na troca de elementos culturais entre sociedades diferentes (MARCONI; PRESOTTO, 2006 p. 45-46).

Percebe-se que em solo brasileiro, com a chegada de povos europeus, houve e ainda há processo de aculturação, ou seja, fundiram-se as culturas oriundas da Europa, tal

como a escassez de banho pelos povos lusitanos (colonizadores), com a nativa (índios que aqui se encontravam), como, por exemplo, o nudismo e os banhos diários nos rios, o que resultou no surgimento da cultura brasileira.

Posto isso, nota-se, ao se analisar os povos indígenas, que os mesmos sempre foram marginalizados durante sua existência, já que desde a chegada dos colonizadores tentou-se catequizá-los, ensiná-los a língua portuguesa, bem como, tê-los como escravos e facilitadores da colonização por conta dos seus conhecimentos em solo brasileiro, o que por sua vez, deixa evidente o conflito com o metaprincípio constitucional intitulado de respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

Os indígenas possuem direitos tutelados pela Constituição Federal (como serão melhores detalhados), que, na maioria das vezes, não são respeitados, colocando-os em situação de supressão por grupos de maioria em razão da hipossuficiência cultural que alguns insistem em acreditar que existe.

De toda sorte, ganha relevo hodiernamente, multiculturalismo, o qual busca a compreensão e tutela de diversas culturas mundiais, respeitando, sempre, as particularidades de cada uma.

Inicialmente, é importante mencionar a tentativa de se conceituar multiculturalismo, que segundo Éltton Nunes, pode-se dizer que:

O conceito de multiculturalismo decorre do próprio entendimento do que seja cultura. Dar uma definição atual e abrangente de “Cultura” ainda é uma questão em aberto, sujeita a diversos enfoques e ideologias. A partir da definição clássica do antropólogo inglês (séc. XIX) Edward Brunett Tylor, os antropólogos americanos A. L. Kroeber e C. Kluckhohn, citam 164 definições de Cultura, desde “comportamento aprendido” até “ideais na mente”, “construto lógico”, “uma ficção estatística”, “um mecanismo psíquico de defesa”, entre outros. Segundo Laraia (1986/28), Tylor foi o primeiro a definir Cultura numa formulação do ponto de vista antropológico. Este definiu cultura como sendo todo o comportamento aprendido, tudo aquilo que independe de uma transmissão genética, como diríamos hoje (NUNES;ÉLTON, 2003, p.2).

Nesta breve reflexão acerca do conceito do multiculturalismo, deduz-se que para se aferir sua real ideologia, notória se faz a compreensão do conceito de cultura, conforme fora abordado anteriormente.

É importante registrar que no Brasil, país latino americano, onde houve e há miscigenação de diversos grupos, diversas são as culturas praticadas pelos povos, e que, para o conceito multicultural exposto, todas, indistintamente, deverão ser respeitadas a fim

de se garantir o respeito ao maior princípio Constitucional, qual seja, Dignidade da Pessoa Humana.

Diante de modificações estruturais sociológicas (econômicas, culturais, políticas, etc.) notórios são seus resquícios na entidade indígena, onde valores, princípios e filosofias de vidas foram modificados, verificando-se, atualmente, na maioria dos casos, certa espécie de mutação constitutiva.

Conforme nas linhas acima redigidas, é preciso reconhecer que em uma sociedade contemporânea, hodiernamente analisando, no grupo de interesses da maioria, politicamente falando, diferentes são as culturas adotadas pelos homens em toda a superfície mundial.

Fato este que comprova na existência social no pensamento moderno do multiculturalismo, onde se aceita e reconhece-se a existência de diversas e variadas culturas, crenças, princípios, valores, composições familiares, organizações sociais, políticas, econômicas e etc., entre os povos.

Corroborando com tal entendimento, Éltton Nunes afirma que:

Segundo McLaren (2000 93/94), a posição teórica central do Multiculturalismo é a de que as diferenças são produzidas de acordo com a produção e recepção ideológica de signos culturais. As diferenças não são obviedades culturais, tais como negro versus branco ou latino versus europeu ou anglo-americano, elas são construções históricas ou culturais. Os sistemas existentes de diferenças, que organizam a vida social de acordo com estruturas de dominação e subordinação devem ser reconhecidas. De acordo com McLaren (2000/197), precisamos colocar em foco a opressão “estrutural” nas formas de patriarcado, capitalismo e supremacia branca e superar essas dicotomias [...] (NUNES, 2003, p. 3).

A partir deste contexto multicultural, importante se faz a demarcação de classes da maioria opressora e da minoria oprimida. Assim, diante de todo arranjo societário, observa-se, em terras brasileiras, que um dos grupos da minoria é composto pela população indígena.

Para Marconi e Presotto (2006, p. 217), as comunidades indígenas, diante da multiculturalidade, acima abordada, possuem suas características peculiares, ou seja, diferenciadas da cultura do “homem branco”, sendo que tais características próprias residem nos aspectos biológico, lingüístico e cultural.

BIOLÓGICA. Etnicamente, o conjunto da população indígena brasileira pertence ao stock racial mongolóide, tendo, portanto, uma origem

comum, cujos caracteres físicos freqüentes entre eles os aproximam dos asiáticos: pigmentação da pele, olho mongólico, cor e forma dos cabelos, maçãs do rosto salientes, poucos pelos no corpo, etc. As diferenças são notáveis quanto à estrutura: uns são muito altos, como os Bororo (MT), antes do contato com os brancos; outros pequenos, como os Guató (MT). Quanto à cor da pele, varia do amarelo claro ao escuro (MARCONI, PRESETTO, 2006, p. 217).

A primeira característica abordada pelas autoras é a do determinismo biológico, em que os indígenas possuem traços físicos que permitem identificá-los como tais e pertencente à determinada tribo. Porém, o entendimento majoritário dos antropólogos não corrobora com o das autoras, ao passo que, independente da sua constituição celular ou fisiológica, o indivíduo pode ser considerado indígena ou não, pertencente a uma tribo ou de outra, basta observarmos a miscigenação. Outras deverão ser as peculiaridades analisadas.

O segundo traço analisado é a linguística. Observe:

Curt Nimuendajú, antropólogo alemão que dedicou sua vida aos indígenas brasileiros, elaborou um mapa etno-histórico do Brasil, no qual foram registradas 1.400 tribos pertencentes a 40 famílias lingüísticas. Seu levantamento abrangeu todos os grupos conhecidos desde 1.500. Em relação a toda a América, encontrou 900 línguas, no século XVI. Não se pode, assim, falar em unidade lingüística, nem para a América, nem para o Brasil. Fonética e gramaticalmente, as línguas diferem entre si. A cada cultura corresponde uma língua própria, que é falada por todos os grupos que a ela pertencem, mesmo estando distanciados uns dos outros (MARCONI; PERSETTO, 2006, p. 217).

A segunda característica é linguística, em que as autoras salientam não existir uma única linguagem indigenista, mas que, dependendo da cultura, região, costumes, contexto histórico, cada tribo ou agrupamento indígena possui seu vocabulário próprio.

Referido traço não pode ser o único a ser observado para se identificar o índio e diferenciá-lo dos demais homens, posto que, embora os Tribunais estejam entendendo que o índio que saiba ler e escrever a língua materna da nação seja integrado à mesma, os antropólogos discordam de tal pensamento. Para estes, é preciso mais que isso, como por exemplo, analisar sua cultura e autodeterminação, e não apenas sua linguística.

A terceira, e última análise, diz respeito à observância da cultura.

A heterogeneidade biológica e lingüística é acompanhada pela heterogeneidade cultural. Padrões e valores diferem essencialmente de uma família para outra e as diferenças culturais podem surgir mesmo

entre grupos pertencentes à mesma família lingüística. Pode ocorrer também que, em determinadas regiões, diferentes famílias, por influencias de contato, apresentem afinidades culturais (similitudes nos usos e costumes).

É possível, assim, agrupar as tribos em áreas culturais, onde os grupos localizados são classificados lingüística e culturalmente, uma vez que têm em comum alguns traços culturais. Steward, por exemplo, formulou uma classificação cultural que abrange toda a América do Sul (MARCONI, PERSETTO, 2006, p. 217).

A última característica aborda a cultura como determinante da condição indigenista, podendo a mesma enquadrar o nativo como membro integrante de determinada comunidade por ser sua cultura peculiar à tribo. Em relação à comparação entre cultura indígena e “branca”, segundo a maioria dos antropólogos, deverá ser o critério analisado para delimitar a integração do mesmo à sociedade civil. Análise esta que desemboca na responsabilização do nativo pelas leis vigentes em solo brasileiro.

Nesta seara, segundo o que dispõem as normas positivadas a respeito dos direitos indigenistas e da análise jurídica do seu comportamento, os envolvidos em conflitos/lides serão processados e julgados pelas leis dos “brancos” de acordo com sua integração à sociedade civil. Em contrapartida, o artigo 231 da CF/88, bem como, na Resolução da OIT de nº. 169 asseguram-se ao índio o respeito à crença, religião, cultura, e etc., não fazendo qualquer menção ao requisito de integração social.

Compreende-se que:

Conforme vimos no decorrer do texto, as concepções pluralistas e multiculturais são fundamentais na compreensão dos direitos indígenas. E mais: somente podemos tentar compreender os direitos dos povos indígenas ao reconhecimento de suas culturas a partir de uma visão pluralista e multicultural. E necessário ter bem claro que “a uma sociedade que não é una, não pode corresponder um único Direito” (SANTOS FILHO, 2006, p. 22).

Seguindo a linha de raciocínio do reconhecimento do multiculturalismo defendido pela Convenção da OIT de nº. 169, em ser artigo 8º, item ‘2’ dispõe:

Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio (SANTOS FILHO, 2006, p. 23).

Por tudo isso, cumpre ressaltar que os índios são detentores de cultura apartada e específica, não há nexos em se julgar pessoas culturalmente diferenciadas mediante a aplicação de normas elaboradas por e para o homem “branco”. Necessário se faz o reconhecimento do indígena como um cidadão especial, carecedor de normas especiais, e não gerais.

Inconcebível se torna a ideia de igualdade legal, material ou formal. Não basta que haja a igualdade formal, ou seja, moldar a norma diante de uma situação específica. É preciso que se criem normas específicas, direcionadas ao reconhecimento de maneira efetiva do povo indígena.

É lacônica a necessidade de se criarem normas jurídicas específicas reguladoras dos direitos indigenistas no caso de transgressão do direito, respeitando suas características próprias e reconhecendo, de maneira eficaz, suas necessidades específicas e reais, posto que, tal cultura não comporta mais ser dizimada por uma imposição normativa e cultural da maioria opressora.

Assim, ante ao propósito delimitado na presente dissertação, qual seja, aferir se a responsabilização penal do sujeito indígena respeita sua dignidade humana enquanto ser detentor de cultura diferenciada fez-se necessário compreender, *a priori*, a conceituação do índio, perfazendo-se diversas abordagens, tais como a legal e a antropológica, para, somente depois compreender a tutela indigenista em plano nacional, focando ao tema do direito penal, e âmbito internacional, tendendo seu olhar aos direitos humanos.

Nessa senda, no próximo capítulo estudar-se-ão as normas específicas que tutelam os direitos indigenistas, mais especificamente, na seara jurídica-penal e constitucional, a fim de se apurar a responsabilidade criminal dos mesmos.

CAPÍTULO 2 - TUTELA INDIGNISTA: UMA ABORDAGEM SOB O ENFOQUE DE NORMAS INTERNACIONAIS E PENAL-NACIONAL

A partir do momento em que se aborda o conceito e as representações do indígena no Brasil, é preciso que se volte o olhar às leis e normas que amparam o nativo no Brasil, bem como, o tratamento jurídico penal conferido aos mesmos, sob o enfoque da análise e determinação de sua culpabilidade. Tal enfrentamento é necessário para que se atinja o objetivo da presente pesquisa científica, a qual se concentra no sentido de se aferir a responsabilização penal do índio a partir da análise da culpabilidade do mesmo e, por conseguinte, a análise sob suas peculiaridades definidas em normas específicas.

2.1 Alguns atos internacionais

2.1.1 Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural

O termo ‘direitos humanos’ traduz-se a partir da espécie do homo sapiens (homens, mulheres, crianças, qualquer ser humano), enquanto os direitos traduzem-se naquilo que lhe é permitido ou garantido. Nesta seara, direitos humanos são direitos que o homem possui pelo simples fato de ser concebido como humano/pessoa (MORAES, 2007, p. 01-07).

É nato ao indivíduo, de maneira instintiva, esperar e merecer ser tratado como pessoa, ou seja, detentor de direitos personalíssimos, tais como o direito à liberdade de expressão e pensamento, vida, saúde, e o direito à isonomia entre os homens, dentre outros.

Todavia, existem várias espécies de direitos que, em sua maioria, aplicam-se apenas a determinado grupo social, como se verá. Entretanto, os direitos humanos são os únicos, no mundo, que se aplicam absolutamente a todos os sujeitos indistintamente, em outras palavras, são considerados universais.

Destarte, de acordo com a Organização das Nações Unidas - ONU, os direitos humanos encontram-se constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é um dos documentos reconhecidos e adotados mundialmente no tocante ao assunto. Assim, referida Declaração sofreu diversos embates até que se conseguisse sua implementação (ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, p. 01).

Posto isso, no início dos tempos, nota-se o surgimento e reconhecimento dos direitos humanos a partir do estudo do Cristianismo, na Idade Média, em que, os dogmas

religiosos sustentavam a igualdade e semelhança entre os homens. A partir de referidos pensamentos, desenvolveu-se, também ligada aos direitos humanos, a teoria do direito natural, em que o homem era visto como o centro do universo, e, a lei, por sua vez, deveria ser submissa e suprimida aos desejos divinos (ARINOS; QUADROS, 1967, p. 299-326).

Posto isso, para alguns autores, tais como os acima citados, o surgimento dos direitos humanos se deu com o advento do Cristianismo, onde a religiosidade dissipava a ideologia do exercício do reconhecimento do outro como sua imagem e semelhança, reconhecendo assim, sua dignidade enquanto sujeito.

A partir dos dogmas religiosos, reconheceu-se como inerente a todo ser humano, em razão de sua condição humana, direitos que nascem junto dele, ou seja, direitos naturais, e que a norma divina é quem reconheceu tais direitos.

Entretanto, na Idade Moderna, reformulou-se a teoria natural até então adotada, passando a mesma a retirar o condão da supremacia divina, e reconhecendo a liberdade a todo homem, ao passo que, todos nasceriam detentores de alguns direitos próprios (ARINOS; QUADROS, 1967, p. 299-326).

Nota-se que em âmbito mundial, os direitos humanos tiveram seu surgimento com a promulgação e entrada em vigor da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), proclamada em território Francês, que, por conseguinte, possuía como base sustentadora a intelectualidade, pois a conscientização e a luta por direitos inerentes aos homens eram e são movimentos intelectuais; o universalismo, pois os direitos deveriam ser notados e respeitados em todo o mundo; e o individualismo, já que a Declaração aborda apenas direitos dos indivíduos, e não os coletivos, tais como a liberdade de associação, reunião, etc. (COMPARATO, 2006, p. 32).

Assim, visualiza-se que em plano documental, o autor acima mencionado reconhece como surgimento dos Direitos Humanos a promulgação, no ano de 1789, da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, em que se buscava o reconhecimento dos direitos natos a todo homem, já que, existe apenas uma raça no mundo, que é a raça humana.

A declaração reconheceu, em dezessete artigos, direitos fundamentais, entre eles os da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e da anterioridade da lei penal, princípio da presunção de inocência, liberdade religiosa e a livre manifestação do pensamento. Ela era um ato de reconhecimento de direitos naturais e por isso não criava e nem rememorava direitos (BREGA FILHO, 2002, p. 11).

Posto isso, nota-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão representou significativo avanço em relação aos direitos inatos aos sujeitos, de qualquer época e lugar no contexto mundial.

Aos poucos, tais medidas tornaram-se notórias em todo o mundo, e percebeu-se que as pessoas seguiam regras próprias, inerentes à essência humana, mesmo sem qualquer positividade das mesmas (ARINOS; QUADROS, 1967, p. 299-326).

Evidencia-se a real importância de referida declaração, já que, em plano documental, foi o primeiro instrumento capaz de assegurar direitos inerentes à condição humana, independente de sua localização geográfica, e suas peculiaridades.

Entretanto, o documento mais conhecido e mais abrangente acerca dos direitos humanos é fruto do surgimento da ONU no ano de em 1945 após a Segunda Guerra Mundial, com o intuito de garantir e resguardar a paz em todo o mundo (ARINOS; QUADROS, 1967, p. 299-326).

Após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, entendeu-se que a proteção dos direitos fundamentais não poderia ficar adstrita a cada Estado, pois tais direitos eram transcendentais, havendo no caso um interesse internacional. Assim, em meados do século XX, surge o “Direito Internacional dos Direitos Humanos” e o “seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”.

Inspirada por tais pensamentos e destinada a fornecer base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estado em defesa da paz mundial, em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem (BREGA FILHO, 2002, p. 16).

Nessa senda, o artigo primeiro da Declaração supramencionada afirma que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, Art. 01).

Referido entendimento é fruto de embates mundiais os quais visavam e visam erradicar a exploração e preconceito entre os povos, almejando à promoção da igualdade, fraternidade, liberdade e dignidade dos homens, assegurando, ainda, os direitos humanos a todos os sujeitos, indistintamente.

Segue entendimento do renomado autor Celso Mello:

O direito internacional dos direitos humanos pode ser definido como o conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento de sua personalidade e estabelecem mecanismos para a proteção de tais direitos (2001, p. 33).

Desta feita, conceituado doutrinador compreende que os direitos humanos devem ser observados como um apanhado de normas que, por sua vez, reconhecem e tutelam direitos e garantias básicas do homem, e que, promovem a busca e o desenvolvimento de sua essência enquanto ser humano, qual seja, sua personalidade.

Destarte, diversidade cultural e seu respeito são dogmas existentes no rol dos direitos humanos, posto que diversidade cultural pode ser simbolizada e materializada por meio das incontáveis culturas que existem entre os povos, tal como, vestimentas, linguagens e dialetos, religiões, alimentação, crenças, costumes, entre outras formas (ONU, 1948).

Ao se falar em direitos humanos, ou seja, direitos inerentes aos homens, não se pode olvidar em aceitar a diversidade de culturas, pois se estaria negando a própria existência humana diante da miscigenação cultural dos povos.

Nesse sentido, a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura), no ano de 2001 aprovou a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, que, por sua vez, entrou em vigor em 2002, com a finalidade de reconhecer, preservar e respeitar as diferentes culturas existentes no mundo, tal como a cultura indigenista.

Dentre os principais enfoques trazidos pela Declaração, cita-se:

Artigo 1 – A diversidade cultural, patrimônio comum da humanidade. A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras (UNESCO, 2002).

Desta feita, tal artigo traz o reconhecimento da diversidade cultural como patrimônio humanitário, informando que referida diversidade materializa-se nas diferentes identidades caracterizadores dos grupos sociais, sendo que tais diferenças devem ser preservadas a fim de se resguardar a presente e as futuras gerações.

Dentre outros aspectos mais relevantes, cita-se:

Artigo 4 – Os direitos humanos, garantias da diversidade cultural A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. [...] (UNESCO, 2002).

Diante da citação acima feita, a compreensão paira no sentido de que o respeito às diversas manifestações culturais é simbolizada pela consideração ao próprio indivíduo e a sua dignidade humana, ao passo que, referida Declaração invoca a defesa dos grupos minoritários, oprimidos e discriminados, tal qual, o indígena.

Nesta seara, segue o documento dispondo que:

Artigo 5 – Os direitos culturais, marco propício da diversidade cultural Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes. O desenvolvimento de uma diversidade criativa exige a plena realização dos direitos culturais, tal como os define o Artigo 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos e os artigos 13 e 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Toda pessoa deve, assim, poder expressar-se, criar e difundir suas obras na língua que deseje e, em particular, na sua língua materna; toda pessoa tem direito a uma educação e uma formação de qualidade que respeite plenamente sua identidade cultural; toda pessoa deve poder participar na vida cultural que escolha e exercer suas próprias práticas culturais, dentro dos limites que impõe o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais (UNESCO, 2002).

Diante disso, verifica-se que a diversidade cultural é espécie do gênero reconhecido como Direitos Humanos, e que, como dito acima, assegura a cada indivíduo o direito de exercer sua personalidade/existência cultural da maneira como melhor lhe convir desde que não viole aos Direitos Humanos e fundamentais, e, em contrapartida, exige-se do Estado, bem como da população, o respeito e a tutela da mesma.

Por todo o exposto acerca da Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural (UNESCO, 2002), observou-se que a mesma não trabalha a questão indígena de forma explícita. Todavia, a partir do momento que se reconhece diversos grupos etnográfico detentor de culturas diferentes tem-se o reconhecimento e proteção dos nativos, como um grupo menor, frágil, oprimido e discriminado mundialmente.

A partir da ideia de reconhecimento pode se desdobrar um conceito de intersubjetividade aonde formas diferentes de sociabilidade vão surgindo no decorrer dos próprios conflitos em torno do reconhecimento, nas quais as pessoas ao mesmo tempo afirmam sua subjetividade autônoma e reconhecem-se na sua pertença comunitária. Ou seja, a relação constitutiva entre identidade pessoal e a práxis cultural e as instituições é entendida não como relação instrumental ou relação de dependência orgânica, substantiva, do indivíduo com a comunidade, mas como relação reflexiva de reconhecimento recíproco. O reconhecimento permite uma reconciliação, sempre passível de revisão, quando for o caso, entre diferença e identidade (WERLE, 2004, p.52).

Nesse sentido, nota-se que o reconhecimento surge como figura de luta contra a discriminação e segregação social. Assim, segundo Nancy Fraser (2001), o reconhecimento é considerado o remédio para o combate à injustiça social.

A segunda maneira de compreender a injustiça é cultural ou simbólica. Aqui a injustiça se radica nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação. Seus exemplos incluem a dominação cultural (ser submetido a padrões de interpretação e comunicação associados a outra cultura, alheios e/ou hostis à sua própria); o ocultamento (tornar-se invisível por efeito das práticas comunicativas, interpretativas e representacionais autorizadas da própria cultura); e o desrespeito (ser difamado ou desqualificado rotineiramente nas representações culturais públicas estereotipadas e/ou nas interações da vida cotidiana) (FRASER, 2001, p. 232).

De acordo com a autora acima citada, o reconhecimento efetivo dos grupos que se encontram em contextos diferentes daqueles considerados dominantes, precisam ser reconhecidos para que seus direitos enquanto seres humanos sejam concretizados. Com referido reconhecimento, evita-se a dominação cultural, o ocultamento e o desrespeito, conforme demonstrado acima.

Nessa senda, vê-se que, embora a Constituição Federal em seu artigo 231 assegure aos indígenas a tutela, o reconhecimento e a prática de seus valores, cultura, crenças, etc., nota-se, ainda, que os mesmos encontram-se segregados e marginalizados socialmente, e até legalmente, já que, a Constituição Federal fez a previsão de tais práticas, no entanto, não evidenciou parâmetros de efetivação das mesmas, o que culminou com a insegurança existencial dos índios.

Por fim, cumpre ressaltar que no âmbito do processamento e julgamento penal relativo aos indígenas, leva-se em conta o disposto no artigo 4º, de referida Declaração, o qual dispõe ao final do seu artigo 4º que: “[...] Ninguém pode invocar a diversidade

cultural para justificar a violação dos direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para restringir o seu âmbito (UNESCO, 2002)”.

Assim, percebe-se que de acordo com referida Declaração, os direitos culturais indígenas devam ser preservados e respeitados, no entanto, quando as práticas, mais especificamente penais, forem contrárias aos direitos humanos, não poderão as mesmas ser toleradas, o que, por sua vez, aponta certa limitação da cultura em razão de princípios que são considerados fundamentais ao homem.

Diante de tais omissões e precariedades entrou em vigor, no ano de 2004 no Brasil, por meio da Lei de n. 5.051 de 2004, a Convenção de n. 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais, que por sua vez, assegura o reconhecimento específico de tal grupo, como se verá a seguir.

2.1.2 Convenção 169 da OIT após EF/88 1989

A OIT- Organização Internacional do Trabalho, considerada uma agência da ONU, foi criada em 1919, cujo lema é a efetivação da justiça social por meio da promoção de oportunidades trabalhistas isonômicas e dignas a todos os sujeitos, e para que isso aconteça é preciso que o empregado, empregador e o governo estejam em constante diálogo, com o intuito de se assegurar, acima de qualquer outro direito, o respeito à Dignidade Humana. Sobre esse flanco, surgiu a primeira Convenção da OIT inerente aos sujeitos indígenas sob o n.º. 107, a qual foi substituída posteriormente pela Convenção 169 (OIT, 2015).

Assim, a OIT é a referência mundial sobre pesquisas, estudos e estatísticas inerentes à seara laboral, sendo que, no ano de 1989, em uma de suas conferências, foi aprovada a Convenção supramencionada, a qual é relativa aos povos indígenas e tribais.

Desta feita, a Convenção 107 de 1957 (que antecedeu à Convenção 169) é a primeira a inovar quanto aos direitos indigenistas, a qual determinava a implementação de políticas públicas que integrassem os nativos à sociedade civil, preferencialmente pela educação e pelo trabalho, independente da preservação da cultura desses povos ou não (OIT, 1957).

Posto isso, sustenta-se que referida Organização foi pioneira no âmbito trabalhista em disciplinar os direitos inerentes à condição indígena, ao passo que, trouxe em seu rol de direitos o reconhecimento diferenciado a sujeitos detentores de cultura diferenciada.

Para alguns antropólogos, nota-se que tal Convenção, visando ao liberalismo econômico, possuía como principal função o aumento da mão-de-obra da sociedade, dizimando assim, a cultura indígena. Observe texto da Convenção:

Artigo 6º A melhoria das condições de vida e trabalho das populações interessadas e de seu padrão educacional terá alta prioridade nos programas gerais de desenvolvimento econômico das regiões por elas habitadas. Os projetos específicos de desenvolvimento econômico de tais regiões deverão ser igualmente elaborados de maneira a favorecer esta melhoria (ONU, 1957).

Referida Convenção foi refutada pelos defensores dos direitos indígenas e, assim, a OIT, por meio da pressão de referidos estudiosos, reconheceu que era preciso revisar seus textos normativos, o que culminou com a redação da atual Convenção, qual seja, Convenção 169, aprovada em 1989, entrando em vigor no Brasil apenas em 2003 com o Decreto Legislativo de n.143 de 2003.

Nesta seara, a Convenção 169 é fruto do pensamento contrário ao fato de serem os nativos inferiores ao homem da sociedade civil, identificando e evitando que os mesmos permaneçam como alvo de violações aos direitos humanos, as quais ceifam suas dignidades no ambiente laboral, como, por exemplo, situações de escravidão.

Desta feita, pautados no combate à escravidão dos nativos, a OIT lançou-se nessa jornada de editar uma nova Convenção em combate às situações vivenciadas pelos silvícolas em todo o mundo.

Posto isso, o atual acordo (169/ 1989), revitaliza importantes pontos já abordados no ano de 1957, entretanto, inova em outros aspectos, assegurando direitos a esses povos, tais como o direito a terra, educação, liberdade de expressão, participação, entre outros. Direitos esses que foram positivados como direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 (OIT, Convenção nº 169, 2015).

Ao adotar a Convenção de nº. 169 sobre povos indígenas e tribais, a convenção observou que em muitas partes do mundo estes povos não gozam dos direitos humanos fundamentais na sua mesma proporção que o resto da população, reconhecendo suas aspirações e assumirem o controle de suas próprias instituições, seu modo de vida e seu desenvolvimento econômico. A nova Convenção consiste em uma revisão de normas anteriores da OIT, especialmente da Convenção nº. 107, de 1957, e se aplica aos povos indígenas em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros setores da coletividade nacional e aqueles povos considerados indígenas por sua natureza (ROBINSON, 2004, p. 76).

Destarte, os Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil, após a emenda constitucional de n. 45 seguem a nova redação do §3º do artigo 5º da CF de 1988: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (Constituição Federal, art. 5º, § 3º).

No entanto, se referidos Tratados não passarem por referido quórum, o mesmo deverá possuir natureza de norma supralegal, ou seja, superior à lei ordinária, e abaixo da Constituição Federal.

Em contrapartida, se os referidos Tratados ou Convenções foram assinados antes da emenda constitucional já citada, possuirão os mesmos, natureza supralegal, ou seja, encontrar-se-ão em um nível abaixo da Constituição Federal e acima da lei ordinária.

Nesta seara, cumpre ressaltar que o Brasil ratificou a Convenção 169 da OIT no ano de 2002 (Decreto Legislativo 143) e que entrou em vigor em 2003, ou seja, anterior à Emenda supramencionada (2004), informando-se, ainda, que referida Convenção obteve inserção no Brasil por meio de votação equiparada à aprovação de lei ordinária (maioria simples), por isso seu reconhecimento como norma supralegal.

Entretanto, segundo entendimento de Flávia Piovesan independente do quorum de aprovação, todo Tratado de Direitos Humanos, deverá ser reconhecido como materialmente Constitucional.

Observa-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº. 45/04 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o quorum dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um turno único de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto.

Reitera-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo bloco de constitucionalidade.

[...] tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao § 3º do art. 5º da CF têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. (PIOVESAN, 2008, p. 223-224).

Seguindo essa linha de estudo, o Min. Celso de Mello dispõe, no seguinte voto, que:

Tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais. [...] Isso significa, portanto, examinada a matéria sob a perspectiva da “supralegalidade”, [...], que, cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes hão de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República (RHC 90.450-5/MG, julg. 23.09.2008, in DJU de 06.02.2009) (grifo do autor) (BRASIL, 2008).

Assim, ressalta-se que para os entendimentos dos Tribunais pátrios a Convenção 169 da OIT, merece e deve ser analisada sob o flanco de norma supralegal, pois retirar esse status e equipará-la às leis ordinárias subestimaria seu valor internacional.

Senão vejamos em julgamento, pelo STF, de Recurso Extraordinário 343.703-1/2008, em que o Relator foi o Ministro Gilmar Mendes:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva um lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) (BRASIL, 2008, p. 1).

Nesta senda, vê-se que para o STF, as normas anteriores à EC de n. 45 de 2004, quando não ratificadas por quorum de emenda constitucional, não merecem ser equiparadas materialmente à Constituição Federal, configurando, assim, sua natureza de norma supralegal. Entendimento este que é combatido por Flávia Piovesan.

No entanto, corroborando Flávia Piovesan afirma que:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Tal interpretação é consonante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, no dizer de Jorge Miranda, a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê (PIOVESAN, 2003, p. 58).

De todo modo, segundo a autora, tal Convenção deve ser interpretada como materialmente Constitucional, o que, gera seu respeito às normas Constitucionais, e sua prevalência em caso de conflito com normas infraconstitucionais, como por exemplo, o Estatuto do Índio.

Continua a autora prelecionando que:

Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do direito brasileiro (PIOVESAN, 2010, p. 53).

Assim, verifica-se que para Piovesan, mesmo sendo anteriores à Emenda Constitucional de 2004 (n. 45), os acordos internacionais que são relativos às normas fundamentais ou direito humanos, devem ser equiparados às normas constitucionais. Devendo, assim, a Convenção 169 da OIT ser considerada materialmente constitucional.

Diante do texto da Convenção 169, compreende-se que a mesma tutela o respeito e a participação dos indígenas em relação à sociedade civil; respeito à religião, cultura, seara econômica, identidade, forma de organização social e realização de consulta aos nativos em caso de políticas que os afetem direta ou indiretamente, ou seja, a sua forma de existir e suas peculiaridades étnicas (OIT, 169).

Como mencionado acima, um dos direitos assegurados pela norma abordada é o direito à consulta prévia aos nativos, ou seja, antes de se tomar decisões que afetem os

indígenas, é preciso que se ouçam os mesmos ou o seu órgão representativo, qual seja, FUNAI (OIT, 169).

Assim, visualiza-se que tal lei (Convenção 169) permite aos povos tribais que pressionem o poder público a fim de se efetivar a implementação de seus direitos assegurados pelas normas pátrias ou internacionais as quais o Brasil esteja vinculado.

Nota-se que o direito inovador trazido pela Convenção de 169 é a consulta prévia, senão vejamos:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (BRASIL, 2004).

Verifica-se a inovação legislativa neste aspecto, pois não havia positivado tal direito de consulta aos indígenas ou povos tribais. Assim, sempre que houver atuação estatal que reflita nesses grupos sociais, é preciso que haja consulta prévia aos mesmos, pautadas na boa fé e com a finalidade de se atingir um acordo entre Estado e nativos.

Hodiernamente, não se encontra com efetividade a consulta prévia em terras brasileiras, todavia, o Estado no ano de 2012 criou um Grupo de Trabalho Interministerial, que possui a finalidade de iniciar os procedimentos para a efetivação de tal consulta (ROBINSON, 2004, p. 75-80).

Segundo informações disponibilizadas no site do PAD- processo de articulação e diálogo³:

³ O PAD - Processo de Articulação e Diálogo é uma rede formada por seis agências ecumênicas europeias de distintos países e por diversas entidades parceiras no Brasil, representantes de movimentos sociais, entidades ecumênicas e organizações não governamentais (ONGs), atuantes na Amazônia, nas regiões Nordeste, Centro-Oeste, Sul e Sudeste. Atualmente o PAD é composto por 165 organizações parceiras no Brasil, distribuídas da seguinte forma: Setorial de Entidades Ecumênicas, Setorial de Movimentos Sociais e Setorial de Organizações não Governamentais. Disponível em: <www.pad.org.br>, acesso em: 08 de fev. de 2015.

Para Eneias da Rosa, representante do Projeto Conjunto de Monitoramento, "o processo de regulamentação da convenção 169 da OIT é uma necessidade para que de fato se possa levar a cabo a participação efetiva e democrática dos indígenas e quilombolas ante assuntos e ações de interesse público que envolvam estas populações e seus direitos de forma direta e indireta". Ele faz uma ressalva: "Lembremos que a Convenção 169 da OIT, assim como outros pactos e documentos internacionais são autoaplicáveis quando ratificados pelos Países. Isto significa dizer que mais importante que a regulamentação em si é o seu cumprimento de fato, respeitando aquilo que for estipulado entre as partes envolvidas, claro objetivo de preservar e garantir os direitos das populações envolvidas".

Lucia destaca que o direito à consulta não depende da regulamentação para ser aplicado. "A regulamentação pode dar diretrizes mais claras para sua aplicação, mas a necessidade de consulta já existe. Os povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais já vem lutando para que esse direito seja respeitado, contando com o apoio de, entre outros parceiros, do Ministério Público Federal. Mas os casos envolvendo as hidroelétricas de Belo Monte e do Tapajós (além de muitos outros com menor repercussão) mostram que ainda há muito o que se avançar para que o direito seja de fato respeitado", explica a coordenadora da CPI (PAD, 2015, p.1).

Diante do que foi citado acima, percebe-se que no Brasil ainda não há a efetividade à consulta aos povos indígenas, no entanto, referido caminho é de suma importância para que os povos indígenas sejam respeitados dentro do que preconiza a Constituição Federal, a Convenção 169 da OIT, bem como o multiculturalismo e o respeito à diversidade etnográfica.

Importante se faz o respeito a referida normatização, cujo grupo de trabalho é pertencente ao governo federal, sendo que sua coordenação (feita pela Secretaria Federal da Presidência e o Ministério das Relações Exteriores) possui como foco promover a interação com o público alvo da Convenção e o Estado, ou seja, promover a regulamentação de tal norma.

Nessa esteira, o direito penal indígena não encontra texto exposto no corpo de referida Convenção, no entanto, da leitura do seu texto, pode-se compreender que tal texto disciplina que é direito dos índios manterem suas crenças, cultura e costumes, até mesmo na aplicação das sanções penais aos membros tribais. Se não bastasse, a Convenção impõe ao Estado a obrigatoriedade de respeitar os costumes indígenas ao sancionar o índio.

Por fim, importante mencionar que a falta de tal regulamentação tem gerado conflitos que culminam com assimetrias de fatos, posto que, não se tem a segurança social

inerente aos povos nativos, a qual, por sua vez, é assegurada por tal norma, bem como pela Constituição Federal.

Outro ponto relevante da Convenção é a regulamentação entre os índios e a terra ocupada por eles.

A Convenção reconhece a relação especial que os indígenas têm para com as terras e territórios que ocupam ou utilizam de alguma forma e, em particular, os aspectos coletivos desta relação. É reconhecido o direito de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser tomadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de usar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais tenham tido tradicionalmente acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Os direitos desses povos aos recursos naturais existentes em suas terras deverão ser especialmente protegidos, compreendendo o direito a participar do uso, administração e conservação desses recursos. A Convenção estabelece que os povos indígenas e tribais não devem ser removidos das terras ou territórios que ocupam. Quando, excepcionalmente, a remoção e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só deverão ser efetuados com o seu consentimento, dado livremente e com pleno conhecimento de causa. Sempre que possível, esses povos deverão ter o direito de regressar às suas terras tradicionais tão logo deixem de existir as causas que motivaram sua remoção e reassentamento. Dever-se-á prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada em suas terras. A Convenção inclui outros aspectos como a contratação e condições de trabalho, formação profissional, promoção do artesanato e atividades rurais, previdência social, saúde, educação, contatos e cooperação através das fronteiras (ROBINSON, 2004, p. 76).

Desta feita, percebe-se que a Convenção defende o direito aos indígenas quanto às terras ocupadas pelos mesmos, preconizando que não deverão ser removidos de tais locais, e se assim forem, deverão ser reassentados com o seu consentimento e ciência do fato que gerou tal conduta.

Seguindo ao que foi disposto na Convenção 169 da OIT, a ONU, no ano de 2006 aprovou a Declaração mundial a respeito dos direitos pertencentes aos povos indígenas, que por sua vez passou a vigorar no ano seguinte a todos os países integrantes da mesma, conforme se verá adiante.

2.1.3 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Desde o surgimento da humanidade o homem vem desenvolvendo armas para sua sobrevivência. O tempo passou e junto a ele a tecnologia bélica gerou diversos conflitos

por incontáveis razões. Todavia, o ser humano parece esquecer ou não se importar com os resultados desses confrontos, tais como fome, miséria, dor, mortes e destruição (FREITAS, 2007, p. 83).

Dessa forma, no ano de 1945, mais especificamente em 24 de outubro, foi criada uma instituição chamada de Nações Unidas, conforme já mencionado, com representação mundial, cuja principal preocupação e atual é a promoção da paz mundial, desenvolvimento econômico, segurança em âmbito internacional, progresso social, desenvolvimento e efetividade dos direitos humanos, dentre outras funções (FREITAS, 2007, 83).

Desta feita, com o fim da II Guerra Mundial, criou-se referida organização, com o intuito, além do acima citado, contribuir para com as relações amigáveis entre os países que a compusesse. Apesar de não se garantir a efetividade a todos os direitos reconhecidos por meio de suas Declarações, o que se tenta é a diminuição das desigualdades entre os povos mundialmente. Segue-se aquela ideologia de Aristóteles que se fundamentava no tratamento desigual de pessoas desiguais.

Tal organização era composta, inicialmente, por cinquenta e um países, os quais, por sua vez, foram afetados, direta ou indiretamente, pela Segunda Guerra Mundial. Em referida época a principal preocupação da Organização era a de evitar um novo conflito armado, como outrora ocorreu. Hodiernamente, a ONU- Organização das Nações Unidas é composta por cento e noventa e dois países, dentre eles, cita-se como Estados-membros o Brasil, China, Rússia, Estados Unidos, dentre outros (SANTOS FILHO, 2006, p. 61-63).

Por se tratar de norma mundial (Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas), optou-se por abordá-la antes de quaisquer outras, independente de ordem cronológica. Desta feita, a Declaração supramencionada foi aprovada em 29 de junho de 2006 e publicada em 2007, após incontáveis debates que se iniciaram no ano de 1982, pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU.

Referida Declaração, em sede de Brasil, não possui *status* de lei, entretanto, pelo país ter se mantido conivente com o teor do documento em votação para aprovação, o mesmo é considerado basilar para edição de normas nacionais, bem como para análise fática dos litígios envolvendo a cultura indígenista.

Nota-se, como é o objetivo do presente trabalho, que referida Declaração, no corpo do seu texto é omissa quanto à responsabilização penal do índio, abordando, de maneira clara, o respeito à diversidade etnográfica, cultural, crença, valores, costumes, práticas, linguajar, etc. (ONU, 2007)

Neste diapasão, o corpo da legislação reconhece os indígenas como pessoas iguais às outras, porém, com peculiaridades próprias, o que gera o direito ao respeito de tais características. Observe:

Afirmando que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o direito de todos os povos a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais, reconhecendo a necessidade urgente de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas estruturas políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e de sua concepção da vida, especialmente os direitos às suas terras, territórios e recursos (ONU, 2007).

Nos termos do referido trecho, nota-se que o intuito inicial da Declaração é preservar a cultura em razão da opressão e discriminação que a parcela pertencente à sociedade civil tem e pratica em detrimento dos nativos.

Segue o texto ratificando o entendimento em respeito à diversidade cultural.

Artigo 4

Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

Artigo 5

Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado (ONU, 2007).

Diante disso, afere-se que tal dispositivo reconhece o direito dos indígenas à autodeterminação, ao passo que autoriza aos mesmos o direito, caso queiram, de participarem da vida civil, política, econômica e cultural da sociedade que não detém os traços indigenistas.

Embora não traga explicitamente a responsabilização penal do indígena, diante da leitura da Declaração, percebe-se que a mesma está em consonância com a Constituição Federal Brasileira de 1988, a qual, por sua vez, assegura e traz como dogma jurídico o respeito e a tutela à cultura indígena, conforme se verá mais especificamente no tópico correlato às Constituições nacionais.

De toda sorte, nessa ótica, no artigo 8º da presente Declaração, dispõe que “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário” (ONU, 2007).

Destarte, ao se responsabilizar penalmente um sujeito indígena, é preciso ponderar acerca dos seus costumes e valores, não podendo os mesmos serem dizimados pela dominação normativa da sociedade comum.

Seguindo este pensamento, Raquel Deboni Franco em seu trabalho de conclusão de curso em Direito, apresentado à Rede Metodista de Educação do Sul- IPA em Porto Alegre-RS, 2006, sustentou que:

Em fevereiro de 2008, representantes dos povos indígenas reuniram-se em Brasília para debater sobre os reflexos da Declaração da ONU em seus direitos. No encontro foi redigida a Carta de Brasília, que assim expressa em seu item 4º:

Ressaltamos que esta Declaração foi uma conquista dos nossos povos e organizações e não uma dádiva dos Estados, que precisam adequar as suas estruturas e políticas de relação para com os nossos povos, superando o autoritarismo, o paternalismo e a mentalidade monocultural, homogeneizante, que até hoje os impede de respeitar a nossa diversidade étnica e cultural (FRANCO, 2006, p. 28).

Posto isso, pode-se dizer que a Declaração das Nações Unidas Sobre o Direito dos Povos Indígenas de 2007, representa, mundialmente, segurança jurídica, mesmo que não legal, aos povos brasileiros, pois a principal preocupação da mesma é assegurar a preservação e o respeito à diversidade cultural dos povos.

A partir dos estudos das normas regulamentadoras em plano internacional, necessário se faz o estudo das normas nacionais (constitucionais e infraconstitucionais), ao passo que se inicia o estudo pelas Cartas Superiores, ou seja, pelas Constituições brasileiras, desde o surgimento e vigência da primeira até a atual de 1988.

2.2 Legislação nacional

2.2.1 O Índio nas Constituições Brasileiras: breves apontamentos

Dentro do cenário nacional, inicia-se o estudo legislativo indigenista a partir das normas Supremas, quais sejam as Constituições brasileiras. Assim, durante os 500 anos de Brasil, o ser indígena, por muitos, foi e é visto como espécie em extinção, diante da ideologia integracionista do mesmo à sociedade civil (FREITAS, 2007, p. 125).

Nesta senda, ao se analisar o caminho percorrido pelas constituições nacionais, observa-se que a maioria delas se mantiveram omissas e preconizadoras de direitos limitados no que é relativo aos agrupamentos indígenas. Isto posto, Os nativos eram

enquadrados, como já foi explicitado, em amigos e inimigos, o que justificava a escravidão dos mesmos no período colonial.

Ressalta-se que a primeira Constituição Nacional foi a do império em 1824, onde Dom Pedro I realizou a outorga da mesma, ou seja, não teve participação do povo na sua redação e aprovação, sendo que no aspecto inerente aos índios, a mesma se manteve integralmente omissa (BRASIL, Constituição do Império, 1824).

Vê-se que na redação da primeira Constituição brasileira, que por sua vez foi autoritária, não houve disposição específica quanto aos direitos indígenas, vez que, como já abordado anteriormente, o governo e a sociedade civil acreditavam que os nativos era uma classe social em transição, e que, em questão de curto lapso temporal seriam incorporados à sociedade comum, o que, por sua vez, ensejava uma não preocupação legal quanto a esse grupo de minorias.

A primeira disposição legal sobre os indígenas foi o Ato Adicional de 1824, onde se assegurava a catequização e civilização dos mesmos: “entre as competências legislativas das províncias, obtém a tarefa de catequese e civilização dos indígenas” (BRASIL, 1824, art. 11).

Posteriormente, em 1891, a Constituição Republicana foi promulgada, todavia não fez qualquer menção aos direitos dos grupos indígenas, ao contrário, incentivava o aumento das áreas de colonização.

Art. 63: uma lei do Congresso Nacional distribuirá aos Estados certa extensão de terras devolutas demarcadas à custa deles, fora da zona da fronteira da República, sob cláusula de as povoarem, e colonizarem dentro em determinado prazo, devolvendo-se, quando essa ressalva se não cumprir, à União a propriedade cedida.

A governamentalidade inspiradora da norma é evidente; quanto às suas conseqüências nocivas para as populações indígenas (MIRANDA; BANDEIRA, 1992, p. 50).

Apenas no texto Constitucional de 1934 há a inserção de pequenos direitos aos nativos. Assim, a norma possuía como foco a integração dos mesmos à sociedade civil, como disciplinava o “Art. 5º. Compete privativamente à União [...] legislar sobre: [...] m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (BRASIL, 1934, art. 5º).

Outro direito reconhecido pela Constituição acima citada é inerente à posse de terras ocupadas permanentemente pelos índios, porém, era proibida a venda das mesmas a quaisquer pessoas (*idem*).

Desta feita, em iminência de acontecer a Segunda Guerra Mundial, e diante do Regime Ditatorial instalado no Brasil, o Congresso Nacional fora destituído e junto a ele, revogou-se a Constituição de 1934, fato este que deu lugar à próxima Carta, qual seja, de 1937(SANTO FILHO, 2006, p. 39).

Assim, no momento histórico acima ressaltado nota-se que os direitos indígenas não foram tutelados de maneira efetiva pelo governo brasileiro, sendo que, fora concedido aos mesmos, apenas a posse das terras, já que a propriedade pertenceria aos seus senhores. Desta feita, nota-se, o surgimento de um dos maiores problemas indígenas contemporâneos, qual seja, a falta de segurança quanto a fixação desse povo em determinada região, ficando a critério de o Estado alocá-los em regiões que melhor convém a este.

Em referido texto normativo, a despeito dos indígenas, Getúlio Vargas não previu no corpo normativo qualquer significativa disposição aos nativos, assim como, aos demais setores etnograficamente diversificados. A única passagem, breve, a respeito dispunha que: “Art. 15º - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas” (BRASIL, CF., 1937, art. 15).

Diante da citação acima realizada, afere-se a compreensão de que na Constituição de 1937, persistiu o pensamento de que os nativos formavam uma categoria que em breve seria incorporada à sociedade civil, dando ênfase, apenas, às questões agrárias, já mencionadas na norma anterior, o que, por ora, fomenta a compreensão da marginalização desses povos, pois, em uma sociedade mercantil que se instalou, não possuindo, os mesmos, propriedade de terras (mas apenas as posses) eles não poderiam comercializar propriedade para suas moradas (pois o que recebiam como pagamento de sua força de trabalho não era suficiente), perpetuando, assim, a sua segregação social.

No ano de 1945, Vargas foi deposto e extinguiu-se o período do Estado-Novo, por conta da insatisfação populacional com seu regime autoritário, e a partir de referida época, houve a redemocratização do Brasil e a vigência de nova Constituição Federal (1946) (REZENDE, 2009, p. 23-27).

No dia 29 de outubro de 1945, os militares que apoiaram o golpe de 1937 encerram a ditadura do Estado Novo e depõem Getúlio Vargas, há 15 anos no poder. Inicia-se a transição para o regime democrático em 2 de dezembro com a realização das primeiras eleições depois de tão longo período de ilegalidade constitucional. O general Eurico Gaspar Dutra, eleito presidente da República, toma posse em 31 de janeiro de 1946. Os

deputados (286) e senadores (42) que vão compor a Assembléia Constituinte tomam posse e iniciam os trabalhos preparatórios a partir de 1º de fevereiro. Sem nenhum anteprojeto para subsidiar um novo texto constitucional, os trabalhos constituintes, soberanos, tem início no dia 1º de fevereiro de 1946 e a Constituição Federal é promulgada no dia 19 de setembro de 1946 - a 5ª da nossa história e a 4ª da República.

Em meados de setembro de 1946, os constituintes assinavam a nova Carta na Mesa do plenário da Câmara dos Deputados. Começava aí a quarta República, um período de quase 20 anos de liberdade política e pluripartidarismo, interrompido pelo golpe militar de 1964. Após 15 anos de regime autoritário (1937-1945), os deputados e senadores constituintes aprovaram uma Constituição que restabelecia os Três Poderes da República e aperfeiçoava princípios da primeira Carta republicana (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2015, p.01).

Diante do que foi acima citado, entende-se que a nova fase nacional buscava o restabelecimento da democracia no Brasil, ao passo que se buscava a liberdade política, o pluripartidarismo, a divisão do Estado em três funções, bem como o aperfeiçoamento dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade.

A Constituição de 1946 é considerada a mais democrática do país (até então), pois a mesma ampliou e criou direitos políticos participativos que não existiam, por exemplo, a liberdade para a constituição de partidos políticos (REZENDE, 2009, p. 23-27).

Seguindo a linha de raciocínio, referida Constituição fez parte, também, da República Federativa do Brasil, onde foi eleita, por alguns estudiosos, tal como Rezende, a mais democrática, até o presente momento, em razão de alguns direitos reconhecidos à população, já que, anteriormente a ela, o Brasil passou por um período de oito anos de governo ditatorial (Estado Novo).

Neste diapasão, a respeito dos direitos indigenistas, tal diploma normativo também não trouxe mudanças com repercussão incisiva na sociedade, já que continha em número escasso a quantidade de artigos inerentes aos tribais, disciplinando que a União é legitimada para legislar sobre "a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional" (art. 5º, XV, "r") e que "será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se acham permanentemente localizados, coma condição de não a transferirem" (BRASIL, CF, 1946, art. 216).

Frisa-se que o significado da terminologia "golpe militar" pode ser traduzida como a tomada do governo, geralmente violenta, do poder por militares, implementando-se, assim, a ditadura militar a um povo (FREITAS, 2007, p. 44-49).

Desta feita, no ano de 1961, o até então presidente Jânio Quadros renunciou ao governo, e então o seu vice, João Goulart (Jango), assumiu o poder. Por tal fato, alguns

militares, diante da estreita afeição entre Jango e os Comunistas, ameaçaram a tomada de poder (FREITAS, 2007, p. 44-49).

Informa-se que após a renúncia de Jânio Quadros, alguns membros de determinados setores sociais, cita-se o setor burguês, se opôs à posse do vice-presidente, Jango, alegando que o mesmo possuía posturas condizentes com a linha governamental esquerdista. Referida recusa gerou uma onda de movimentos de resistência à sucessão governamental.

Todavia, alianças foram formadas entre governos, militares e membros do Congresso, o que favoreceu o governo de Jango de 1961 a 1964. Durante referido lapso temporal, como já explanado, os militares sentiram-se ameaçados pelo caráter nacionalista e democrático defendido pelo presidente, e por tal fato, organizaram um Golpe de Estado (BARBOSA, 2001).

Seguindo essa linha de pensamento, no dia 01 de abril de 1964 Jango foi deposto e o presidente da Câmara dos Deputados (Ranieri Mazzili) assumiu no dia seguinte o governo federal. Diante desse contexto nacional, os militares sentiram a necessidade de uma nova Constituição (REZENDE, 2009, p. 23-27).

Por razões já demonstradas, o golpe buscava retirar do poder um presidente considerado esquerdista, o que culminou com o abandono de Jango à Presidência. Nota-se que referido golpe de Estado foi tendencioso a atender os interesses da elite burguesa, como por exemplo, os industriais, latifundiários, banqueiros e militares, em temor à instalação do modelo socialista no Brasil.

Posto isso, no ano de 1967, mais precisamente em quinze de março, entrou em vigor a Constituição Brasileira, a qual foi semi-outorgada, já que a Assembleia existia, mas elaborou nova constituinte sob pressão dos militares (REZENDE, 2009, p. 23-27).

Em relação aos indígenas, a nova Constituição dispunha que: "Art. 186 – “É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes" (BRASIL, 1967, art. 186).

Todavia, o seu artigo 4º, IV, trazia que as terras ocupadas pelos índios eram pertencentes à União:

Art 4º - Incluem-se entre os bens da União:

I - a porção de terras devolutas indispensável à defesa nacional ou essencial ao seu desenvolvimento econômico;

- II - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, que sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;
- III - a plataforma submarina;
- IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;
- V - os que atualmente lhe pertencem (BRASIL, 1967).

Outra característica de referida norma era a manutenção da ideologia inerente à incorporação dos silvícolas à comunhão universal. Ideia esta trazida pelo art.8º, XVII, ‘o’:
“Compete à União: [...] legislar sobre: [...] o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (BRASIL, 1967, Art. 8º).

Referida norma Constitucional, não inovou na seara dos direitos indigenistas, ao contrário, tratou-os como meros trabalhadores braçais das terras que ocupavam, não possuindo suas titularidades, e obrigados a aceitarem sua integração à sociedade civil, que outrora os colonizou.

Assim, no ano de 1969 por força da Emenda Constitucional de nº. 1, os Ministros Militares que estavam no comando da presidência da república, alteraram o texto da Constituição Federal nacional de forma outorgada (sem participação popular).

A prática é que uma Emenda altere apenas alguns dispositivos legais aos quais a mesma se destina. Fato este que não se confirmou com a norma de 1964, pois com referida emenda, novo texto entrou em vigor integralmente. Por isso, alguns entendem que é uma nova Constituição Federal, enquanto outros preferem dizer que se tratou, apenas, de uma alteração legislativa.

Assim como abordado acima, o foco da presente análise é inerente apenas aos direitos indígenas, e nesta seara, referida emenda, ou nova Constituição, manteve-se exatamente igual ao que dispunha a Constituição de 1967, alegando que as terras ocupadas pelos índios pertenciam à União (art. 4º, inc. IV), e que referido ente estatal era o único legitimado para legislar sobre os nativos, sendo que estes deveriam ser integrados à comunidade nacional (BRASIL, Constituição Federal, art. 8º, inc. XVIII, alínea “o”, 1988).

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.
§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio (BRASIL, 1969).

Afere-se a compreensão de que todas as Constituições, que fizeram menção aos direitos indigenistas, anteriores à de 1988, traziam em seu bojo questões condizentes às terras ocupadas pelos silvícolas e aos recursos existentes nelas, bem como a integração dos mesmos à sociedade civil, sendo que era/é competência da União legislar sobre o assunto.

Grande avanço aos povos indígenas e tribais foi a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, em que os mesmos receberam atenção especial no Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo VIII (dois índios), englobando os artigos, 215, 216, 217, 231 e 232, bem como, artigos esparsos no próprio corpo textual (BRASIL, Constituição Federal de 1988, 2015).

Referida norma mantém alguns direitos já positivados pelas Cartas anteriores, mas inova no quesito do reconhecimento e respeito à diversidade étnica dos povos. Conforme disciplina Roberto Lemos dos Santos Filho:

Continua a estabelecer que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas pertencem à União (art. 20, inc. XI), e determina a competência exclusiva da União para legislar sobre populações indígenas (art. 22, inc. XIV). Em Capítulo específico (atrs. 231 e 232), reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Prevê o dever da União em demarcar as terras indígenas e protegê-las, fazendo respeitar todos os seus bens. Define como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, bem como as utilizadas para suas atividades produtivas e as imprescritíveis à proteção dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (SANTOS FILHO, 2006, p. 45-46).

Diante da demonstração trazida pelo autor citado, referido corpo Constitucional manteve o que já era positivado quanto à competência para legislar sobre direitos indígenas. No entanto, determinou que é da União em caráter exclusivo. Sustentou, novamente, que as terras ocupadas pelos mesmos pertencem a tal ente estatal, bem como, deve o mesmo demarcar e proteger tais terras (BRASIL, Constituição Federal de 1988, 2015).

No quesito inovação aos direitos indigenistas, como dito outrora, referido texto inseriu em seu aporte positivista o respeito à diversidade cultural, aos costumes, às crenças, à linguagem, e às tradições, o que, ainda, não era reconhecido pela Constituição Federal (BRASIL, Constituição Federal de 1988, 2015).

Nesta senda, os artigos 215 a 217 e 231 desse referido dispositivo legal reconheceram o nativo, como ser diferente, e garantiram a proteção a esta diferença. Desta feita, estar-se-á diante da fomentação e respeito ao princípio da alteridade, ou seja, o direito de ser diferente dos demais membros da sociedade e não aceitação de imposição de uma cultura diferente da sua. Assim:

A CF/88- que reconhece o índio como ‘diferente’, sem que essa ‘diferença’ possa ser confundida com ‘incapacidade’ e que reconhece a ‘capacidade’ do índio para ingressar em juízo na defesa de seus direitos, sem depender da intermediação-alterou substancialmente a natureza do regime tutelar indígena: primeiro, esse regime passou a ter natureza exclusivamente ‘protetiva’; segundo, passou a ter estatura ‘constitucional’. Portanto, esta ‘proteção constitucional’ está protegida de ataques pela via do processo legislativo ordinário (BARRETO, 2003, p. 43).

Evidencia-se que a atual Constituição Federal apregoa a política da interação entre os povos etnicamente diferenciados, e não mais a integração dos nativos à sociedade civil, não os considerando categoria transitória, mas sim detentores do direito ao seu reconhecimento como ser dotado de existência diferenciada.

Por fim, vale frisar que até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o indígena era considerado categoria em transição, e por isso, as normas não disciplinaram nada em específico quanto aos seus direitos na esfera penal. Desta feita, apenas com a atual Constituição foi reconhecido aos mesmos a possibilidade de existirem enquanto sujeitos diferenciados, e de demandarem o respeito de todos em razão dessa diversidade. Assim, para essa norma, compreende-se que o direito penal brasileiro deverá obedecer ao disposto na Constituição Federal, mais especificamente no corpo do artigo 231, que, por sua vez, garante o exercício das crenças, costumes e culturas.

Cumprê salutar que o Estatuto do Índio prevê políticas divergentes das abarcadas nesta Constituição, por exemplo, a integração dos povos trazida pelo Estatuto, o que não merece prosperar, pois, normas infraconstitucionais contrárias à Constituição Federal não serão recepcionadas por esta. Conforme se verá no próximo item.

2.3 Breve análise da lei 6.001 de 1973 (Estatuto do Índio)

Durante a vigência da Constituição de 1969, melhor dizendo, após a Emenda Constitucional de n. 1, que alterou o texto da Constituição de 1967, foi promulgada a Lei de nº. 6.001, em 1973, a qual ficou mais conhecida como Estatuto do Índio. Assim, de maneira inovadora, os indígenas passaram a ser tutelados por legislação própria, sendo que referida lei, dispõe acerca da relação entre o indígena e a sociedade como um todo, inclusive em relação ao Estado.

Vale frisar que este Estatuto tem como base o princípio trazido pelo Código Civil de 1916, onde os nativos eram considerados relativamente incapazes, demandando tutoria de entidade estatal (FUNAI) para que seus direitos fossem tutelados, enquanto permanecessem desintegrados da sociedade.

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.
§ 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

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.

Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos (BRASIL, 1973).

Assim, a atual Constituição retira do ordenamento jurídico referida compreensão, ao passo que, assegura aos indígenas o direito ao reconhecimento de sua cultura, conforme fora demonstrado no tópico acima.

A partir da leitura sistêmica desta norma, compreende-se que sua ideologia embasadora é condizente com a integração do nativo à sociedade, de maneira harmônica e progressiva, fato este que se observa da leitura do primeiro artigo textual: “Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (BRASIL, Lei n. 6.001, 1973, artigo 1º).

Nesta senda, no corpo dos sessenta e oito artigos são abordadas questões relativas à terra, cultura, educação, linguagem, saúde, sanção penal, dentre outros objetos de estudo, sendo que todas as análises são voltadas à integração do índio à sociedade.

Em 19.12.1973, editou-se a Lei 6.001, conhecida como Estatuto do Índio, disciplinando as relações do Estado e da sociedade civil brasileira com os índios. Constituída por sessenta e oito artigos, divididos em sete títulos, essa lei regula a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e “integrá-los”, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional (art. 1º).

O diploma em comento, que permanece em vigor naquilo que não contrasta com a Constituição de 1988 e com a Convenção 169/OIT, que serão examinadas adiante, regula os direitos civis e políticos dos índios. Trata da assistência ou tutela, do registro civil e das condições de trabalho dos indígenas; cuida das terras dos índios, dos bens e rendas do patrimônio indígena, da educação, cultura, saúde dos índios, e prevê normas penais a eles aplicáveis (SANTOS FILHO, 2006, p. 44 – 45).

Ressalta-se que a presente lei traz em seu bojo o conceito de índio, o qual já foi refutado no capítulo anterior, classificando-o, também, quanto à sua integração social, subdividindo-os em isolados, integrados e em vias de integração.

Desta feita, no artigo 4º do presente instituto, os índios isolados são aqueles que se encontram em grupos desconhecidos ou que possuam contatos esporádicos com a sociedade civil; aqueles que são enquadrados como em vias de integração detêm contato com agrupamentos diferentes, no entanto, mantém sua cultura, aceitando práticas e costumes externos à sua cultura; e por fim, o índio integrado é aquele que já se encontra inserido na comunhão nacional, exercendo seus direitos, no mínimo, civis, embora estejam em plena manutenção de suas crenças, culturas, valores, etc. (BRASIL, 1973).

Aludida classificação se faz de suma relevância para o estudo que se abordará adiante a respeito da responsabilização penal dos indígenas, a qual, leva, erroneamente, em consideração o seu grau de integração à comunhão nacional.

Nota-se que o critério da integração para responsabilização penal, resta por frustrado com a implementação da atual Constituição Federal, que, por sua vez, dá ênfase ao multiculturalismo. Em razão disso, e das necessidades sociais, desde meados de 1991 tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei que visa adequar o estatuto à Constituição Federal. Todavia, até a presente data não há aprovação do mesmo, e o texto do Estatuto dos Índios mantém-se em choque com a Constituição Federal.

O Estatuto do Índio completa 39 anos em 2012. A lei está em vigor desde 1973, mas na opinião de especialistas já foi superada pela Constituição de

1988, que deu maior autonomia aos povos indígenas principalmente para escolher de que forma serão incluídos na sociedade.

O historiador Antônio Brand acredita que é necessário um novo estatuto que determine como será o acesso dos povos indígenas brasileiros às terras, saúde e educação. Já o sociólogo Paulo Cabral afirma que leis não resolvem problemas e que é preciso mais prática (CAMPOS JUNIOR, 2012, p.01).

Conforme citado acima, o Estatuto é a lei própria conferida aos indígenas, no entanto, seu metaprincípio, que orientou a redação de todos os seus sessenta e oito artigos, é a promoção da integração dos mesmos à sociedade civil. Ideologia esta que foi rechaçada com a entrada em vigor da atual Constituição Federal.

Por fim, cumpre ressaltar que no quesito da tutela jurídica penal conferida aos indígenas, disciplinada na Lei 6.001 de 1973, as disposições são relativas à atenuação da pena de acordo com a integração do mesmo à sociedade civil (Artigo 56), bem como, as penas que forem aplicadas como detenção ou reclusão, deverão, quando possível, ser cumpridas em regime de semiliberdade (BRASIL, Lei 6.001/73, parágrafo único do artigo 56).

Já o artigo 57 do mesmo dispositivo legal elenca que as penas aplicadas pelos grupos tribais serão aceitas, desde que não possuam traços de tortura ou crueldade e não se tolere a pena de morte, ou seja, os dois ordenamentos (tribal e da sociedade nacional) são aceitos e serão abordados no próximo capítulo.

Posto isso, importante se faz a intervenção legislativa a fim de se reformular e atualizar tal Estatuto de acordo com as normas máximas, para que haja efetividade na proteção e tutela dos índios, alteração esta que já foi proposta, mas ainda não aprovada, conforme se verá adiante.

Sintetizando o que foi exposto no presente tópico, resalta-se que referida lei dispõe de Título próprio inerente ao direito penal indígena, qual seja, Título VI, dividido em dois capítulos.

O primeiro capítulo contém os artigos 56 e 57, em que se aborda que a fixação da pena observando o grau de integração do silvícola, bem como, as determinações que as penas reclusão e detenção deverão ser fixadas, quando possível, em regime de semiliberdade.

Resguarda-se, também, a possibilidade de os grupos tribais aplicarem suas sanções aos índios transgressores de direitos dos nativos, desde que referidas penas não

sejam contrárias aos direitos humanos, tampouco, cruéis, de tortura, infamante e pena de morte.

No corpo do artigo 58, disciplinam-se as condutas que são consideradas crimes contra os índios e a cultura indígena. No entanto, como este não é o objeto de estudo do presente trabalho, não se faz relevante abordá-los.

Por fim, no artigo 59, elucida-se que o sujeito não índio que praticar crime contra índio não integrado ou contra a comunidade indígena, deverá ter sua pena aumentada de um terço.

Seguindo esta análise, nota-se que o Estatuto do Índio que se encontra em vigor em solo brasileiro se mantém fragmentado em relação à matéria de processamento e julgamento dos indígenas, no entanto, novos projetos foram apresentados, os quais apresentam mudanças neste quesito. Assunto este que será discutido no próximo tópico.

2.4 Projeto de reformulação do Estatuto do Índio – Estatuto das Sociedades Indígenas

Diante dos conflitos existentes entre a Constituição Federal e o Estado do Índio (Lei 6.001 de 1973), houve, e ainda há necessidade de se reformular o mesmo, já que sua contradição constitucional culmina com a falta de tutela efetiva, o que gera, por sua vez, insegurança jurídica aos povos nativos.

Assim, permanece em discussão no Congresso Nacional o projeto de Lei de nº. 2.057 de 1991, o qual pretende reformular os artigos do Estatuto, adequando-os aos ditames Constitucionais e à Convenção 169 da OIT, bem como, atendendo a real necessidade de reconhecimento e proteção indigenista.

Até o ano de 1992, outros dois projetos foram encaminhados à Câmara de Deputados para que ocorresse a alteração da lei em comento, e para análise dos três textos, criou-se Comissão específica para o assunto. Assim, no ano de 1994 o primeiro projeto de alteração foi aprovado por referida comissão, no entanto, não obteve andamento (REZENDE, 2009, p. 39).

No corpo da justificativa do projeto de Lei demonstra-se o seu real objetivo:

O presente projeto visa a reformulação da Lei nº 6.001/73, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. O seu pressuposto básico é a Constituição de 1988, que instituiu uma série de mudanças nas regras que definem as relações entre a sociedade e o Estado -nacionais e as sociedades indígenas

em nosso território. Os direitos reconhecidos na nova Carta são direitos especiais e coletivos, na medida em que se referem a sociedades distintas, organizadas segundo usos, costumes e tradições próprias, e ocupantes de seus respectivos territórios, não obstante serem os seus integrantes portadores dos direitos individuais garantidos aos demais cidadãos brasileiros. Trata-se, portanto, de regulamentar esses direitos especiais e coletivos, complementando-os naquilo que a Constituição foi, e teve que ser, omissa, sempre com base nos novos parâmetros de relação entre índios e o direito brasileiro. Por isso mesmo, este projeto não é mera adaptação ou reformulação tópica da Lei 6.001/73, mas antes de tudo, uma nova lei cuja tônica principal é a sociedade indígena (BRASIL, 1991).

Diversas são as propostas de alteração da Lei nº. 6.001 de 1973, porém a de maior repercussão é a acima citada, de autoria do ex-deputado Aloízio Mercadante, possuindo diversas emendas e substituições de artigos por conta das alterações legislativas, bem como, quatro projetos anexados ao seu corpo textual (BRASIL, 1991).

Analisando o presente projeto, afere-se a compreensão de que alguns artigos tiveram seu conteúdo repetido, mas, a maioria do corpo textual sofreu alteração para que houvesse adequação dos mesmos ao texto Constitucional. Nota-se tal modificação quando se observa a conceituação de sociedade indígena sob o prisma da antropologia (artigo 29 do projeto) e não mais sob critérios raciais (BRASIL, 1991).

Em relação à capacidade civil dos indígenas, tem-se que, de acordo com o Estatuto de 1973, artigo 4º, III, em casos de não serem os mesmos não integrados, deveriam ter tutela, representação ou assistência de órgãos Federais - FUNAI, ou seja, não possuíam capacidade civil plena.

No entanto, tal incapacidade não foi recepcionado na promulgação da Constituição Federal de 1988, artigo 232, que reconheceu aos sujeitos nativos sua capacidade processual direta.

Quanto ao Código Civil, no de 1916 (art. 6º) os silvícolas eram considerados relativamente incapazes. No entanto, no ano de 2002, com o novo Código, os mesmos foram retirados da redação do corpo dos artigos, sendo conferido, pela norma infraconstitucional, o *status* de capazes.

Nessa seara, outra mudança significativa trazida pelo projeto, em relação ao Estatuto do Índio, é relativa à capacidade indigenista, ao passo que, para o novo Estatuto, os nativos deixam de ser considerados relativamente incapazes, apenas pelo fato de serem índios, para a feitura de atos da vida civil. No entanto, em razão da diversidade étnico

cultural e da sua fragilidade social, os mesmos demandam tutela especial quanto aos seus direitos.

Dispõe o Projeto que, por serem detentores de capacidade civil plena, assim como qualquer outro cidadão, os bens patrimoniais dos mesmos passam a ser geridos pelos próprios indígenas (BRASIL, 1991).

Posto isso, vê-se choque entre o Estatuto do Índio vigente, e as normas Constitucionais, bem como com o Código Civil em vigor, o que demonstra a necessidade de aprovação do Projeto ou alteração da Lei 6.001 de 1973.

Seguindo esta vertente normativa, o projeto traz proteção ao direito autoral, bem como, à propriedade cultural, artística e científica indigenista, não podendo suas práticas culturais serem utilizadas para fins mercadológicos sem a autorização da comunidade que a pratique, podendo, apenas, usá-las em proveito do seu grupo comunitário (BRASIL, 1991).

No que se refere às terras indígenas, dispõe o Projeto do novo Estatuto que:

No tocante a terras, o projeto baseia-se exclusivamente no conceito estabelecido pela Constituição de 1988 para definir um processo de reconhecimento, cujo objetivo é evitar as constantes alterações sofridas pelos decretos do Poder Executivo que já regulamentaram a matéria, em detrimento dos direitos e interesses indígenas, gerando indefinições que, ao longo do tempo, acirraram mais e mais os conflitos existentes em torno das áreas indígenas. o novo processo administrativo de demarcação pretende ser ágil e democrático, prevendo a publicidade de cada ato e a concreta participação dos interessados, além do recurso imediato à apreciação do Poder Judiciário em caso de divergência ou, simplesmente, como via alternativa de obtenção do reconhecimento formal. O projeto prevê ainda a demarcação imediata de todas as terras já identificadas - pelo órgão indigenista, afastando assim a necessidade de refazimento dos processos administrativos que resultaram em propostas concretas de delimitação de áreas, as quais apenas não se efetivaram em função da inação de outras instâncias do Poder Público. Sendo o processo administrativo de demarcação de terras apenas um processo de reconhecimento, não há que se pensar que o advento de uma nova lei torne necessária a repetição dos trâmites formais já contemplados pela legislação anterior. Ainda sobre terras, este projeto visa criar mecanismos que visam assegurar a garantia desses direitos por parte do Poder Público (BRASIL, 1991).

Nota-se que o projeto possui como interesse a proteção ao meio ambiente, desenvolvendo práticas que assegurem ao desenvolvimento sustentável, assim como, amparem os silvícolas de intervenções sociais que tendem a explorá-los economicamente (BRASIL, 1991).

No entanto, no tocante ao tema proposto na presente dissertação, salienta-se que o projeto reconhece e defende a existência de jurisdição específica aos direitos indígenas em caso de processamento e julgamento dos mesmos, ao passo que legitima e dá ênfase ao dispor que as relações indígenas serão regulamentadas por seus usos e costumes.

Outro aspecto relativo à pesquisa está disciplinado no artigo 90 e 91 do mesmo, onde dispõe que:

Art. 90 - Nos processos criminais contra índios, o juiz ordenará a realização de perícia antropológica, que determinará o grau de consciência da ilicitude do ato praticado, para efeito da aplicação do disposto no Artigo 21 do Código Penal.

Parágrafo único - As penas de detenção e reclusão serão cumpridas em regime aberto, preferencialmente na aldeia em que vive o índio.

Art. 91 - Os crimes definidos neste capítulo são imprescritíveis e serão processados e julgados pela Justiça Federal (BRASIL, 1991).

Diante da citação acima, visualiza-se a falta de adequação do critério determinante da responsabilização penal indigenista, em razão da dispensabilidade do exame antropológico em caso de convencimento subjetivo do juiz, porém, tal fato será detalhado em tópico específico.

Outra inovação é quanto ao cumprimento das penas pelos indígenas, a qual deverá, para o projeto, ser executada, de preferência, nas aldeias em que os índios alojam-se. Ideia diferente daquela trazida pela Lei 6.001 a qual traz no artigo 56, parágrafo único que as penas deverão ser 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” (BRASIL, 1973).

Nessa senda, dispõe o Projeto de Lei do Senado 236/2012 (Reforma do Código Penal): “Art. 216. É isento de pena o indígena que pratica o fato em função dos valores culturais de seu povo”, ou seja, segundo o disposto no projeto, haverá o crime, no entanto o mesmo não será punido pela prática do mesmo em razão de suas peculiaridades (BRASIL, 2012).

Posto isso, compreende-se a plenitude fática do artigo acima citado, ao passo que, o mesmo reconhece a ausência de pena quando não existir a consciência delituosa da prática (erro de proibição inevitável) em virtude de suas práticas culturais, assim, excluir-se-á a culpabilidade do agente.

Quando se fala em individualização da pena, no Projeto de Reforma do Código Penal de 2012, traz em seu artigo 215, §1º, a inovação quanto ao direito de cumprir a pena

privativa de liberdade em regime aberto em local indígena federal mais próximo ao local de domicílio do condenado. Senão vejamos:

Art. 215. Condenado o indígena por infração penal o juiz considerará, na aplicação da pena, as peculiaridades culturais do réu e as circunstâncias do cometimento do crime.

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

[...] (BRASIL, 1973).

Embora diversas alterações foram propostas para se resguardar interesses indigenistas, até o presente momento, referidas mudanças não foram aprovadas pela Câmara dos Deputados, o que resulta na manutenção da Lei 6.001 de 1973 e sua aplicação naquilo que não for contrário à Constituição Federal, que por sua vez, encontra-se omissa ou superficial em alguns pontos, por exemplo, na responsabilização penal indigenista e o respeito à multiculturalidade.

A partir do que se analisou quanto à legislação específica aos indígenas, passa-se à abordagem da legislação penal de forma geral e, por conseguinte, sua aplicação aos nativos, já que, o cerne da presente dissertação paira nesta questão.

2.5 A Responsabilidade Penal Indigenista

2.5.1 Direito Comparado

No presente tópico buscar-se-á redigir breves apontamentos acerca do direito penal conferido aos povos indígenas em dois países. Ressalta-se que foram selecionadas leis penais dos países que possuem maiores representatividades na questão da responsabilização penal dos grupos indigenistas. Nessa senda, serão explanadas as normas do Peru e Bolívia.

Ressalta-se que serão abordadas apenas as questões relativas ao tema proposto, vez que, tornar-se-ia inviável trabalhar todos os direitos inerentes à condição indígena nos referidos países, por isso, focou-se o estudo apenas na questão da responsabilidade penal dos mesmos.

2.5.1.1 Peru

Inicialmente, aborda-se o direito penal indígena disciplinado no país peruano, pois referido país trabalha essa questão de forma vultosa. Assim, tal legislação trouxe inovações em comparação ao seu antigo Código Penal que datava de 1924.

Desta feita, no anterior Código Penal peruano, havia disciplinação da responsabilidade penal indigenista em seus artigos 44 e 45.

Sendo que:

O art. 44 estabelecia que, tratando-se de delitos perpetrados por selvagens, o juiz deveria levar em conta sua situação especial, podendo substituir a pena de prisão por colocação em colônia penal agrícola, por tempo indeterminado, não excedendo de 20 anos. A segunda parte do indigitado artigo permitia ao juiz, desde que cumpridos dois terços da pena que seria prevista ao crime cometido por um homem civilizado, e desde que o selvagem houvesse assimilado os valores da vida civilizada, conceder a liberdade condicional. A terceira parte do art. 44 previa que o poder executivo deveria estabelecer condições para que os selvagens colocados em colônias penais pudessem ser organizados de forma a, no menor tempo possível, adaptarem-se ao meio jurídico do país (REZENDE, 2009, p. 56).

Diante da citação acima, vê-se que o ordenamento penal peruano dispunha, em seu Código Penal anterior que o índio que cometesse delitos, ao se julgar, poderia ser sentenciado com prisão em colônia agrícola, a depender de sua condição peculiar. Todavia, poderia o magistrado conceder liberdade condicional quando cumpridos 2/3 da pena, bem como, o nativo tivesse incorporado os valores do homem não índio.

Nesse diapasão, vê-se que no antigo ordenamento mencionado, uma das intenções da norma é a incorporação do sujeito indígena à sociedade civil, não promovendo, assim, a interação do mesmo, mas sim, forçando-o a integrar à sociedade comum.

Seguindo essa linha de pensamento, o artigo 45 da norma em comento, disciplinava que:

O art. 45, por sua vez, cuidava dos crimes perpetrados por índios semi-civilizados ou degradados pela servidão e pelo alcoolismo, determinando ao juiz que levasse em conta o desenvolvimento mental, o seu grau de cultura e costumes para reprimi-los, ou ainda, para substituir a pena por colocação em colônia penal agrícola (REZENDE, 2009, p. 56)

Visualiza-se que, em referido artigo citado, as penas a serem aplicadas ao indígena, deveriam considerar a sua imputabilidade, o grau de sua cultura e os costumes praticados por seu povo, restando a alternativa ao magistrado de apená-lo com inserção em colônia penal agrícola.

Entretanto, referido Código Penal não se encontra mais em vigor no país abordado, sendo que, vigora, atualmente o Código de 1991, que, por sua vez, trouxe significativas mudanças em relação ao tema da responsabilidade penal indigenista.

Assim, o corpo do art. 15 é explícito acerca do erro de compreensão culturalmente condicionado quando o indígena for processado e julgado. De todo modo:

O seu art. 15, acolhendo a posição sustentada por Eugenio Raul Zaffaroni, dispõe sobre o erro de compreensão culturalmente condicionado, estabelecendo que aquele que, em razão de sua cultura ou de seus costumes, comete um fato punível sem compreender o caráter delituoso do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento, será eximido de responsabilidade penal, ou ainda, terá a sua pena atenuada se, pelas mesmas razões, tiver diminuída a sua possibilidade de compreensão ou autodeterminação (REZENDE, 2009, p. 56).

Diante da citação acima, percebe-se que a reformulação do Código Penal peruano promoveu importante mudança de olhar acerca da questão proposta, onde o nativo deverá ser observado e julgado levando-se em consideração as suas práticas culturais e costumes, o que, poderá culminar a sua irresponsabilidade penal, ou, a diminuição da pena a ser aplicada.

Outro artigo significativo no dispositivo em apreço é o artigo 45, que:

Além deste dispositivo, o artigo 45 também aproveita ao índio ao estabelecer que o juiz, no momento de fundamentar e determinar a pena, deverá levar em conta a cultura e os costumes do condenado. A atual legislação peruana parece ter abandonado o critério da inimputabilidade do índio para tratá-lo através do erro culturalmente condicionado, e também a partir do critério de individualização da pena considerando aspectos próprios da cultura indígena (REZENDE, 2009, p. 56-57).

Seguindo essa linha de pensamento, dispõe o Código em seu artigo 45 que o magistrado, ao julgar questões penais indígenas deverá pautar-se, ao aplicar a pena, na cultura e costumes do sujeito, considerando e observando a possibilidade do erro culturalmente condicionado, ou seja, desfaz-se o reconhecimento do índio como inimputável.

Referido posicionamento normativo é condizente com o pensamento da referida autora, o que, será melhor detalhado em tópico específico no presente trabalho, no entanto, ressalta-se que o nativo não pode ser considerado inimputável por apenas ser detentor de cultura diferenciada daquela adotada pela sociedade civil.

A partir do que se analisou em relação ao Código Penal do Peru, importante se faz a análise das normas criminais bolivianas, em razão da representatividade e quantidade de índios localizados em seu território, e o conseqüente tratamento legal para os crimes cometidos por esses.

2.5.1.2 Bolívia

Em razão da grande quantidade de sujeitos indígenas em referido país, importante se faz a análise da responsabilidade penal dos mesmos. Posto isso, o antigo Código Penal boliviano de 1973, abordava em alguns de seus artigos a questão da inimputabilidade indígena.

Nesta senda:

O Código Penal Boliviano, de 1973, cuidava expressamente do índio em seus art.s 17, n. 5, 18 e 40, n. 4. O n. 5 do art. 17 estabelecia ser inimputável o índio selvagem que não tivesse nenhum contato com a civilização. O at. 18, por sua vez, cuidando da semi-imputabilidade, facultava ao juiz atenuar a pena ou aplicar a medida de segurança mais conveniente ao índio cuja incapacidade derivasse de sua inadaptação ao meio cultural boliviano e de sua falta de instrução. Já o n. 4 do art. 40 estabelecia uma atenuante ao indígena carente de instrução que ignorasse a lei (REZENDE, 2009, p. 57).

De tal sorte, observa-se que o código em análise⁴ aborda a questão indígena a partir de sua inimputabilidade, sendo que sua responsabilidade irá variar de acordo com o seu grau de integração à sociedade boliviana.

⁴ARTICULO 17.- (Inimputabilidad). Son inimputables:

1) (Enajenación mental). El que en el momento de cometer el hecho no haya podido comprender la criminalidad del acto o inhibir sus impulsos delictivos, a causa de enajenación mental.
 2) (Intoxicación crónica). El intoxicado crónico por alcohol o estupefacientes, cuando se hallare en el estado a que se refiere el inciso anterior.
 3) (Sordomudez y ceguera). Así mismo el sordo mudo y el ciego de nacimiento sin instrucción.
 4) (Embriaguez). El ebrio, cuando la embriaguez se a plena y fortuita.
 5) (Indio selvático). El indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización. (BOLÍVIA, Lei n. 10.426 de 02 de abril de 1973. Código Penal Boliviano. Disponível em: <<http://www.acnur.org/Pdf/0848.pdf?view=1>> . Acesso em: 03 de novembro de 2015).

Assim, se o indígena não tivesse nenhum contato com a sociedade civil, o mesmo seria considerado inimputável, ou seja, não receberia pena. Por conseguinte, se o mesmo fosse inadaptado ao meio, ou não possuísse instrução, deveria ser considerado semi-imputável, subsistindo a aplicação de medida de segurança. E, por fim, se o índio fosse apenas carente de instrução, e por isso, desconhecesse a lei, restaria ao magistrado a redução de sua pena.

No entanto, referido texto normativo resultou em diversas críticas de alguns estudiosos, tal como Gladys Yureta (1981) em que não se reconhece o indígena boliviano como um ser inimputável, assim como, não concebiam o pensamento de que para um sujeito não índio que desconhecesse a lei, a pena seria de não punição (restando sua absolvição, segundo as normas bolivianas), enquanto se o autor do delito for indígena, dispunha o código apenas a atenuação de sua pena.

Destarte, claro resta o entendimento de que as normas bolivianas eram tendenciosas a promoverem a integração do nativo à sociedade civil, vez que, não se tutelava de maneira efetiva a sua diversidade cultural e a consequente responsabilização penal.

Nessa senda, no ano de 1993, ocorreu uma reformulação do Código Penal, por meio da Lei de n. 1.768, em que restou no texto normativo apenas o que dispunha o art. 40, n.4, retirando-se do Código Penal quaisquer outras menções à responsabilidade penal indigenista. Senão vejamos:

A Lei n. 1.768, de 1993 alterou algumas disposições do Código de 1973, entre elas, aquelas que dispunham especificamente sobre a imputabilidade do índio. Manteve, no entanto, o disposto no art. 40, n. 4,

ARTICULO 18.- (Semi-imputabilidad).

Cuando los casos a que se refiere el artículo anterior no excluyan totalmente la capacidad de comprender o de querer del agente, si no que la disminuy an notablemente, el juez atenuará la pena conforme al artículo 39° o decretará la medida d seguridad más conveniente.

El juez procederá en igual forma, cuando el agente sea un indígena cuya incapacidad derive de su adaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción. (*idem*)

ARTICULO 40.- (Atenuantes generales).

Podrá también atenuar sela pena:

1) Cuando el autor ha obrado por un motivo honorable, o impulsado por la miseria, o bajo la influencia de padecimientos morales graves e injustos, o bajo la impresión de una amenaza grave, o por ela scendiente de una persona a la que deba obediencia o de la cual dependa.

2) Cuando se ha distinguido en la vida anterior por un comportamiento particularmente meritorio.

3) Cuando ha demostrado su arrepentimiento mediante actos, y especialmente reparando los daños, en la medida en que le ha sido posible.

4) Cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar sui gnorancia de la ley. (*idem*)

atenuando a pena do índio carente de instrução e que desconhece a lei (REZENDE, 209, p. 58).

Resta, então, a compreensão de que nos dias atuais, de acordo com o Código Penal Boliviano, o índio deixou de ser considerado inimputável, pois não há mais essa especificação no texto normativo, subsistindo, apenas, a diminuição da pena do mesmo quando praticar os crimes, e se comprovada for o seu desconhecimento legal.

Vê-se que em referido país os índios não são tratados e reconhecidos como sujeitos essencialmente diferenciados, e fazendo-se uma analogia às normas brasileiras, esbarraríamos na situação de configuração do erro de proibição, que, por sua vez, aqui, é aplicado a todos os sujeitos, índios ou não.

Assim, antes de adentrar à responsabilização penal do índio no Brasil, importante se fazem as análises de elementos relativos à configuração do crime, tal como seus conceitos e elementos.

2.5.2 Conceitos de Crime e seus Elementos Caracterizadores

Com a evolução dos interesses sociais e individuais, mudanças aconteceram e acontecem na cultura dos povos, o que, por si só, gera a inconstância das ações humanas. Assim, tais mutações repercutem diretamente na ciência jurídica, ao passo que esta é, segundo Kelsen (2006), uma ciência feita pelo homem e para o homem, com o intuito da manutenção do estado de bem-estar social.

Desta feita, um dos princípios basilares do direito é o acompanhamento da norma em razão da mutação social, e dessa forma, o direito penal como parte integrante do “Direito Uno”, também deve seguir tal princípio jurídico (KELSEN, 2006, p. 237).

Nesta senda, fixam normas visando à manutenção da harmonia social, e a sua violação gera aplicação de sanção, que por sua vez, tem a finalidade preventiva (para que o autor e a sociedade não cometam o mesmo ato), e repressiva (para punir a transgressão) (KELSEN, 2006, p. 237).

Entende-se que a transgressão a tais normas além de ser um fato social, é um fenômeno na vida de cada sujeito, o que faz com que seus conceitos, bem como seus elementos, sejam analisados de maneira objetiva pura, sem analisar o sujeito/subjetivismo como parte da prática.

Assim, passa-se a analisar quais os conceitos de crime considerados pela doutrina, já que não existe unanimidade quanto ao mesmo diante da omissão legal em razão de tal conceituação, assim como a consequente responsabilização do agente pelo crime praticado.

De acordo com a análise do Código Penal, não há um conceito legal a respeito do crime, mas há previsão em relação à ação criminosa que terá como sanção a aplicação de reclusão ou detenção a qual poderá ser cumulada com a pena de multa, bem como, há previsão quanto à distinção entre crime e contravenção penal (BRASIL, Decreto Lei nº. 3.914, Art. 1º, 1941).

Desta feita, a conceituação do que seja o crime possui como fonte a doutrina, e esta, por sua vez, traz diversas teorias sobre o crime, sendo que neste trabalho abordar-se-ão as mais aceitas nacionalmente, as quais serão explicitadas nos próximos tópicos.

2.5.2 O Conceito de Crime Sob o Aspecto Formal, Material e Analítico

Analisar o crime sob o flanco da materialidade é argumentar que toda ação ou omissão que cause lesão ou ameace a lesar bens essenciais à vida social, podem ser considerados crimes. Entendimento este que é defendido por Heleno Cláudio Fragoso: “Crime é, assim, numa definição material, a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena” (FRAGOSO, 1995, p.144). Nota-se, assim, que o conceito material de crime não possui ligação direta com a lesão ao seio social, o que não aparece em todos os crimes, tais como no caso de injúria ou dano, em que o único afetado é a vítima.

A partir da análise material do crime, propõe-se a estudar o crime sob o ângulo formal, ou seja, será considerado crime apenas o que o legislador tipificar como tal, independente da forma como o ato foi praticado.

Diante de estudos ora realizados e demonstrados supra, nota-se que não se estuda as peculiaridades da conduta para enquadramento da mesma como criminosa ou não. Crime é toda ação ou omissão que a lei assim determinar, pelo simples método da subsunção.

Ressalta-se que tal forma de se conceituar o crime foi desenvolvida a partir da fixação de leis e sua consequente violação, ou seja, a lei fixará que determinada ação ou omissão humana, quando praticada, configurará a prática de um crime. Assim, se a lei nada dispõe, as ações não poderão ser enquadradas como criminosas.

Diante da imprecisão e da lesão à dignidade da pessoa humana, importante se tornou a análise do delito a partir dos seus elementos qualificadores, ou seja, desenvolveu-se o aspecto analítico do crime, que descreve, por sua vez, os elementos estruturais do fato.

Aspecto analítico:

Trata-se de construção doutrinária, que ainda hoje não pode ser considerada definitivamente acabada. Até o século XX a doutrina concebia o crime a partir de um critério bipartido, constituído de dois elementos, um objetivo representado pela ação ou omissão e o outro subjetivo, representado pela culpabilidade. Em 1906 o jurista Alemão Ernst Von Beling, reformulou o conceito analítico do crime, inserindo um novo elemento, a tipicidade, e o crime passou a ser definido no ponto de vista dogmático, como conduta humana, típica, antijurídica e culpável (LEAL, 2004, p. 184).

De acordo com o critério analítico de crime, o indígena deverá ser processado e julgado pela prática de um crime, quando sua conduta, omissiva ou comissiva, envolver os elementos que compõem o crime, quais sejam, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, ou, apenas, antijuridicidade e tipicidade, a depender da teoria adotada.

Posto isso, nota-se que no critério analítico do crime, leva em consideração os elementos compositores e configuradores da conduta delituosa, e nesta seara, o Brasil sustenta, de maneira geral, duas teorias quanto a referido critério. Tem-se a teoria bipartida e a teoria tripartida do delito, conforme se verá a seguir.

2.5.2.1 Teoria tripartida do delito

Segundo o entendimento de alguns doutrinadores, o crime é materializado pelo comportamento do sujeito (pode ser um ato comissivo ou omissivo), o qual gera um resultado, ou seja, um dano, sendo que entre essa prática e esse dano, deve haver nexo de causalidade, o que por sua vez demonstra a ligação entre o resultado produzido e a prática do autor (BITTERN COURT, 2007, p. 206).

Para esta teoria dois são os planos que compõem o crime, o plano objetivo (não depende da análise pessoal do sujeito) e plano subjetivo (determinado pelos caracteres pessoais do autor). Assim, o plano objetivo comporta os requisitos da tipicidade e antijuridicidade, enquanto o plano subjetivo exige a análise da culpabilidade.

O conceito clássico do delito foi produto do pensamento jurídico característico do positivismo científico, que afastava completamente qualquer contribuição das valorações filosóficas, psicológicas e sociológicas. Essa orientação, que pretendeu resolver todos os problemas jurídicos nos limites exclusivos do Direito positivo e de sua interpretação, deu um tratamento exageradamente formal ao comportamento humano que seria definido como delituoso. Assim, a ação, concebida de forma puramente naturalística, estruturava-se com um tipo objetivo-descritivo, a antijuridicidade era puramente objetivo-normativa e a culpabilidade, por sua vez, apresentava-se subjetivo-descritiva (BITENCOURT, 2012, p. 206).

Deste modo, cumpre explicar cada requisito integrante do delito para a teoria tripartida, sendo eles: conduta/tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. O primeiro item diz respeito ao fato de que um crime será constituído quando houver uma conduta meramente natural, não possuindo qualquer relevância o conteúdo desta, mas somente o fato de esta ação causar um dano a outrem.

A partir do primeiro elemento, desenvolve-se a tipicidade, a qual é relativa a uma ação que esteja descrita na lei como crime, independente do aspecto subjetivo da conduta.

Já o segundo requisito diz respeito à antijuridicidade, ou seja, uma desvalorização da conduta que gera danos não desejados pelo ordenamento jurídico. (BITENCOURT, 2012, p. 206-207)

Destarte, a conduta deverá ser considerada típica e não pode existir justificção de sua prática.

A melhor doutrina tem entendido que o conceito de ilicitude não se esgota com a simples relação de contrariedade entre a conduta e o ordenamento positivo. Tal definição é considerada insuficiente visto abranger somente o aspecto formal da atividade humana, sem revelar um conteúdo material. Daí porque a ilicitude deve ser conceituada como a relação de antagonismo entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento positivo, causando lesão ou expondo a perigo de lesão um bem jurídico tutelado (VILLARES, 2012, p. 55).

Visto isso, cumpre ressaltar que a antijuridicidade ou ilicitude envolve a conjunção de três elementos, quais sejam, uma conduta humana, uma lesão ou uma ameaça de lesão, e que o ordenamento jurídico proteja esse bem.

Por fim, o terceiro e último componente é a culpabilidade, a qual é observada a partir de um liame subjetivo (consciência) entre o autor e a ação, sem relevar o nível deste subjetivismo.

Em relação ao conceito de culpabilidade, Zaffaroni dispõe que:

A culpabilidade é julgamento que permite vincular de maneira própria o injusto ao seu autor, e desse modo, funcionar como o principal indicador de que a teoria do crime determina a magnitude do poder punitivo que pode exercer sobre isso (tradução da autora) (2002, p. 620).⁵

Assim, compreende-se que culpabilidade pode ser definida como um juízo de reprovação do sujeito que pratica a ação ou omissão, no sentido de que o mesmo poderia agir de forma diversa e não praticar o fato, assim sendo, o mesmo possui condições de determinar-se diante do fato concreto.

Nesse diapasão, Fernando de Almeida Pedroso, salienta que:

Preciso é, por conseguinte, que sejam exatamente fixados e definidos os pressupostos que dão ao fato contornos criminosos. Sob essa ótica, crime é o fato típico, antijurídico e culpável. Ou o episódio reúne estas três características, e delito será considerado, ou nele elas não se agregam e- conclusão inconfutável- crime não haverá (2000, p. 60).

Nota-se, de acordo com a citação acima feita que, para o autor, o primeiro requisito configurador do delito é o fato considerado típico, ou seja, é preciso que haja uma conduta, que por meio de um nexo causal gere um resultado, e que referida ação ou omissão esteja tipificada como crime na lei disposta nacionalmente.

Posto isso, vislumbra-se que o segundo elemento configurador do delito é a antijuricidade, ou ilicitude como o citado autor prefere intitular – lá, a qual, por sua vez, pode ser conceituada como sendo a ação ou omissão do sujeito, contrária ao sistema jurídico, ou seja, o autor age de maneira disforme àquilo que a sociedade espera como conduta. (BITENCOURT, 2012, p. 207)

Por fim, cita-se a culpabilidade como integrante do conceito do crime:

[...] essa reprovabilidade do fato praticado pelo agente, a censurabilidade do comportamento humano, é a terceira característica do crime, denominada culpabilidade. O crime, portanto, deve ser, sempre, um fato típico, ilícito e reprovável, censurável, culpável. Em conclusão, crime é fato típico, ilícito e culpável (TELES, 2004, p. 158).

⁵La culpabilidades el juicio que permite vincular em forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre este (ZAFFARONI, 2002, p. 620).

Conceitua-se culpabilidade como sendo a consciência do indivíduo em entender um fato como típico e antijurídico, bem como, conseguir se determinar diante dessa compreensão. Assim, nota-se tal critério pautado no cunho subjetivista, necessitando, por tal fato, para sua averiguação, estudos específicos realizados por técnicos regularmente habilitados, como os antropólogos, no caso do índio.

Para fundamentar ainda mais a adoção de tal corrente, segue entendimento do renomado autor Zaffaroni:

Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável) (ZAFFARONI, 2002, p. 324).

Perante tais citações, compreende-se que para mencionados autores, os requisitos para configuração do delito podem ser compreendidos como adoção de uma conduta, onde se admite crime em casos omissivos, tentados e culposos, em que há presença de nexo de causalidade, bem como gera um resultado. Além disso, é preciso que tal conduta geradora de dano esteja tipificada como crime nas normas pátrias, e que o sujeito ativo do crime tenha consciência da ilicitude e antijuridicidade do fato praticado.

Ressalta-se que, a antijuridicidade passou a ser vista como uma ação reprovada, mas que deverá gerar um dano social, pois se este não existir, não há antijuridicidade. E, por fim, a culpabilidade que é demonstrada pelo juízo de reprovabilidade pessoal do sujeito que pratica o crime.

De toda sorte, ao se analisar a conduta do índio, a fim de responsabilizá-lo criminalmente, segundo esta teoria, para que o mesmo seja apenado, é preciso que sua ação ou omissão seja típica, antijurídica e culpável. Dessa feita, se a culpabilidade do nativo for excluída, conforme se verá adiante, o mesmo não poderá ser responsabilizado criminalmente, já que, para a configuração do crime, de acordo com a teoria tripartite, é preciso que estejam presentes os três elementos, de forma cumulativa. Inexistindo um deles, não haverá crime, e por conseguinte, não haverá sanção penal.

Por outro lado, existe a teoria bipartida que entra em choque com as definições acima expostas, mas, não há adoção unânime de uma ou outra teoria. Ambas são aceitas no ordenamento jurídico brasileiro, já que, como dito, não há norma que defina o crime e seus elementos de maneira precisa. Senão vejamos o antagonismo conceitual.

2.5.2.2 O Conceito bipartido do delito

A segunda teoria abordada a respeito do conceito de crime é a bipartida, adotada por alguns doutrinadores, tal como Fragoso, o qual conceitua o crime apenas sob o aspecto de não separação entre vontade e conteúdo do crime, ou seja, não separa os elementos objetivos e subjetivos do delito.

Desta feita, os elementos integrantes do crime são: fato típico e antijurídico, ao passo que a culpabilidade é integrante da aplicação da pena, ou seja, da punibilidade e não da configuração e conceituação do crime.

A concepção bipartida define o crime através de dois critérios: o subjetivo e o objetivo, quer dizer a força moral e a força física, "na força moral teríamos a culpabilidade (vontade inteligente) e o dano moral do delito, constituído pela intimidação (dano imediato) e pelo mau exemplo que o delito apresenta; na força física teríamos a ação com que o agente executa o desígnio malvado e o dano material do delito (FRAGOSO, 1967, p. 146).

Assim sendo, para configuração do delito não há necessidade de estar presente a culpabilidade do agente, uma vez que, esta não é requisito para o mesmo, mas sim, para aplicação de pena. Mesmo que não esteja demonstrada a culpabilidade, o delito subsistirá, conforme demonstrado acima.

Segundo o entendimento do citado autor, para configuração do crime é preciso que exista uma conduta (dolosa ou culposa), um nexo de causalidade que a relacione com um resultado (em caso de crime material), assim como deverá estar configurada a tipicidade da mesma, ou seja, que o fato que esteja amoldado pela lei penal como crime. O segundo e último elemento caracterizador é a antijuridicidade, como já elencado e explanado por outro autor na fundamentação da teoria tripartida (o conceito dos itens não varia).

Assim, sobre o elemento da conduta,

Culpabilidade é um pressuposto da sanção penal, visto que aquela não incide sobre o fato praticado pelo agente (crime), mas sobre o agente do fato. A reprovação da conduta é dirigida ao agente, que é quem vai sofrer a pena. Tanto é verdade que seus elementos são valorações feitas a *posteriori* diretamente sobre o sujeito (BARROS, 1996, p. 105).

Isto posto, enxerga-se a culpabilidade como desígnio da punibilidade, já que a mesma não recai sobre o fato em si, mas em relação às condições pessoais do agente, conforme visto anteriormente, no quesito do cumprimento de pena.

Dispõe o Código Penal que: “Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.” (BRASIL, Código Penal, 2015, p. 15).

Nesse sentido, compreende-se que a teoria bipartida influenciou diretamente o direito penal brasileiro, informando-nos que a culpabilidade é elemento compositor da pena e não do crime.

Se não bastasse:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, Código Penal, 2015, p. 15).

Referida citação ratifica o que fora argumentado anteriormente, ou seja, isenta-se a pena por falta de imputabilidade, que por sua vez é integrante da culpabilidade. Posto isso, se estiver descaracterizada a culpabilidade, o crime resistirá, no entanto a punição do agente não ocorrerá.

Ainda em relação ao atual Código Penal, cita-se o artigo 21 como mais uma norma fundamentadora da adoção da teoria bipartite do crime ao dispor que:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (BRASIL, 1940).

Por tal artigo citado afirma-se que o Código, na maioria dos artigos (senão em todos) adotou a teoria explanada aqui, já que o desconhecimento da norma, ou seja, a culpabilidade, se inescusável, não irá gerar a aplicação da pena, assim sendo, o crime estará configurado, todavia, não existirá aplicação punitiva do mesmo.

Em relação ao indígena, cumpre ressaltar que, segundo a teoria *bipartite*, dispensa-se a presença da culpabilidade para que o mesmo seja processado e julgado penalmente, ou seja, para a configuração do delito, necessário se faz apenas a presença da

tipicidade e antijuridicidade, sendo a culpabilidade mero elemento de punibilidade do nativo.

Desta feita, se a culpabilidade do índio for excluída, mesmo assim haverá a prática do crime se sua conduta for típica e antijurídica, no entanto, sua pena-prisão poderá não existir, como por exemplo, nos casos de reconhecimento de inimputabilidade.

Diante de tudo o que foi dito, pode-se dizer que o crime, hodiernamente, pode ser visto sob dois ângulos ou teorias. A primeira teoria analisada diz respeito à presença de três elementos configurados do delito (fato típico, antijurídico e culpável), enquanto a segunda teoria fomenta que o crime é dividido apenas em dois itens (fato típico e antijurídico, salientando que a culpabilidade é pertencente à punibilidade, que por sua vez não é inserida na conceituação do crime, mas sim, como mera consequência deste).

A partir das teorias apresentadas, necessário se faz o apontamento de que a conduta praticada pelo agente, configurada como crime, pauta-se na teoria finalista, segundo a interpretação do Código Penal brasileiro, já que para determinação da mesma, ou seja, para se delimitar se uma conduta foi criminosa, é preciso, além de submetê-la à subsunção normativa, analisar o item subjetivo da ação ou omissão, qual seja, a vontade do agente (no dolo ou na culpa), já que, se não existir vontade livre (sem coação ou ameaça) não há que se falar em conduta criminosa.

Todavia, importante frisar que, independente de se adotar a teoria bipartida (crime envolve fato típico e antijurídico) ou tripartida (crime envolve fato típico, antijurídico e culpável) a responsabilização penal do índio deverá observar a determinação de sua culpabilidade, já que, para a primeira teoria, respectivamente, a culpabilidade só determinará a punibilidade do nativo, ou seja, o crime estará configurado quando presente a tipicidade bem como a antijuridicidade, todavia, não haverá aplicação de sanção se não demonstrar a culpabilidade do agente.

Em contrapartida, se adotada para segunda teoria (tripartida), não haverá o crime se não existir a culpabilidade, já que este é considerado elemento inerente ao delito. Assim sendo, não sendo considerado crime (teoria tripartida) ou crime sem aplicação de pena (teoria bipartida) por faltar a culpabilidade, a consequência será a mesma nos dois casos, já que o indígena não será apenado, independentemente da teoria adotada.

Diante das divergências doutrinárias a respeito da culpabilidade, como requisito integrante ou não do crime, no próximo item passar-se-á ao estudo da conceituação mais delimitada da culpabilidade, bem como seus elementos caracterizadores, conforme se vê a seguir.

2.5.3 Culpabilidade e seus elementos configuradores

Inicialmente, antes de se abordar os requisitos trazidos pelos doutrinadores para configuração da culpabilidade, cumpre ressaltar e delinear o conceito da mesma. A culpabilidade pode ser definida como:

Dá-se com aquele estado psíquico do autor que lhe garanta a possibilidade de conduzir-se socialmente, isto é, com a faculdade que tem o agente de determinar-se, de um modo geral, pelas normas da conduta social, sejam pertencentes ao domínio da religião, da moral, da inteligência etc. ou aos atos normativos do direito (LISZT, 1927, p. 384-385).

Corroborando com tal entendimento, segue o autor afirmando que:

O ato culpável é a ação dolosa ou culposa do indivíduo imputável. Da significação sintomática do ato culpável, com relação à natureza peculiar do autor, se deduz o conteúdo material do conceito de culpabilidade; este tem raiz no caráter associal do autor, cognoscível pelo ato cometido (conduta anti-social); isto é, na imperfeição do sentimento de dever social necessário para a vida comum no Estado, e na motivação anti-social, provocada por esta causa (em propor-se a um fim contrário aos fins da comunidade) (LISZT, 1927, p. 376).

Assim, tem-se que a culpabilidade pode ser conceituada como decorrente da conduta praticada pelo sujeito, qual seja, pelo conhecimento da norma, bem como sua condição pessoal de se orientar por tal regra e optar em praticar ou não tal ato, considerado típico e antijurídico. A partir dessa conceituação, existem algumas teorias que fundamentam o crime e que possuem relação direta com a culpabilidade, conforme já foi analisado anteriormente.

Posto isso, a primeira teoria diz respeito à teoria tripartida do crime, que por sua vez, preconiza que o delito é composto por fato típico, antijurídico e culpável. Assim, o mesmo era composto de dois planos, sendo o primeiro o plano interno (típico e antijurídico) e o externo (culpabilidade), conforme se explanou acima.

Todavia, conforme já demonstrado, existe outra teoria que é a *bipartite*, para esta, o crime é composto apenas da tipicidade e da antijuridicidade, o que exclui a culpabilidade de seu conceito, sendo que, esta é considerada elemento para a aplicação da pena, e não da configuração do delito. Porém, tais conceitos já foram explanados de maneira mais efetiva no momento oportuno.

Nesse tópico cumpre ressaltar que independente de onde a culpabilidade se encontre (na configuração do crime, ou apenas na punibilidade do mesmo), o conceito, as teorias e os requisitos são os mesmos.

Para teoria psicológica, a culpabilidade envolve a imputabilidade como elemento, bem como a aferição do dolo, normativo, ou da culpa diante da conduta praticada pelo sujeito. Todavia, notou-se que tal sistema não supria as necessidades sociais acerca, por exemplo, da delimitação da conduta omissiva, bem como, não havia precisão acerca da culpa inconsciente. Nesse sentido, surgiu nova teoria explicativa sobre a culpabilidade. Fundamentando esse entendimento,

Embora o surgimento da Culpabilidade psicológica representasse um grande progresso para o direito penal, já que até então a responsabilidade por um fato delituoso era analisada objetivamente, sem considerar a existência de dolo ou culpa, bastando a existência de um dano para que o autor fosse responsabilizado penalmente, para os dias atuais, entretanto, a Teoria Psicológica não é mais aceita e consequentemente é alvo de inúmeras críticas (GOMES; GARCIA, 2009, p. 05)

Em meados de 1907 surge a Teoria Normativa (ou finalista) sobre a Culpabilidade, ou Psicológica-normativa, a qual inseriu em sua conceituação a exigibilidade de conduta diversa. Desta feita, a culpabilidade deixou de calcar-se apenas no evento natural (psicológico), inserindo em seu corpo um componente normativo. Neste contexto há presença de elemento subjetivo (dolo ou culpa), assim como normativos (exigibilidade de conduta diversa).

Já a imputabilidade, que era pressuposto da culpabilidade para a teoria clássica, agora passa a ser considerada item da culpabilidade. Percebe-se que o subjetivismo não foi retirado do conceito de culpabilidade, ao passo que o mesmo se apresenta pela configuração da presença do dolo ou da culpa. Destarte, a culpabilidade, para esta teoria, é composta, também, pela imputabilidade, como elemento, sendo que a presença de dolo ou culpa inseriu-se como elemento da exigibilidade de conduta diversa (BITENCOURT, 2012, p. 370-381).

A terceira teoria apresentada é a que se intitula de normativa pura ou extrema, a qual teve origem com finalismo jurídico, em que os componentes subjetivos, conhecidos como dolo ou culpa, compõem o fato típico, e não a culpabilidade, ou seja, a culpabilidade não está relacionada a nenhum item psicológico do sujeito.

Toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo(...). Dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização de um tipo de delito (WELZEL, 1980-1983, p. 77)

Para referida teoria, a culpabilidade é apenas a censura ao respeito da conduta típica e antijurídica do autor, não sendo traduzida pelos elementos subjetivos acima expostos.

Por tal fato, o dolo é separado da culpabilidade, onde então a composição do crime-*tripartite*- passa a ser de fato típico (conduta – dolo ou culpa, resultado para crimes materiais, nexos de causalidade e a tipicidade), antijuridicidade/ilicitude e a culpabilidade (imputabilidade do sujeito, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diferente), ou, para a teoria *bipartite*, conduta típica e antijurídica, possuindo a culpabilidade efeitos na punição ou não do sujeito autor.

Porém, como dito acima, o conceito dos itens acima expostos é o mesmo para as duas teorias, o que muda é apenas a sua alocação quanto à existência de crime ou mero item para aferição de punibilidade.

A última teoria trazida por alguns autores é a Teoria Limitada da Culpabilidade, da qual se retira o entendimento de que esta mantém os mesmos elementos da anterior, entretanto, admite-se a presença das discriminantes putativas, ou seja, diante de alguns erros, que são justificáveis, algumas situações do fato tornam a conduta do agente pautada na legitimidade. Referidas discriminantes podem ser divididas em dois grupos, erro de tipo e erro de proibição, as quais serão esmiuçadas adiante (BITTERN COURT, 2007, p. 305).

Interpretando os artigos do Código Penal, compreende-se que a teoria adotada é a teoria limitada, informando-nos em sua Exposição de Motivos que:

Repete o projeto as normas do Código de 1940, pertinentes as denominadas discriminantes putativas. Ajusta-se, assim, o projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite nesta área a figura culposa (BRASIL, 1940).

Desta feita, reafirma-se tal raciocínio a partir da análise dos artigos 20 e 21 do citado Código, que trabalham as discriminantes putativas, as quais serão abordadas em tópico específico.

Repete o projeto as normas do CP de 1940, pertinentes às denominadas 'discriminantes putativas'. Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite-se nesta área a figura culposa (art.17, §1º). (BRASIL, 1984).

Todavia, referidos elementos (imputabilidade; potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) serão excluídos quando houver, respectivamente, quanto ao primeiro item: doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez acidental completa. Em relação ao segundo elemento, será excluída a culpabilidade quando a potencial consciência da ilicitude for abarcada por exemplo, por erro de proibição inevitável; e por fim, a exigibilidade de conduta diversa deixará de existir quando o agente sofrer coação irresistível, ou quando estiver sujeito a ordem hierárquica superior que não apresente conteúdo ilegal manifestadamente (BITTERN COURT, 2007, p. 300-304).

Diante disso, quando houver processamento e julgamento do índio, deverá o magistrado, observar se o mesmo encontra-se abarcado pelas excludentes acima expostas, para, a partir disso, determinar se houve prática de crime (teoria tripartida) e sua respectiva responsabilização (teoria bipartida).

Nos casos das excludentes acima demonstradas, para a teoria tripartida (a qual traz a culpabilidade como elemento do crime) não haverá configuração do delito, pois carecerá o mesmo de um elemento basilar de sua configuração, ou seja, se houver excludente de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade, faltarão um item da composição cumulativa do crime, e, por conseguinte, o autor não terá realizado conduta delituosa, restando isento de sanção penal.

No entanto, para alguns, dentre eles Cezar Bitencourt, Edgard Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo, Heleno Fragoso e Aníbal Bruno, o Código Penal nacional adota a teoria bipartida do delito, ao exigir apenas a ilicitude e a antijuridicidade como requisitos do mesmo, ou seja, o crime estará configurado, mas a punibilidade sofrerá efeitos pela não existência de culpabilidade. Conforme se vê na leitura do artigo 26 do Código Penal já citado.

Nesta senda, o artigo 28, parágrafo único, ratifica tal pensamento:

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

[...]

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, Código Penal, 1940).

Assim, o autor afirma que para o Código Penal, independente da culpabilidade da conduta, se existir tipicidade e antijuricidade/ilicitude, a conduta será enquadrada como criminosa, ao passo que, quando o Código quer desclassificar o crime, alegando que o mesmo não existiu, ele informa que não há crime, como por exemplo, o caso do artigo 150, §3º do dispositivo, ou, ainda, artigo 23, *caput*. Senão vejamos:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

[...] (BRASIL, Código Penal, 1940).

Por todo o exposto, independente da teoria adotada, mister se faz o estudo dos elementos integrantes da culpabilidade para se compreender a responsabilização penal do indígena, sendo esta elemento do crime ou da punibilidade.

Salienta-se que, de acordo com o entendimento de alguns autores, tal como Cezar Roberto Bitencourt, dentre outros autores, a culpabilidade é composta de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, conforme já demonstrado.

O primeiro elemento a ser considerado ao se falar em culpabilidade é a imputabilidade, que pode ser compreendida como a aptidão de compreender a ilicitude da conduta, bem como, sua autodeterminação diante do fato.

Assim, Bitencourt preleciona que a imputabilidade:

Ao estudar sobre a culpabilidade, mister definir sobre a imputabilidade. O agente, para ser considerado culpável e responsável por seus atos, necessita ser imputável, o que significa dizer que deve estar apto e capaz de responder por suas condutas, sendo-lhe imputadas sanções descritas no Código Penal. Além disto, para que haja a imputabilidade no direito penal

é imprescindível que o agente apresente condições de normalidade e maturidade psíquica (BITENCOURT, 2012, p. 304-305).

Nota-se que a imputabilidade é composta por dois elementos, sendo o primeiro a capacidade de entendimento da ilicitude, e o segundo componente é a controle suas ações. Assim, se faltar um desses elementos, pode-se dizer que o sujeito é inimputável, ou seja, não poderá ser responsabilizado por sua ação ou omissão.

Nesse diapasão, alguns entendimentos dos Tribunais, conforme se verá adiante, considera o índio inimputável quando o mesmo for considerado são, mas não conseguir se orientar diante da ação considerada criminosa para a sociedade civil. Todavia, tal classificação não merece prosperar, pois a condição da existência indigenista pautada na cultura diferenciada merece tratamento e classificação específica, conforme se abordará adiante.

Posto isso, quatro são as causas que excluem a imputabilidade, doença mental (completa); desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez completa oriunda de caso fortuito ou de força maior (BITERN COURT, 2007).

Assim, segundo os itens que excluem a imputabilidade, o sujeito indígena não merece ser enquadrado nesses elementos, já que, o mesmo não possui alteração mental por ser detentor de cultura diferente daquela adotada pela comunhão nacional. No entanto, nada impede que o mesmo possua alterações mentais, como qualquer outro ser humano, porém, não é sua cultura, apenas, que deve determinar tal distúrbio.

Referidos itens, quando presentes (apenas um deles já exclui), acabam por excluir a culpabilidade da conduta, o que segundo a teoria tripartida exclui o crime. No entanto, para a teoria bipartida, exclui, apenas, a punibilidade, persistindo o crime.

Neste contexto, pode-se dizer que, segundo o artigo 26 do Código Penal, adotou-se a análise biopsicológica (a causa geradora está prevista em lei, e, no momento da ação o agente não tinha capacidade de entendimento da ilicitude da conduta), para aferição da imputabilidade do sujeito, conforme citação feita acima.

Nos moldes do que foi dito, na prática da ação ou omissão o indivíduo deve ter o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não compreendendo a ilicitude do fato, e, tampouco, conseguindo se ordenar diante de seu pensamento, para que seja abarcado pela excludente de imputabilidade.

Se por ventura tal desenvolvimento mental, na prática da conduta, apenas reduziu o seu discernimento sobre a ilicitude do fato, ou faça com que o sujeito não possa orientar-

se de maneira completa a respeito do seu entendimento, sua pena poderá sofrer redução, em razão da diminuição em face da compreensão dos dois elementos da imputabilidade, sendo o sujeito considerado semi-imputável (BITTERN COURT, 2007).

A respeito da embriaguez, tem-se que a mesma só poderá ser excludente da culpabilidade, por gerar a inimputabilidade, quando for completa, ou seja, retirar todo o discernimento e orientação do sujeito, bem como, for produto de caso fortuito ou força maior, já que, em ambos os casos não há interferência humana, do sujeito ativo do crime, para o resultado embriaguez (BITTERN COURT, 2007).

Se a mesma não for completa, mas produto de caso fortuito ou força maior tem-se apenas a possibilidade de redução da pena, conforme dispõe o artigo 28, § 1º do Código Penal, já citado.

Pelo que foi exposto acima, afere-se o fundamento de que nas excludentes de imputabilidade, é preciso observar o princípio da “*Actio libera in causa*”, ou seja, ação livre ao tempo da conduta, já que, para que a imputabilidade seja desconsiderada, necessário se faz a observância dos itens acima expostos ao tempo da ação ou omissão, no entanto, o ato de colocar-se em estado de inimputabilidade não a caracteriza, pois para que isso aconteça, o autor quis ou assumiu o risco de produzir o resultado (dolo), ou, pelo menos, que o resultado seja de possível previsão (culpa).

Em relação ao sujeito indígena, nada impede que o mesmo seja abarcado pelas excludentes da imputabilidade, não por sua condição indígena, mas sim, por ser um sujeito fisiologicamente igual ao membro da sociedade civil. Todavia, não é por ser detentor de cultura indigenista que merece o nativo ser considerado inimputável.

Por conseguinte, em relação ao segundo elemento caracterizador da culpabilidade, pode-se delimitá-lo como a consciência potencial ou real da ilicitude, ou seja, quando há conhecimento, pelo sujeito ativo da conduta que está executando, ou irá executar, do teor descrito no texto legal, o qual deverá ser respeitado por todo cidadão.

O seu desconhecimento pode gerar a não aplicação da pena quando tal erro for inevitável, e quando evitável, poderá diminuir a pena:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (BRASIL, 1940).

Todavia, tais erros, que isentam de pena, serão abordados em tópico específico, por ora, importante frisar que o desconhecimento da lei produzirá reflexo apenas na aplicação da pena, conforme elucida o *caput* do artigo acima transcrito.

Assim, a pena não será aplicada ou será diminuída quando houver erro a respeito do conhecimento da ilicitude do fato, o qual deverá ser observado diante de suas condições pessoais, ou se o meio lhe fornecia condições de ter tal consciência durante a prática da conduta.

Neste aspecto, Figueiredo Dias preleciona que: “o conhecimento atual e efectivo do dever jurídico concreto de omitir a realização do facto proibido (ou de levar a cabo o facto imposto), mas no seu conhecimento potencial, da sua cognoscibilidade, de uma capacidade do seu conhecimento” (FIGUEIREDO DIAS, 2005, p. 445).

Assim, a culpabilidade será descartada, ou seja, não haverá aplicação de pena quando o sujeito não conhece a ilicitude do fato, e suas condições pessoais não permitem que ele as conheça.

Porém, tal desconhecimento deverá existir apenas quando as situações subjetivas do indivíduo, como elencadas acima, não permitirem que ele conheça a ilicitude, o que nos dias contemporâneos, torna-se de difícil comprovação diante da difusão dos preceitos legais.

Por fim, a última parte da culpabilidade reside na exigibilidade de conduta diversa, que por sua vez, versa a respeito da expectativa desenvolvida pela sociedade em relação ao comportamento dos seus membros, ou seja, a comunidade espera que o autor aja de outra forma, e este pode e deve agir de forma diversa daquilo que é considerado como crime (LISZT, 1927, p. 390).

Assim, se o indivíduo indígena desconhecer o teor da lei, por conta de sua cultura diferenciada, aplica-se a ele, também, o disposto no conceito supracitado. Desta feita, é preciso observar se o erro era inevitável ou evitável. Se inevitável, pelas condições do sujeito nativo, haverá crime, porém não há cominação de pena. Em contrapartida, se for evitável, subsistirá também o crime, porém, poderá a pena ser reduzida de um sexto a um terço.

De tal modo, serão apenas as condutas dos sujeitos que agiram livremente e foram calcadas em posturas diversas daquelas esperadas pela sociedade. Nesta senda, se tal ação ou omissão não for livre, não haverá aplicação de pena, por conseguinte, a não liberdade da ação configura-se pela coação moral irresistível e/ou obediência hierárquica.

Quando se fala em coação, é preciso analisar se a coação física é resistível ou não. Assim, se for resistível, haverá o delito, já que houve vontade do autor em realizar a conduta, podendo, se não a quisesse, evitá-la. Se não puder ser evitada, não haverá conduta livre, e exclui-se o crime por faltar o primeiro elemento configurador (conduta livre). Em se tratando da coação moral, analisa-se, também, sua possibilidade de resistência para aplicação da pena, como assegura o artigo 65, III, 'c', 1ª parte do Código Penal.

Em relação ao sujeito indígena, ao se falar em resistência à coação, é importante analisá-la sob o enfoque da cultura indigenista, ou seja, o sujeito índio, comum e probo, teria condições de resistir à referida coação? Nesse sentido, não deve o indígena ser comparado ao sujeito pertencente à sociedade civil, pois as culturas e os discernimentos podem ser diferentes em razão de suas peculiares vivências, o que culmina diretamente nas resistências de cada sujeito, de forma diferenciada.

Por fim, se a coação moral for irresistível, também haverá o crime (para a teoria bipartida), pois estará presente o fato típico e antijurídico, porém, não se poderia exigir outra conduta do autor diante da coação sofrida, não sendo o agente apenado. Já para a teoria tripartida, faltando um elemento da culpabilidade, a mesma não se configura, e neste caso, não haverá cometimento do delito.

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

III - ter o agente:

[...]

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

[...] (BRASIL, Código Penal, 1940).

Diante da citação acima, vê-se que quando a coação moral ou a ordem superior permitir a resistência do sujeito, e mesmo assim ele a realizar, sua pena poderá ser atenuada. Salienta-se que de acordo com o texto do artigo demonstrado, compreende-se que, novamente, a culpabilidade é elemento para fixação da pena, e não para configuração do crime, assim, o crime persistirá sem a culpabilidade, mas o sujeito não sofrerá sanção ou terá sua pena atenuada, em alguns casos.

Assim sendo, nesta seara, tem-se a obediência hierárquica, configurando-se quando há acatamento de uma ordem de sujeito hierarquicamente superior, desde que essa ordem não seja manifestamente ilegal (BITENCOURT, 2012, p. 316).

De tal modo, se o agente pratica ordem legal, não haverá configuração de crime, mas sim cumprimento da função. Entretanto, se a ordem for ilegal, o crime existirá, mas se não havia como o subordinado saber da ilicitude da ação, o mesmo não deverá ser apenado. Porém, se o mesmo tinha condições de saber acerca de sua ilegalidade (erro evitável), não se exclui a culpabilidade, mas haverá redução da pena aplicada, conforme disciplina ao artigo 21, parte final, do Código Penal, já citado no trabalho.

Posto isso, cumpre mencionar que ao sujeito indígena são aplicadas as regras comuns da obediência hierárquica acima expostas, todavia, para se apurar se o mesmo tinha condições, ou não, de saber que a ordem era manifestamente ilegal, deve o magistrado observar a cultura indigenista, ou seja, se o sujeito indígena, a partir de suas práticas, costumes, crenças, valores, cultura, etc., tinha ou não condições de compreender a ordem ilegal e se ordenar diante da mesma.

Nesta senda, a exigibilidade de conduta diversa compõe o terceiro elemento da culpabilidade, sendo que esta poderá ser excluída quando ocorrer coação moral irresistível e obediência hierárquica em cumprimento de ordem não manifestadamente ilegal (ROXIN, 2002, p. 67)

Referidas abordagens tornam-se de suma importância ao se analisar o tratamento jurídico penal conferido ao indígena, pois é preciso entender as teorias do crime para determinar se diante de uma conduta, dos nativos, há configuração de crime ou não e de sua punibilidade.

Em razão dos elementos trazidos como itens da culpabilidade, os indígenas demandam um olhar penalista específico sobre o assunto. Desta feita, para mensurar se os mesmos são culpáveis ou não, é preciso desenvolver estudo sobre o assunto, o qual se observará, e que interferirá na configuração da punibilidade ou incidência de crime pelos mesmos.

2.6 A (In) Imputabilidade penal do índio

Conforme já demonstrado na presente pesquisa, a culpabilidade do sujeito reside na compreensão do agente em entender a ilicitude da conduta, e a partir desta compreensão, o mesmo deverá agir de acordo com tal juízo de valor. Assim, culpabilidade é a possibilidade de responsabilizar alguém por atos que são considerados crimes ou ilícitos.

Assim, a culpabilidade possui três itens basilares para sua configuração, quais sejam, a imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial conhecimento da ilicitude do fato. Nesse sentido, a imputabilidade é apenas um dos itens para que o sujeito seja apenado (teoria bipartida), ou para que cometa um crime (teoria tripartida).

Nessa senda, inimputabilidade é a inaptidão do sujeito, por menoridade; doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; ou ainda por embriaguez completa por força maior ou caso fortuito; que por sua vez tornam viciadas, ou até mesmo inexistentes, as compreensões, no tempo da ação ou omissão, do caráter ilícito da conduta, e, ainda, de determinar-se em razão desta compreensão (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 626).

Hodiernamente, nos ambientes forenses diversas são as demandas processuais que têm como autores de crimes sujeitos indígenas, os quais possuem como vítimas os próprios nativos ou até mesmo cidadãos da sociedade civil.

Quanto à responsabilidade penal, de acordo com os entendimentos jurisprudenciais que serão adiante observados, para aferir a imputabilidade do sujeito, é preciso analisar o grau de integração do silvícola à sociedade nacional, e, nesses moldes, dispõe o Estatuto do Índio em seu já citado artigo 4º. Entendimento esse que não é sustentado por essa autora, já que se compreende que o grau de contato com a sociedade civil não o torna imputável ou não. São outros elementos que devem ser observados (tal como doença mental).

Posto isso, era preciso observar a integração social do indígena para, a partir, disso determinar sua imputabilidade, ou seja, somente a partir dessa análise saber-se-ia se o mesmo cometeu crime (teoria tripartida), ou se seria aplicada a pena (teoria bipartida).

A opção brasileira para diferenciação do tratamento penal do índio parece ter se dado através do reconhecimento de sua imputabilidade a partir do seu grau de integração, bem como da consideração, em não sendo o índio inimputável, de suas peculiaridades para o fim de fixação da pena.

A primeira assertiva, apesar de não ser legalmente expressa, encontra, segundo a doutrina, respaldo na conjugação do Estatuto do Índio com o disposto no art. 26 do Código Penal (REZENDE, 2009, p. 35).

A partir do que estabelece a Constituição Federal e por conta da Convenção 169 da OIT, em razão da multiculturalidade e respeito à diversidade étnica, inconcebível se faz qualquer entendimento de que a imputabilidade do indígena será aferida por razões etnográficas.

Vale frisar que alguns entendimentos dos Tribunais, tal como o citado abaixo, têm adotado a terminologia inimputável, a depender de sua integração social, por força do artigo 26 do Código penal, o qual traz a isenção de pena, ou pena reduzida, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Vejam os:

(DOC. LEGJUR 103.1674.7562.3200)

4 - STF. Inimputabilidade. Silvícola. Índio integrado à sociedade. CP, art. 26, parágrafo único.

«O índio, em nosso sistema jurídico, como já assinalado, só é considerado relativamente incapaz e, portanto, sujeito à tutela da União, para efeitos civis, nada impedindo que o índio ainda não integrado seja criminalmente responsável» (BRASIL, Supremo Tribunal Federal).

Posto isso, imputabilidade geral, de qualquer cidadão, diz respeito à presença de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, bem como embriaguez completa por caso fortuito ou força maior, ou menoridade.

Nesta seara, a imputabilidade configurada ao cidadão civil é observada sob o mesmo prisma quando se analisa o indígena, não devendo o mesmo ser inimputável apenas por ser índio, ou seja, culturalmente diversificado:

A qualificação do índio como “inimputável”, na pressuposição de que seu desenvolvimento mental é incompleto, a nosso sentir tem forte odor de discriminação. Primeiro, porque se inadaptação for sinal de desenvolvimento mental incompleto, haveremos de inserir nessa categoria muitos estrangeiros. Segundo, porque a inadaptação não significa ausência ou redução de entendimento de valores e práticas, mas exatamente o contrário: significa a consciência de que eles são “diferentes”. Terceiro, mesmo que o pressuposto fosse verdadeiro, dele não decorreria a inimputabilidade: seria necessária prova de ausência da capacidade de entender e de querer “no momento da conduta” (BARRETO, 2015, p. 41).

Conforme abordado em tópico específico, a reformulação do Estatuto do Índio por meio do Projeto mais conhecido como Estatuto das Sociedades Indígenas (ainda em tramitação) traz em seu bojo a obrigatoriedade da realização do exame antropológico para se aferir a consciência da ilicitude por parte do indígena, o que pode estar relacionado com a culpabilidade dos mesmos, laudo este que será abordado em contexto próprio dentro deste estudo.

O Estatuto do Índio, conforme citação já mencionada, traz graus de sua integração social, a qual culminará com interferências diretas na aplicação de sanção penal ao

mesmo. Todavia, diante da multiculturalidade, diversidade étnica e alteridade, não se pode determinar a culpabilidade do nativo de acordo com o seu grau de integração à comunhão universal.

Segundo o professor Paulo de Bessa Antunes:

Evidentemente que o grau de integração do indígena na sociedade nacional e o desenvolvimento mental são dois conceitos que não guardam a menor relação entre si. Para que um índio ou qualquer pessoa tenha o seu desenvolvimento mental completo não há a menor necessidade de que esteja integrado na sociedade brasileira. As diferenças culturais não podem, de forma nenhuma, servir de base para julgamentos relativos a sanidade ou ao desenvolvimento mental de qualquer pessoa. Tratar-se diferenças culturais com o retardamento mental é extremamente perigoso, pois, à semelhança do nazismo e do estalinismo, todo aquele que não estiver 'integrado' em um determinado padrão de organização social passa a ser tratado como retardado mental, intelectualmente pouco desenvolvido ou louco [...] (ANTUNES, 2009, pág. 922).

Posto isso, dizer que a imputabilidade do índio está relacionada ao seu grau de integração social soa como análise discriminatória, já que, os dois conceitos não merecem se emaranhar. Assim, a inimputabilidade do nativo deve ser determinada como a de qualquer outro sujeito, ou seja, baseada em doença mental, desenvolvimento mental, menoridade, ou embriaguez, conforme já elucidado.

Seja como for, o fato é que não há clareza na aplicação, relativamente ao índio, do disposto no art. 26 do Código Penal. Não há nada seguro a indicar que o índio integrado seja imputável, bem como que o índio que o índio isolado seja inimputável pois se lhe presume o desenvolvimento mental incompleto. O problema é ainda maior no que diz respeito ao índio em vias de integração (REZENDE, 2009, p. 37-38).

Por todo o exposto até o presente momento, não se pode ponderar que o indígena possua qualquer insuficiência mental por, simplesmente, ser detentor de cultura diversificada daquela adotada nacionalmente. Ademais, aplicar o artigo 26 do Código Penal ao nativo transgressor da norma penal não parece ser a atitude mais prudente, já que o mesmo não deve ser equiparado a um indivíduo com alterações mentais.

Segundo Gonzaga, as razões determinantes do sujeito indígena variam de acordo com misticismo, ou seja, com sua cultura, não merecendo os mesmos serem tutelados pela norma penal como sujeitos pertencentes à sociedade civil. Senão vejamos:

O mundo selvagem está inteiramente impregnado de misticismo, o que é fértil de conseqüências no campo penal. Enquanto o homem civilizado dispõe de grande massa de informações (ou pelo menos tem meios de suspeitar a sua existência), que lhes dão nítida e tranquilizadora compreensão da trama causal que governa os fenômenos naturais, o primitivo vive perdido entre mistérios e perigos, efetivos ou imaginários, para os quais não dispõe de explicações racionais. Falta-lhe outrossim segurança porque não tem consciência das próprias forças. De conseguinte, sua formação de imagens se rege pela efetividade; e, para satisfazer o instintivo anseio de explicações, o pensamento se volta para o fantástico (GONZAGA, s/d 71-72).

Nesse sentido, segundo a teoria bipartite, a integração do sujeito deve ser observada como forma de gradação da pena, posto que, se o mesmo for devidamente integrado à sociedade (consciência da conduta e condições de se determinar) deverá ser apenado como qualquer outro sujeito; àquele que se encontra em vias de integração, dever-se-á observar, por meio de perícia, qual o grau de integração para majoração da sanção (artigo 56 do Estatuto do Índio); e por fim, àquele que é considerado isolado, sem conhecimento das normas penais sociais gerais, deverá haver isenção da pena, não pela inimputabilidade, mas sim pela inconsciência da ilicitude do fato e carência da exigibilidade de conduta diversa, por ser adepto à cultura diferenciada (REZENDE, 2009, p.61-79).

Entretanto, nos moldes da *tripartite*, de acordo com o projeto PLS 2012, Art. 152 – “Não há crime se o agente indígena pratica o fato sem consciência do caráter delituoso de sua conduta, em razão dos valores culturais do seu povo” (BRASIL, 2012).

Assim, se o Estatuto do Índio for reformulado, o índio que não possuir consciência do fato diante de suas peculiaridades culturais, não haverá cometido o crime por lhe faltar um dos itens que compõem a culpabilidade.

Por fim, ressalta-se, novamente, que a deficiência mental não deve ser presumida do sujeito indígena, assim como não é em relação ao sujeito integrante da sociedade civil, não merecendo os dois conceitos (índio e doença mental) serem utilizados como sinônimos.

Posto isso, se for reconhecida a imputabilidade do sujeito, segue-se a regra disposta na legislação pátria, para aferição da responsabilização do sujeito, bem como sua punibilidade, o que se abordará no próximo capítulo.

Em última análise, salienta-se que as leis positivadas tentaram desenvolver olhar especial à questão indigenista, ao passo que disciplinam a competência para processamento e julgamento, bem como as peculiaridades ao se sentenciar o indígena, como se observará.

2.7 A legislação criminal e o indígena: dos crimes praticados por índios e a competência para processamento e julgamento dos mesmos

De acordo com as normas já citadas no presente trabalho, abordar-se-ão neste tópico as teorias adotadas para o tratamento jurídico penal dos indígenas, bem como a competência para promover o processamento e julgamento dos mesmos.

Dois grupos traçam correntes a respeito do tratamento penal conferido ao nativo. O primeiro (composto por Duran, Lopez-Rey, José Angel Ceníceros e Jimenez de Asua) sustenta que os mesmos deverão ser processados e julgados de acordo com as normas aplicadas à sociedade nacional. Em contrapartida, o segundo (Antunes, Rezende, Barreto, dentre outros) grupo defende que os mesmos, em razão da Constituição Federal merecem receber tratamento diferenciado, e por consequência uma lei especial.

Pondera-se que o presente trabalho tende seu olhar à compreensão de que merece prosperar a segunda teoria, já que, diante dos fundamentos da multiculturalidade, da alteridade e da diversidade étnica, culturas diferentes merecem ser tratadas e reconhecidas de formas diferentes, o que se sustenta é que os grupos nativos sejam reconhecidos e tutelados de acordo com sua condição social, cultural, econômica e pessoal, entretanto, não se defende a criação de um direito penal indigenista.

Nesse sentido, Rezende dispõe que:

Com relação ao segundo grupo acima mencionado - aqueles que propõem soluções específicas para a questão penal do índio – podem-se distinguir, segundo Gladys Yureta, basicamente três critérios diferentes: o reconhecimento da inimputabilidade; o de que as particularidades do índio devem ser levadas em conta somente como um dado para a individualização da pena; e por fim, o de que o problema deve ser analisado dentro do campo de outros aspectos da culpabilidade (REZENDE, 2009, p. 50).

Diante da citação acima realizada compreende-se que o ser indígena, por ser detentor de cultura diferente daquela adotada pela sociedade civil, merece tratamento legislativo peculiar, bem como, sensibilidade às questões particulares sob a exegese do magistrado.

Por conseguinte, propõe o autor (Rezende) que se analisem fatores, quanto à responsabilização penal indigenista, sendo o primeiro condizente com a inimputabilidade

dos nativos; o segundo inerente às particularidades culturais dos mesmos; e, por fim, o último que é relativo a outros aspectos da culpabilidade. No entanto, tais critérios determinantes da responsabilidade dos índios serão individualmente observados (REZENDE, 2009, p. 50-51).

O primeiro critério, defendido pela maioria dos penalistas tem como base o artigo 26 do Código Penal, sendo que o que configuraria ou não a responsabilidade penal do indígena é a (in) imputabilidade do mesmo. Assim, tais profissionais argumentam que o índio é dotado de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que, gera sua inserção no rol dos inimputáveis, de acordo com o Código Penal.

Para esses autores:

Para Aníbal Bruno, os selvagens não ajustados ao nível cultural da vida civilizada, devem ser considerados inimputáveis, pois a ausência de adaptação à vida social da sociedade não-índia, às normas complexas que a regulam e aos critérios de valor de seus processos psíquicos e de certos complexos afetivos que os dirigem, os põe em condição de incapacidade de entendimento e orientação volitiva na qualidade e grau exigidos pelo Código (REZENDE, 2009, p. 50-51).

Seguindo essa linha de pensamento, comparam os indígenas aos surdos-mudos, associando-os a crianças que não podem compreender o caráter da conduta que pratica. Todavia, tal falta de discernimento e de ciência da conduta, não podem ser abordados como inimputabilidade, já que esta simboliza alteração mental, o que, como regra, não pode ser direcionado à existência indígena.

Quanto à capacidade civil dos indígenas, o Código Civil de 2002, em seu artigo 4º, parágrafo único, sustenta que a capacidade dos mesmos será regulada por legislação especial. Porém, seguindo a ideia trazida pela Constituição Federal de 1988, onde se reconhece a capacidade processual dos mesmos, pode-se compreender que em plano cível, os mesmos são capazes.

Seguindo essa linha de pensamento, a Lei de nº. 13.146 de 2015, a qual institui em solo nacional a inclusão da pessoa com deficiência, no corpo do seu artigo 114 traz nova redação para o artigo 4º do instituto acima mencionado, ou seja, nova redação para a incapacidade relativa. No entanto, quanto à capacidade civil dos índios, mantém o pensamento de que esta será regulamentada por legislação especial, mantendo-se omissa quanto ao fato.

Destarte, para a corrente que considera os indígenas criminalmente inimputáveis, os índios isolados deverão ser considerados inimputáveis; aqueles integrados receberão pena já que são imputáveis, e os que se encontrem em vias de integração dependerão de exame antropológico a fim de se determinar a imputabilidade, inimputabilidade ou semi-imputabilidade (REZENDE, 2009, p.23).

Em segunda análise, outra corrente penalista dos direitos indígenas defende que a adoção da inimputabilidade dos mesmos não merece veracidade, pois não há fundamentação para determinar a doença mental de qualquer nativo, expondo que o que pode ser utilizado como parâmetro para determinação da punibilidade do nativo são os outros elementos da culpabilidade, quais sejam, potencial conhecimento da ilicitude do fato e a condição de se determinar diante do mesmo. Tais autores consideram que a responsabilização penal do índio deve ser observada sob o óbice do erro de proibição, o qual, por sua vez, terá seu conceito esmiuçado no próximo tópico (REZENDE, 2009, p. 23).

Segundo o entendimento de Eugenio Raul Zaffaroni, a resolução dos problemas acerca da responsabilidade penal indígena é a compreensão da diversidade cultural, ao passo que dependendo da cultura pertencente àquele que fere as normas pátrias, é preciso analisar se referido autor do fato possui consciência e compreensão daquilo que pratica, e ainda, se o mesmo consegue determinar-se perante tal fato delituoso (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 559).

Não basta que o autor indígena não tenha conhecimento da ilicitude do fato, é necessário que diante de sua cultura o mesmo não possa se determinar diante da prática do fato, já que este é regulamentado por cultura diversificada daquela adotada pela sociedade comum.

Assim sendo, quando o indígena não possuir condições de compreender a tipicidade e antijuridicidade do fato, tampouco de se orientar diante do mesmo em razão da diversidade cultural gerando uma falsa percepção da realidade do tipo penal, pode-se configurar o erro de tipo (exclui a tipicidade por não haver o dolo do agente) ou de proibição, e por tal fato, deverá ser o mesmo isento de responsabilidade penal por não estar configurada a culpabilidade do agente (bipartite), ou não incidência de crime (tripartite).

Por fim, o terceiro critério adotado por alguns juristas para a responsabilização penal dos indígenas é o que analisa a personalidade do indígena. Assim, se o índio for considerado imputável deverá ser aplicada a ele uma sanção que considere suas

peculiaridades enquanto detentor de cultura diferenciada, já que a Constituição Federal de 1988 assim assegura.

O estudioso Guilherme Madi Rezende preleciona que:

O critério segundo o qual se levará em conta a análise da personalidade da pessoa para a individualização da pena, pode tanto ter aplicação específica ao índio, como também estar entre as normas gerais do direito penal.

De outro lado, também não há qualquer contradição entre a aplicação deste critério, conjunta ou separadamente dos demais critérios.

Assim sendo, este critério não tem merecido qualquer tipo de crítica, na medida em que é absolutamente coerente com o princípio da individualização da pena adotado pela grande maioria senão pela totalidade dos países da América Latina (REZENDE, 2009, p. 52).

Nesse sentido, por ser considerado indígena, é preciso analisar as crenças, culturas, valores, costumes e etc. do autor do fato delituoso para que sua sanção respeite o que as normas pátrias dispõem acerca da individualização da pena (REZENDE, 2009, p.52).

Individualizar a pena é assegurar ao sujeito que será punido de que sua pena seja aplicada individualmente, ou seja, que mesmo diante de crimes idênticos as sanções poderão e deverão ser diferentes, pois se levará em consideração as particularidades de cada sujeito, recebendo, cada um, apenas a pena que lhe é inerente, conforme assegura o artigo 34 do Código Penal, artigo 5º, XLVI da Constituição Federal de 1988⁶.

⁶Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. (BRASIL, Código Penal, 1940)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

Miscigenado a tais entendimentos legais, o Estatuto do Índio traz em seu corpo textual a garantia da individualização da pena em caso de condenação do nativo, dispondo que:

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 (BRASIL, 1973).

Nesse viés, o Estatuto do Índio elenca de forma explícita que se, por ventura, o sujeito for condenado penalmente, a sua sanção deverá ser individualizada, ou seja, sua pena deverá ser majorada de acordo com sua integração à sociedade, conforme já foi explanado quando realizado o comentário ao artigo 4º. do Estatuto em comento, assegurando que, as penas deverão ser cumpridas no regime de semiliberdade, quando possível, e que, deverá ser no órgão federal mais próximo da moradia do infrator. Todavia, a aplicação da pena será abordada em tópico específico.

Diante do exposto, pode-se dizer que, o critério da inimputabilidade geral do Código Penal não deve ser utilizado como base para a responsabilização penal do índio, ao passo que, se não comprovada alteração mental, o mesmo não pode ser considerado pura e simplesmente pelo fato de ser um nativo. Todavia, segundo a corrente mais aceita neste trabalho, o que deve ser analisado para tornar um índio punível ou não é o seu real conhecimento da tipicidade e antijuridicidade do fato, bem como sua delimitação diante do mesmo (configuração do erro).

Em última análise, se, por ventura, o mesmo for considerado penalmente punível, segundo a Constituição Federal, o Código Penal, assim como o Estatuto do Índio, a pena a ser aplicada ao mesmo deverá considerar suas peculiaridades enquanto membro detentor de cultura diferenciada daquela que embasou a edição das normas.

2.7.1 Competência para processamento e julgamento do índio

Quanto à competência para processamento e julgamento do nativo, informa-se que não há entendimento pacífico na doutrina, bem como nas decisões jurisprudenciais dos Tribunais, conforme se demonstrará no presente tópico.

Inicialmente, por ordem hierárquica normativa, dispõe a Constituição Federal de 1988, no artigo 109, incisos I, III e XI que os juízes federais serão competentes para processar e julgar as causas, dentre outras, em que estejam em disputa direitos indígenas. Seguindo essa linha, o artigo 231 da norma citada regulamenta que a União é competente para proteger as sociedades indígenas.

Assim, após a leitura dos dois dispositivos supremos em âmbito brasileiro, pode-se compreender que é competência da União processar e julgar todas as ações em que figurem como autor ou como réu o sujeito indígena.

Entendimento este que é defendido por Cláudio Lemos Fonteles:

18. É inquestionável: o art. 231, caput, da Constituição Federal impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto: sua cultura; sua terra; sua vida.

[...]

22. Ora, como dissemos antes, porque o art. 231, caput, da Constituição Federal ‘impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida’, e porque o inciso IX, do artigo 109, da mesma Carta, que o primeiro operacionaliza, marca na Justiça Federal de 1º grau a competência jurisdicional para as contendas sobre direitos indígenas, a Justiça estadual não mais está legitimada a conhecer das infrações cometidas por ou contra índios (FONTELES, 1993, p. 203).

Em entendimento contrário, quanto à competência criminal, o Supremo Tribunal de Federal encerrou a polêmica a respeito do assunto editando e Súmula de número 140, dispondo que: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima” (BRASIL, STF, 1995).

Todavia, o próprio STF já decidiu de maneira contrária à Súmula acima citada, determinando a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento de crimes que envolvam indivíduos indígenas. Exemplo de tal fato é o julgamento de Recurso Extraordinário a este Tribunal no ano de 1997 e segue a Ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 192473-0 RORAIMA
RELATOR PARA ACÓRDÃO: MIN. MAURÍCIO CORRÊA
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL RECORRIDO:
PEDRO PAULINO CELEIRO MEGIAS EMENTA RECURSO
EXTRAORDINÁRIO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. HOMICÍDIO.
CRIME PRATICADO CONTRA SILVÍCOLA. COMPETÊNCIA DA
JUSTIÇA FEDERAL. 1. A Constituição Federal, em seu art. 231, impõe
à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem

ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida. 2. Sendo a vida do índios tutelada pela União, é competente a Justiça Federal para julgar o feito, não estando a Justiça Estadual, na presente ordem constitucional, legitimada a conhecer das infrações penais cometidas por ou contra silvícolas. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do recurso do Ministério Público Federal e lhe dar provimento, para reconhecer a competência da Justiça Federal.

Brasília, 04 de fevereiro de 1997

NERI DA SILVEIRA - PRESIDENTE

MAURÍCIO CORRÊA - RELATOR PARA O ACÓRDÃO (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 192.473-0/RR, DJ 29/08/1997)

Seguindo este diapasão, o acórdão diante da análise do *Habeas Corpus* 71.835-3/MS em 22 de novembro de 1996, em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, dispõe que:

HABEAS CORPUS Nº 71835-3 MATO GROSSO DO SUL

Paciente: AMÂNCIO MARTINS

Paciente: JOÃO MARTINS

Impetrante: DIVA DIAS DOS SANTOS RIGATTO Coator: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. ÍNDIO. JUSTIÇA ESTADUAL: INCOMPETÊNCIA. ARTIGO 109-XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1 - Caso em que se disputam direitos indígenas. Todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob a rubrica do inciso Xi do artigo 109 da Constituição Federal.

2 - Habeas Corpus concedido para que se desloque o feito para a Justiça Federal, competente para julgar o caso (STF, 1996, HC Nº 71835-3 MATO GROSSO DO SUL).

Na mesma linha de pensamento, o novo projeto de reformulação do Estatuto do Índio, sob o PL de número 2.057 de 1991, dispõe em seu artigo de número nove que a competência para processar e julgar os crimes praticados por e contra índios será de competência dos Juízes Federais.

Art. 9º Aos Juízes Federais compete processar e julgar:

I - a disputa sobre direitos indígenas;

II- os crimes praticados contra os índios, suas sociedades, suas terras e seus bens;

III - os crimes Praticados por índios.

Parágrafo Único - Nos crimes a que se referem os incisos II e III deste artigo, a Polícia Federal exercerá a função de Polícia Judiciária (BRASIL, PL n. 2.057 de 1991).

Cumprе ressaltar que o atual Estatuto do Índio (Lei n.: 6.001 de 1973) nada dispõe de maneira específica a respeito da competência criminal indigenista, devendo-se observar as demais normas pátrias.

Assim, o entendimento majoritário brasileiro é no sentido de que competirá à União processar e julgar os crimes indígenas quando estes forem em relação aos direitos indígenas de modo uniforme e geral, ou seja, contra a organização indígena, e não em casos individualizados.

Já em relação aos crimes cometidos por e contra os indígenas de forma individualizada, a competência para processar e julgar, segundo entendimento extraído da Súmula já citada, será da Justiça Estadual Comum (SANTOS FILHO, 2006, p. 106).

Porém, traduzindo o pensamento da autora desta dissertação, Roberto Lemos dos Santo Filho, relata que:

O Projeto de Lei 2.057 firma de forma inquestionável a competência da Justiça Federal para o deslinde de questões cíveis e criminais envolvendo índios. Entretanto, enquanto não vigente esse estatuto, certo é que o enunciado da Súmula 140/STF precisa ser reexaminado. Se o fim da Súmula é pacificar o entendimento jurisprudencial, diante da divergência sobre o assunto no seio do Supremo Tribunal Federal, não há lógica na prevalência do sumulado (2006, p. 112).

Destarte, este trabalho se posiciona no sentido de que deverá ser revista a competência para processamento e julgamento do indígena disciplinada na Súmula 140 em razão da observância dos preceitos normativos contidos na Constituição Federal, artigo 109, incs. I, III e IX, art. 231, e artigo 9º. do PL 2.057 de 1991, assim como demonstração de jurisprudência do mesmo Tribunal editor da Súmula em entendimento divergente daquilo que editou.

Por conseguinte, compreende-se que deve ser adotada e normatizada de forma pacífica a competência da Justiça Federal para processar e julgar crimes indígenas, em virtude da observância dos entendimentos acima citados, bem como da segurança jurídica e observação das garantias normativas quanto às particularidades dos nativos, com o intuito de se reconhecer e efetivar a alteridade que guarnece aos indígenas, o que resulta na evidente necessidade de se praticar a revisão da Súmula 140 do STJ.

A partir do que se entendeu por culpabilidade, seus elementos e a competência para processar e julgar os indígenas, é preciso discorrer a respeito das excludentes da culpabilidade aceitas pelas normas nacionais.

2.8 Erros de tipo e de proibição e sua relação com a condição indigenista

Ao se abordar a questão da existência do erro de tipo ou de proibição, estar-se-á falando de causas excludentes da culpabilidade, e que poderão ocasionar a não existência de um crime (teoria tripartite do crime), ou a não aplicação de pena ao sujeito (teoria bipartite do crime).

Cumprido ressaltar que os erros de tipo e de proibição são enumerados pelo Código Penal Brasileiro em seus artigos 20 e 21. Em um primeiro momento, é importante distinguir ambos os erros que podem ser cometidos pelo agente. No primeiro caso, erro de tipo, o agente pratica um fato ilícito, porém, não tem consciência de que está realizando tal prática; o seu juízo de valor o leva a crer que sua ação ou omissão não é típica, tampouco antijurídica, ou seja, se o sujeito soubesse, provavelmente não praticaria tal conduta.

O exemplo clássico da doutrina quanto ao erro de tipo é o caçador que se encontra em uma floresta e atira em um homem achando estar matando um urso, ou seja, a conduta foi uma, mas acreditava-se praticar outra. Em nenhum momento quis o mesmo retirar a vida de um ser humano.

Em contrapartida, o erro de proibição se caracteriza quando o indivíduo tem consciência do seu ato, todavia, tem convicção de que o mesmo é permitido pela lei, como acontece com detentores de cultura diversa inseridos em nova realidade, por exemplo, o índio que vai à cidade esporadicamente (TOLEDO, 1984).

Assim, verifica-se que o erro de tipo é uma visão distorcida da conduta, sendo considerada, então, excludente, quando inevitável, do dolo, o que ocasiona a não existência do crime doloso, mas meramente culposos (se a lei assim o prever), ou seja, o dolo e a culpa são elementares da conduta típica e não da culpabilidade. Por tal motivo, o presente tópico, debruçará atenção ao erro de proibição, que é o mais comum na prática de delitos por indígenas em razão de sua cultura.

Em relação à punibilidade (teoria *bipartite* – haverá crime, porém não incidirá pena) ou à existência de crime (teoria *tripartite* – não haverá crime, tampouco pena), o erro de proibição deve ser analisado sobre dois flancos, sendo eles, erro escusável e erro inescusável.

Em relação ao contexto indígena, ambos os erros são comuns em práticas sociais e são/devem ser reconhecidos pelos Tribunais pátrios, já que sua cultura poderá interferir na compreensão da realidade legal comum, bem como, na interpretação da lesão, posto que, um mesmo fato que para a comunhão universal é considerado crime, poderá, de acordo com a realidade indígena o mesmo ser dotado de licitude para a comunidade. Por tal fato, o presente estudo optou por abordar, de maneira direta apenas o erro de proibição, posto que ele é o mais usual na seara indigenista, haja vista a diversidade cultural na interpretação das normas criminais.

2.8.1 Erro de Proibição Inevitável

Diante do conceito genérico de erro de proibição, retira-se o entendimento de que o erro inevitável, ou inescusável, configura-se no momento em que o autor não possuía habilidade para conhecer o modo ilícito da conduta, em razão das particularidades do fatídico.

Todas as circunstâncias do fato o levaram (autor), e levariam qualquer sujeito probo e comum, a retirar o mesmo juízo de valor diante do acontecimento, ou seja, a ignorância da ilicitude da ação ou omissão, assim, mesmo que o indivíduo realizasse o máximo empenho em interpretar o evento, ele não possuía condições de compreender a ilicitude da sua ação ou omissão.

Nesse caso, por ser uma conduta inevitável de qualquer sujeito que estivesse em condições iguais, haverá exclusão da punibilidade, não recebendo o autor pena, conforme disciplina o artigo 21 do Código Penal brasileiro.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Código Penal do Peru, dispõe que:

Artigo 15.- Erro de compreensão culturalmente condicionado:
Quem, que por sua cultura ou costumes, comete um fato punível sem poder compreender o caráter delituoso de seu ato ou determinar-se de acordo com essa compreensão, é isento de responsabilidade penal. Quando, por igual razão, essa possibilidade tiver diminuído, a pena será atenuada (PERU, Código Penal, 1991).

Assim, nota-se que se o sujeito indígena, por sua condição de ser culturalmente diferenciado, não puder e não conseguir compreender que sua prática é considerada ilícita, o mesmo deveria ser enquadrado como praticante de erro de compreensão culturalmente condicionado, que exclui, por conseguinte, a culpabilidade.

Todavia, é preciso que se averigue o caso concreto para se aferir com precisão tal ignorância do caráter ilícito, pois a simples invocação de ser detentor de cultura

diversificada não é capaz de exclusão da punibilidade ou culpabilidade do sujeito, o que, mais uma vez, demonstra a necessidade de realização do laudo antropológico no caso de crimes praticados por sujeitos indigenistas.

Quanto à realidade das aldeias, cita-se como prática usual nas mesmas o hábito de retirar roupas de varais pertencentes a outras malocas sem que isso configure crime. Assim, quando um índio pratica tal conduta na sociedade civil, o mesmo poderá ser processado e julgado pela prática de furto de vestimentas.

Outro exemplo usual é o fato de existirem culturas indígenas, tal como praticada pela etnia Macuxi no norte de Roraima, que reconhecem a entidade intitulada de ‘Canaimé’ como entidade má, e nesse sentido, aquele sujeito indígena que se encontra ‘possuído’ por tal entidade deverá morrer, pois se não for morto, o mesmo poderá causar prejuízos irreparáveis para a aldeia. Tal prática não é considerada como homicídio para a etnia, mas sim como prática libertadora do povoado que a entidade quer destruir. Referido exemplo será melhor trabalho no tópico relativo ao primeiro Tribunal do Júri Indígena ocorrido no Brasil.

Diante de tais exemplos, notam-se distorções na interpretação e cumprimento do teor legal criminal nacional, não por má-fé, mas por serem os sujeitos detentores de cultura diferenciada, e por isso, o entendimento normativo encontra-se preso à interpretação pessoal de cada membro conforme sua vivência social, histórica e cultural.

Vê-se ainda que tais condutas são praticadas por todos os sujeitos indígenas pertencentes a essas culturas, ou seja, qualquer interpretação dos sujeitos nativos (médio, probo e comum) e, dessa forma, o entendimento quanto ao exemplo acima exposto seria no sentido de pegar as roupas que pertencem a outros membros, ou até mesmo matar o ‘canaimé’, configurando assim, o erro de proibição inevitável.

Enquanto o Código Penal brasileiro não elaborar artigo relativo à compreensão culturalmente condicionada, conforme fez o Peru, os índios são abarcados pela alegação, quando cabível, da existência do erro de proibição, podendo ser ele evitável ou não.

2.8.2 Erro de proibição evitável

Em se tratando de erro de proibição evitável, argumenta-se que nesse caso, o sujeito possui condições de ter ciência sobre a ilicitude do fato, ou seja, suas condições pessoais permitem que o mesmo possa compreender o caráter ilícito da conduta. Assim,

por haver possibilidade de reprovação da conduta, a pena não é desconsiderada pelo legislador, mas apenas reduzida de um sexto a um terço.

BARROS argumenta que: “Por fim, vale ressaltar que a medida da evitabilidade ou da inevitabilidade não se faz sobre o homem médio, mas sim as condições particulares do agente. São analisadas sua cultura, inteligência e o meio social em que vive o sujeito” (BARROS, 1999, p. 316).

Corroborando com tal entendimento, o parágrafo único do artigo 21 do Código Penal afirma que: “considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (BRASIL, 1940)”.

Por fim, vale frisar que, diante de todo o exposto, analisar a culpabilidade do índio pelo critério da inimputabilidade pelo simples fato de ser indígena, afigura-se como medida de vultosa discriminação, ao passo que, não é por ser o mesmo detentor de cultura diferente que deverá ser equiparado ao portador de doença mental.

Parece, pois, ser em sede de erro de proibição que se pode dar um tratamento adequado aos injustos praticados por silvícolas.

Com efeito, o índio, tão-somente por integrar uma cultura diferente, não pode ser qualificado como não-imputável. Seu desenvolvimento mental é completo; apenas os valores e normas de seu grupo podem, em vários aspectos, não ser conformes aos da cultura hegemônica no País. Assim, diante de um crime praticado por um silvícola, deverá o julgador verificar se lhe era possível o conhecimento da proibição normativa, isentando-o de pena, em caso de erro inevitável, ou reduzindo-a, em caso de erro evitável (HERINGER JUNIOR, 1998, p. 156).

Nesse diapasão, o mais prudente que se visualiza é verificar se há culpabilidade ou não do sujeito nativo por ausência de exigibilidade de conduta diversa, já que sua cultura e modos de vida podem fazer com que o mesmo não tenha discernimento para compreender que alguns fatos são considerados proibidos para a cultura nacional.

Assim, se comprovada a falta de exigibilidade de conduta diversa, estará configurado o erro de proibição, que por sua vez poderá ser evitável ou não. Se inevitável, estará excluída a culpabilidade do agente, e se evitável, sua pena será reduzida, conforme disciplina do CP.

Posto isso, a depender do conhecimento e da possibilidade de conhecimento que o índio tem a respeito da ilicitude de sua conduta, o mesmo terá cometido crime e será apenado de acordo com a norma acima exposta, qual seja, redução de sua pena de um sexto a um terço.

No entanto, se não estiver configurado o erro de proibição, bem como, demonstrados todos os itens elementares para a configuração do delito, será o índio processado, julgado e deverá cumprir pena. Conforme será analisado no próximo capítulo da presente dissertação.

De todo modo, no capítulo III, ou seja, último capítulo, analisar-se-á a responsabilidade penal indígena e suas incongruências sociais, legais e culturais, a fim de se tecer críticas ao modelo normativo nacional adotado para sanção quanto a sujeitos indígenas na esfera penal.

Nessa senda, a partir do que se compreendeu diante do estudo, neste capítulo, das normas penais incriminadoras e os direitos indígenas, far-se-ão, na próxima divisão da pesquisa, reflexões acerca da aplicação de pena ao sujeito detentor de cultura indigenista.

Nesse sentido, abordar-se-á a dicotomia entre universalização dos Direitos Humanos e respeito à diversidade cultural, ao passo que se discutirá se os direitos humanos devem intervir nas práticas culturais isoladas, ou se essas deverão ser mantidas e tuteladas, tal como o infanticídio indígena; e por tal fato, destina-se tópico específico a comentar o PL que visa a coibir tais condutas relativistas consideradas lesivas ao/pelos Direitos Humanos.

Outro aspecto importante a ser estudado, a partir do que se viu como aplicação de sanções penais aos índios, é a obrigatoriedade/necessidade ou não da realização do exame antropológico a fim de se aferir a culpabilidade do sujeito indígena diante da prática de conduta considerada crime para a comunhão universal, bem como, demonstra-se a possibilidade da tribo, exclusivamente, aplicar sanção ao nativo, sem qualquer interferência do Estado punitivo.

Ao final, buscar-se-á demonstrar como os direitos penais, já estudados nesse capítulo II, são efetivados na prática, ou seja, comenta-se o primeiro Tribunal do Júri Indígena, bem como, a aplicação de pena-prisão e medida de segurança ao sujeito detentor de cultura diversificada.

Assim, evidencia-se que após se analisar as normas internacionais relativas aos direitos humanos indígenas, bem como as nacionais, direcionadas ao estudo do direito penal indígena, importante se faz a abordagem social de tais regulamentações, ou seja, verificar se no ambiente interpretativo/fático de referidas normas, o sujeito considerado índio possui sua dignidade humana respeitada, conforme já observado, por exemplo, no artigo 231 da Constituição Federal. Estudo este que se desdobrará no próximo capítulo, qual seja, Capítulo 3.

CAPÍTULO 3 - PROBLEMAS JURÍDICOS E SOCIAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE PENAL INDÍGENA

No presente capítulo abordar-se-á a efetiva responsabilização do sujeito indígena, no sentido de se analisar as teorias do relativismo cultural e do universalismo dos direitos humanos quanto ao respeito à diversidade cultural, mais especificamente na seara indigenista.

A partir de tais análises, observar-se-á a necessidade ou não da realização do exame antropológico para se aferir a consciência e discernimento do indígena acerca do delito praticado, para com isso, compreender se o mesmo encontra-se integrado ou não à sociedade civil, e, por conseguinte, medir sua responsabilização penal.

Sequencialmente, adentrar-se-á na seara dos entendimentos dos Tribunais pátrios acerca da integração do índio à sociedade civil, abordando quais são as posições do STJ e STF quanto a tal questão, assim como, demonstrar-se-á a impossibilidade de se aplicar medida de segurança ao sujeito indígena pelo simples fato de ser pertencente a outra cultura, já que, isso não configura nenhuma perturbação ou doença mental.

Por fim, será demonstrado como os índios são apenados pelas próprias tribos e pelo poder judiciário, evidenciando como os mesmos têm cumprido suas penas em estabelecimentos carcerários, para, ao final, verificar se as normas penais vêm assegurando o que a própria Constituição Federal dispõe, ou seja, o respeito à diversidade cultural.

3.1 Relativismo cultural e universalização dos Direitos Humanos

Inicialmente cumpre ressaltar que conceituar os direitos humanos não é uma tarefa fácil perante o ordenamento jurídico nacional, o que faz com que referido trabalho apresente uma breve explanação acerca do assunto.

Nesse sentido a corrente do jusnaturalismo acredita que existem direitos os quais, por sua vez, são inerentes à condição humana, ao passo que, não havia (há) correlação com quaisquer peculiaridades físicas, psicológicas, culturais, financeiras, etc., mas sim pela natureza de ser, apenas, ser humano.

Todavia, os direitos que asseguram a existência humana enquanto digna, em âmbito nacional podem ser chamados de direitos fundamentais e que, por sua vez, são garantidos na Constituição Federal.

Entretanto, não basta que cada Estado soberano assegure os seus direitos fundamentais apenas em território nacional, é preciso reconhecê-los em plano internacional, já que tais direitos são universais e não condicionados a algum território.

Nota-se, então, que os direitos fundamentais e os direitos humanos possuem, em sua essência, a mesma preocupação, qual seja, a pessoa humana como sujeito principal a ser tutelado. Assim, ambos os direitos (fundamentais/humanos) asseguram o respeito aos direitos mínimos condizentes à existência humana minimamente digna.

Nesse sentido, Márcia Cristina Altvater Vilas Boas, em sua dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Campus de Jazarezinho-PR, dispõe que:

Assim, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), criou-se o conceito de direitos humanos universais, formulado com o objetivo de proteger os seres humanos contra as mais variadas formas de discriminação. Esse reconhecimento universal passou a ser um objetivo a ser conquistado, pelo que os Estados aderiram prontamente a esta visão universal de proteção desses direitos (VILAS BOAS, 2011, p. 76-77).

Entretanto, ressalta-se que os mesmos, embora possuam o mesmo destinatário final, têm diferenciações importantes em suas conceituações. Observe:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos', guardaria relação com os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (SARLET, 2006, p. 35 e 36).

Posto isso, compreende-se que mesmo possuindo a mesma finalidade, sendo ela a segurança e respeito aos direitos mínimos do ser humano, enquanto sujeito digno, os direitos fundamentais não podem ser usados como sinônimos dos direitos humanos.

Nesse sentido, nos moldes do entendimento de Sarlet, os direitos fundamentais são compreendidos como normas cogentes em âmbito nacional, ao passo que, os direitos humanos têm amplitude maior, abrangendo proposições normativas internacionais, ou seja, transpõem os limites da territorialidade dos Estados, independentemente das características

nacionais dos sujeitos, tutelando direitos universais a todos os indivíduos apenas por serem humanos.

Dessa forma, existe a figura da universalização dos direitos dos homens enquanto raça humana. Nesse sentido:

O universalismo, como uma conceituação respeitada, baseada em valores, necessita de um conjunto deles que seja aplicável a todos os seres humanos, independentemente de sua formação civilizacional, raça, religião e cor, ao passo que considerações geopolíticas implicam sempre diferenciações hierárquicas baseadas numa estrutura de poder. (DAVUTOGLU, 2004, p.132)

Diante da citação acima, extrai-se a compreensão de que os direitos reconhecidos a todos os humanos, em âmbito mundial, independem de suas peculiaridades nacionais/estaduais/territoriais/municipais/culturais/etc.. No entanto, para que tais direitos sejam isonomicamente/igualmente assegurados é preciso que haja participação de todos os grupos culturais na edição das normas, para que o poder de um grupo majoritário não se sobressaia em detrimento de outro.

A partir disso, surgiu a terminologia dos Direitos Humanos, que simboliza a proteção em nível internacional de direitos que são inerentes à própria existência humana, e que, por sua vez, são invariáveis diante das particularidades dos sujeitos.

Segundo o entendimento de Comparato:

Foi, de qualquer forma, sobre a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais ou grupais, de ordem biológica ou cultural. E é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. [...] a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas (COMPARATO, 2006, p. 20).

Sucintamente, pode-se dizer que diante das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, alguns países (tais como França, Inglaterra e Estados Unidos), reuniram-se (1945) com o intuito de criar a Organização das Nações Unidas - ONU, que, por sua vez, visaria à promoção dos direitos inerentes à qualidade humana e, impedir, que uma nova Guerra se instalasse (MORAES, 2007, p. 22).

A dimensão vultosa dos direitos humanos em âmbito mundial se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão em 1789, pós era Revolução Francesa em

que os sujeitos rebelaram-se contra o governo, exigindo melhorias quanto aos direitos e condições de vida (MORAES, 2007, p. 23).

A partir disso, em 1948, referida Organização criou A Declaração Universal dos Direitos dos Humanos, a qual seria, e foi, utilizada como parâmetro para qualquer edição de normas relativas aos direitos dos homens em nível mundial, ou seja, universal, conforme já abordado (MORAES, 2007, p. 23-24).

Ressalta-se, ainda, que a existência de direitos humanos em plano universal se resguarda no sentido de proteger a Dignidade Humana de todos os sujeitos, vez que, existe uma única raça de indivíduos em todo mundo, que é a raça humana, e que, por sua natureza, demanda tutela e proteção jurídica, independente de suas condições pessoais.

Corroborando com tal entendimento, cita-se a Constituição Federal brasileira que em seu texto traz como princípio basilar do Estado de Democrático de Direito brasileiro a dignidade da pessoa humana, elencada em seu artigo 1º. III, além dos demais artigos relativos aos direitos fundamentais individuais e coletivos do cidadão.

A partir do que se conhece como globalização (mundo interligado), os direitos fundamentais assegurados em cada Estado tomaram publicidade, a partir disso, diversas parcelas do planeta se acoplaram no sentido de integração normativa.

Assim, notou-se discrepância entre as normas relativas à condição humana, e sentiu-se a necessidade de universalizá-las com o intuito de garantir maiores proteções àqueles detentores de normas pouco protetivas.

Seguindo essa linha de pensamento, Norberto Bobbio dispõe que:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004, p. 25).

Posto isso, de acordo com o entendimento do autor citado, os direitos podem ser analisados e reconhecidos de formas diferentes em razão do contexto histórico, temporal e cultural de determinada região, ou seja, haverá a presença do relativismo.

O ideal é que esses conteúdos básicos da dignidade sejam universalizáveis, multiculturais, de modo a poderem ser compartilhados e desejados por toda a família humana. Aqui, será inevitável algum grau de ambição civilizatória, para reformar práticas e costumes de violência, opressão sexual e tirania. Conquistas a serem feitas, naturalmente, no

plano das idéias e do espírito, com paciência e perseverança. Sem o envio de tropas (BARROSO, 2010, p. 19-20).

Segundo Barroso, a universalização dos direitos do homem deveria acontecer de maneira universal em virtude de a raça humana ser apenas uma, todavia, tal generalização pode engessar os direitos dispostos, vez que, há diversidade entre os sujeitos, e todas as dignidades devem ser respeitadas, sem qualquer imposição de poderio opressor.

De todo modo, a maioria dos Estados ratificaram algumas das Declarações, Convenções ou Tratados sobre Direitos Humanos, o que acaba simbolizando o caráter universal dos mesmos, ou seja, sua aplicação em quase todos os países do globo e a todos os sujeitos indistintamente.

(...) fundamenta-se nas premissas da igualdade em dignidade e valor de todos os seres humanos, sem discriminação. Tal noção é totalmente incompatível com as doutrinas e práticas de uma pretensa superioridade fundada em raça, religião, sexo ou qualquer outro elemento. A universalidade dos direitos implica também que a humanidade reconhece os valores comuns e as nações têm direitos essenciais à sua própria existência e à sua identidade, as quais fazem parte do patrimônio comum da humanidade. A universalidade, a dignidade, a identidade e a não-discriminação são conceitos centrais em matéria de direitos humanos à medida em que se aplicam a todos os campos (MBAYA, 1997, p.31).

Entretanto, a corrente do relativismo cultural critica tal postura da universalidade dos direitos humanos, salientando que tais direitos (que nascem junto ao homem) acabam sofrendo influências dos meios em que tais sujeitos encontram-se inseridos, e nesse sentido, sua proteção deverá ser de acordo com o contexto histórico, cultural e temporal em que o ser humano encontra-se localizado (MBAYA, 1997, p. 32).

Boaventura de Sousa Santos ressalta que os direitos humanos são produtos de estudos ocidentais, ou seja, o ocidente analisou quais são os direitos natos ao homem e os redigiu a termo, não levando em consideração as peculiaridades dos povos dos outros continentes. Senão vejamos:

[...] enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado — uma forma de globalização de-cima-para-baixo. Serão sempre um instrumento do "choque de civilizações" tal como o concebe Samuel Huntington (1993), ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo ("the West againsttherest") (2001, p. 01).

Desta feita, nota-se que há divergência quanto aos defensores da corrente do universalismo dos direitos humanos, em razão dos militantes do relativismo. Aqueles sustentam que os direitos fundamentais são únicos, e que a proteção mais efetiva ao sujeito diz respeito à universalização dos mesmos, sob a ótica daqueles que não possuem proteção efetiva em seu ordenamento interno.

Em contrapartida, os relativistas sustentam que universalizar os direitos humanos é o mesmo que lesar evidentemente as culturas que não pertencem aos editores das normas mundiais, já que, os direitos fundamentais dos homens sofrem influências em razão do ambiente em que são desenvolvidos, assim, seria inviável universalizá-los.

Utilizando outros termos, o relativismo sustenta que os direitos humanos devem ser observados sob o flanco das variantes dos sujeitos em razão de suas características culturais, bem como, sociais, morais, éticas e históricas. Por tal fato, esta corrente defende que é impossível se criar normas universais invariáveis quanto à dignidade humana, posto que esta se encontra flexível em cada grupo social, de acordo com suas condições próprias.

Nessa senda, Boaventura de Sousa Santos, segue prelecionando que:

Trata-se de um debate intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória de direitos humanos. Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural enquanto corrente filosófica é incorreto. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores universais, mas o universalismo cultural, enquanto atitude filosófica é incorreto. Contra o universalismo há que se propor diálogos interculturais sobre os preocupações isomórficas. Contra o relativismo, há que se desenvolver critérios políticos para distinguir política progressista de política conservadora, capacitação de desarme, emancipação de regulação (2001, p. 18).

Verifica-se que tanto o universalismo quanto o relativismo, como correntes filosóficas apartadas, não merecem prosperar em razão dos direitos humanos, ao passo que o universalismo acabaria impondo uma cultura dominante mundialmente, qual seja, ocidental, conforme citou Boaventura, e, em contrapartida, a adoção apenas do relativismo não protege a individualidade do ser humano, uma vez que, serão aceitas e analisadas as diversas culturas existentes, sendo que não se observará cada ser humano em sua particularidade, deixando de se observar o intuito geral dos direitos humanos, qual seja, proteção da raça humana.

Ao se abordar a questão indígena, imediatamente vem à mente a questão da exploração dos mesmos durante o período colonial, assim como, aconteceu e acontece até

os dias contemporâneos. Entretanto, neste tópico evidencia-se a questão de universalização dos direitos humanos afetar negativamente ou não os direitos indigenistas.

Assim, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, já citada, traz em seu corpo textual alguns direitos que são pertencentes a qualquer ser humano, independente da sua cultura, tais como, a vida, o corpo, saúde, dentre outros (ONU, 1948).

Seguindo essa linha de raciocínio, Canotilho fundamenta que o Poder Constituinte deverá observar e respeitar os anseios sociais, bem como, bases internacionais de justiça social, ou seja, enquanto representante do povo, deverá o Constituinte respeitar os direitos humanos, considerando-os premissas em razão da redação de quaisquer normas internas, vez que, os consideram detentores de universalidade de direitos (CANOTILHO, 2003, p. 81).

Seguindo essa linha, Habermas nos informa que:

Feminismo, multiculturalismo, e a luta contra a herança eurocêntrica do colonialismo, todos esses são fenômenos aparentados entre si, mas que não cabe confundir. Seu parentesco consiste em que as mulheres, as minorias étnicas e culturais, as nações e culturas, todas se defendam da opressão, marginalização e desprezo, lutando, assim, pelo reconhecimento de identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária, seja em meio à comunidade dos povos. Todos eles movimentos de emancipação cujos objetivos políticos coletivos se definem culturalmente, em primeira linha, ainda que dependências políticas e desigualdades sociais e econômicas também estejam sempre em jogo (2002, p. 238).

Compreende-se, segundo a leitura do trecho citado, que Habermas argumenta que em sociedades complexas, ou seja, composta por diversos setores sociais, com características e peculiaridades específicas, diante da diversidade cultural, os povos reúnem-se em grupos minoritários, por meio de movimentos sociais, com o intuito participação e exigência de respeito desses cidadãos oprimidos no Estado Democrático de Direito.

Tem-se que, adotando a universalidade dos direitos acima expostos, os indígenas acabariam não sendo protegidos efetivamente, já que suas crenças, costumes, cultura, língua, dentre outros fatores, não seriam (são) considerados no ato da elaboração das normas mundiais por se tratarem de grupo minoritário.

Evento clássico de tal pensamento é a prática de infanticídio em algumas tribos indígenas quando a criança nasce portadora de deformidade física, mental ou é anencéfalo. Se adotada a teoria da universalização dos direitos humanos, a vida deve ser preservada em

detrimento de qualquer cultura, o que é uma afronta à própria existência do ser nativo em razão de suas práticas culturais.

Entretanto, se adotada a teoria do relativismo mitigado dos direitos humanos, em situações culturais em que essa prática é condizente com a própria existência indigenista, dever-se-á reconhecer e proteger tais condutas, já que as diferentes práticas que fundamentam a dignidade humana deverão ser consideradas.

A universalidade dos direitos humanos é uma decorrência de sua própria concepção, ou de sua captação pelo espírito humano, como direitos inerentes a todo ser humano, e a ser protegidos em todas e quaisquer circunstâncias. Mas para lograr a eficiência dos direitos humanos universais, há que tomar em conta a diversidade cultural, ou seja, o *substratum* cultural das normas jurídicas. Isto não se identifica com o relativismo cultural, muito ao contrário. Os chamados “relativistas” se esquecem de que as culturas não são herméticas, mas sim abertas aos valores universais. Não explicam como determinados tratados, como as Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário e a Convenção sobre os Direitos da Criança, tenham já logrado aceitação universal. Tampouco explicam a aceitação universal de valores comuns superiores, de um núcleo de direitos inderrogáveis, assim como da proibição absoluta da tortura, dos desaparecimentos forçados de pessoas e das execuções sumárias, extra-legais ou arbitrárias. Ao contrário do que apregoam os “relativistas”, a universalidade dos direitos humanos se constrói e se ergue sobre o reconhecimento, por todas as culturas, da dignidade do ser humano (SOUSA, 2005, p. 56).

Seguindo essa linha de estudo, Erika M. Yamada e Juliana G. Belloque sustentam, em obra organizada por Luiz Fernando Villares, que:

A segunda parte do art. 9º. da Convenção OIT 169 dispõe que os costumes dos povos indígenas e tribais em relação a assuntos penais devem ser considerados pelas autoridades e tribunais quando lhes forem submetidos casos de condutas penalmente tipificadas com envolvimento de indígenas.

Tal dispositivo baseia-se no reconhecimento de que os sistemas de organização social indígena têm um valor intrínseco à cultura e moral dos povos indígenas, tal como o sistema de organização não indígena representa e se legitima para o não índio. A definição de crime ou ofensa, a responsabilização pelas ofensas e práticas de punição advindas de usos, costumes e tradições indígenas valem entre os índios porque encontram fundamento no conjunto de valores e bens protegidos pela comunidade a que pertencem (YAMADA; BELLOQUE, 2012, p. 125).

Posto isso, nos moldes do pensamento de Washington Peluso Albino Souza, a universalização dos direitos humanos apresenta-se como a melhor alternativa para a proteção da dignidade humana. Entretanto, deverá considerar, na elaboração e positivação

das normas, a diversidade cultural do povo, para que não haja imposição de cultura opressora em detrimento da existência de culturas minoritárias.

Assim, para que tais impasses sejam solucionados, importante se faz a conversação entre culturas diversificadas, para que as normas não firam a manifestação e práticas de diversos modos de existir. Posto isso, a norma que deveria ser universalizada é a do respeito à multiculturalidade e a sociodiversidade.

O direito à diversidade cultural é uma garantia concedida a determinados grupos culturalmente diferenciados de que suas tradições, crenças, e costumes possam ser preservados e protegidos frente a movimentos de interculturalidade, ou seja, ninguém pode ser obrigado a abster-se de possuir suas próprias tradições, crenças e costumes, ou mesmo de ser obrigado a aderir às tradições, crenças e costumes de outros grupos (BONAVIDES, 1999, p. 488).

Em outro ponto, o relativismo também deve ser mitigado, já que, é preciso que as diversas culturas se respeitem para que, somente assim, consiga-se conviver harmoniosamente em seio social.

De toda sorte, com a finalidade de proteção dos direitos indigenistas como parcela minoritária da cultura mundial, importante se faz a análise, respeito e efetivo reconhecimento da mesma na elaboração das normas positivadas, promovendo-se, assim, o diálogo intercultural, já que não existe cultura hierarquicamente mais elevada em relação à outra, e por tal fato, todas deverão conviver de forma harmônica para que, somente assim, a dignidade desses povos seja respeitada.

A seguir, analisar-se-á o projeto de lei que é materializado como a maior discussão indígena no quesito da aceitação da diversidade cultural na atualidade, o qual é relativo ao infanticídio indígena acima exemplificado.

3.1.1 Direito Constitucional e princípios fundamentais sob o enfoque indigenista

A partir de tudo o que foi explanado no presente estudo, urge ressaltar que os princípios são e devem ser observados como bases de orientações no ato interpretativo e de redação de quaisquer normas, constitucionais ou infraconstitucionais.

Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello, preleciona que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO, 1981, p. 230)

Por conseguinte, compreende-se que a Constituição Federal de 1988, traz em seu bojo, mais especificamente no corpo do artigo 1º, um rol de direitos fundamentais que devam ser observados na redação, interpretação e execução de todas as normas em âmbito nacional.

Segundo essa linha de raciocínio, Alexy dispõe em sua obra intitulada de ‘Teoria dos Direitos Fundamentais’, que os princípios, assim como as regras, têm função de otimizar as possibilidades, no sentido de que, deve-se avaliar quais são as reais circunstâncias jurídicas por meio de um ato de avaliação e ponderação.

[...] o conflito entre regras pode ser solucionado, segundo o ordenamento normativo do direito, de duas maneiras: ou através de uma cláusula de exceção que uma faz regras teria, o que eliminaria o conflito ao estabelecer uma solução específica para o caso, ou então, uma delas estaria a lesar o ordenamento jurídico, o que a tornaria inválida, e, portanto, deveria tal regra ser expelida do mesmo ordenamento (ALEXY, 2002, p. 87-89).

Assim, de acordo com o pensamento desenvolvido por referido autor, o conflito entre princípios, deve priorizar a avaliação valorativa, ou seja, é preciso observar qual deles possui o maior peso e relevância em sua prevalência, visando sempre às melhores condições do destinatário de tais princípios.

De tal modo, se o conflito for resultado de contradição entre princípio e norma (por exemplo entre o artigo 231 da CF/88 e o princípio da dignidade humana), deverá o mesmo ser resolvido de acordo com a ponderação aplicada pelo executor da interpretação cognitiva.

Assim, segundo o autor, princípios são mandados de otimização, onde se determina que algo seja executado, enquanto as regras são comandos a serem cumpridos ou não, não subsistindo alternativa. Posto isso, em caso de configuração de conflitos entre princípios e normas, é preciso que se pratique o sopesamento.

De toda sorte:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta (ALEXY, 2008, p. 93/94).

Nesta senda, se existir conflito entre dois princípios, não há possibilidade de que os dois sejam aplicados, e, conseqüentemente, um deverá ceder em benefício do outro, ocorrendo, então, a determinação de precedência de um em razão do outro.

Desta feita, para o autor, diante de cada caso concreto em espécie haverá um princípio com maior relevância, e por isso deverá preceder ao outro, o que, em situação diversa talvez não aconteça.

Contudo, segundo os entendimentos de Alexy, se houver um conflito entre princípios, ou entre princípios e regras, deverá ser praticada a regra do sopesamento ou da máxima proporcionalidade, em que, por sua vez, deverá o hermeneuta observar o caso concreto com o intuito de constatar qual é a melhor solução para o destinatário da interpretação, executando a precedência acima exposta, pautando, ainda, sua análise proporcional nos princípios que são considerados máximos ao sujeito, dentre os quais, cita-se o respeito ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Por isso, em relação aos direitos indígenas, cumpre lembrar que as normas pátrias asseguram alguns direitos peculiares a essa condição, tais como os já elucidados em análise do artigo 231 da CF/88 (por exemplo o exercício de sua cultura), que, por vezes, podem acabar se chocando com alguns princípios fundamentais, tal como a preservação do direito à vida (por exemplo aldeias que praticam o infanticídio indígena).

Nesse diapasão, segundo Alexy, quando houver a presença desses conflitos indigenistas entre princípios, ou entre regras e princípios, deverá se sopesar visando à maior proteção do indígena, ou seja, o exercício da cultura assegurado no artigo da CF acima citado, não pode ser considerado ilimitado e absoluto, devendo sofrer limitações quando ferir os princípios basilares inerentes a esses sujeitos.

3.1.2 Projeto de Lei nº 1.057/2007 - “Lei Muwaji”

O projeto de lei de número 1.057 do ano de 2007 simboliza um dos maiores embates em relação ao universalismo dos direitos humanos e o relativismo cultural, nessa

análise, relativismo indigenista. Assim, referido projeto teve por escopo coibir diversas práticas indígenas que vão ao encontro ao que prega e protege os direitos humanos e as leis adotadas pela sociedade civil, tais como, infanticídio, abuso sexual e maus tratos a crianças.

Tal projeto é de autoria do deputado Henrique Afonso filiado ao Partido dos Trabalhadores do Acre, e até os dias atuais, meados de junho de 2015, o mesmo encontra-se paralisado para votação na Câmara dos Deputados. No entanto, o mesmo obteve aprovação da Comissão de Constituição e Justiça em vinte e três de novembro de dois mil doze.

Assim, referido projeto de lei é relativo ao combate às condutas culturais indígenas que acabam por ferir aquilo que os Direitos Humanos/Direitos Fundamentais, entendem e disciplinam como garantias mínimas do sujeito, tal como a própria vida.

Nessa senda, o projeto de lei, composto por oito artigos, recebeu o nome de “Lei Muwaji” a fim de se homenagear a mãe de uma criança indígena que nasceu portadora de deficiência intelectual (Tribo Suruwahás – sudoeste do Amazonas), e que impediu a tradição nativa, qual seja, retirar a vida das crianças nascidas com deficiência por acreditarem que a mesma não é pura, além de não conseguir desenvolver as práticas silvícolas (ESTEVEZ, 2012, p. 39).

Destarte, segundo argumentação do editor a lei, a mesma possui a finalidade de respeitar a cultura, crença, valores e etnografia indigenista, conforme assegura a Constituição Federal. Todavia, tais práticas, segundo o projeto, deverão ser realizadas apenas quando não contrariarem os direitos humanos/fundamentais, ou seja, o relativismo cultural deveria (á) respeitar o universalismo dos direitos humanos.

Na justificativa do texto, Henrique Afonso afirma que:

A presente proposição visa cumprir o disposto no Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulga a Convenção sobre os direitos da criança, a qual, além de reconhecer o direito à vida como inerente a toda criança (art. 6º), afirma a prevalência do direito à saúde da criança no conflito com as práticas tradicionais e a obrigação de que os Estados-partes repudiem tais práticas, ao dispor, em seu artigo 24, nº 3, o seguinte: “Os Estados-partes adotarão todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança” (BRASIL, Lei de nº. 1.057 de 2007).

Diante da citação acima, nota-se que o objeto do projeto consiste em vedar a prática de ações indígenas, as quais, por sua vez, o sujeito detentor da cultura societária civil entende como nociva, e, por conseguinte, entende merecer a proibição pelas funções legislativa, executiva e judiciária do poder estatal.

Nesse diapasão, são consideradas contrárias aos direitos humanos/fundamentais o artigo 2º do seu texto, o homicídio de crianças nascidas: I- na falta de um dos pais, gêmeos, II- portadoras de deficiências físicas ou psíquicas, III- de crianças que nasceram em um período curto em relação ao irmão mais velho, IV- quando há preferência de sexo pela tribo, V- que estão em um número acima daquele considerado bom para a aldeia, VI- que nascem com marcas ou sinais que as diferencie das demais, e, VII- desnutridas (BRASIL, Lei de nº. 1.057 de 2007, art. 2º, incisos I ao X).

A partir dos casos acima citados em que se veda o homicídio de crianças que se enquadrem em tais situações, vedaram-se no projeto de lei, ainda, os abusos sexuais ocorridos dentro das tribos, já que, esse pode ser considerado, segundo o autor do projeto, uma prática comum em algumas credences indigenistas (BRASIL, Lei de nº. 1.057 de 2007, art. 2º, XI).

Pretendeu-se, com a lei, obrigar as pessoas, que conhecessem tais situações ou na iminência das mesmas acontecerem, a informarem à FUNAI ou à FUNASA a respeito de referidas ações, sob pena de responderem criminalmente por tais omissões, conforme se vê no corpo dos artigos a seguir citados:

Art. 3º. Qualquer pessoa que tenha conhecimento de casos em que haja suspeita ou confirmação de gravidez considerada de risco (tais como os itens mencionados no artigo 2º), de crianças correndo risco de morte, seja por envenenamento, soterramento, desnutrição, maus-tratos ou qualquer outra forma, serão obrigatoriamente comunicados, preferencialmente por escrito, por outras formas (rádio, fax, telex, telégrafo, correio eletrônico, entre outras) ou pessoalmente, à FUNASA, à FUNAI, ao Conselho Tutelar da respectiva localidade ou, na falta deste, à autoridade judiciária e policial, sem prejuízo de outras providências legais.

Art. 4º. É dever de todos que tenham conhecimento das situações de risco, em função de tradições nocivas, notificar imediatamente as autoridades acima mencionadas, sob pena de responsabilização por crime de omissão de socorro, em conformidade com a lei penal vigente, a qual estabelece, em caso de descumprimento: Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa (BRASIL, Lei de nº. 1.057 de 2007).

Assim, aquele que tiver ciência das condutas consideradas nocivas e não comunicar às autoridades competentes, conforme elencadas no artigo terceiro, responderá

pelo crime de omissão de socorro, sendo aplicada ao mesmo pena de detenção de um a seis meses, ou multa.

De tal modo, assegura o artigo 5º do projeto em comento, que tal crime de omissão de socorro aplica-se, também, às autoridades (FUNAI, FUNASA, Conselho Tutelar, autoridade judiciária e policial) quando estas forem notificadas e não adotarem as medidas necessárias para fazer cessar tais condutas.

O artigo sétimo do projeto em comento salienta, seguindo o disposto nas resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, que as medidas que deverão ser adotadas para coibir, minimizar ou erradicar as condutas nocivas das populações indígenas, devem pautar-se na educação e diálogos entre as comunidades indigenistas e órgãos governamentais, com o apoio da sociedade civil, calcados nos direitos humanos.

Quando não possível realizar tais práticas preventivas, as autoridades competentes deverão agir no seguinte sentido:

Art. 6º. Constatada a disposição dos genitores ou do grupo em persistirem na prática tradicional nociva, é dever das autoridades judiciais competentes promover a retirada provisória da criança e/ou dos seus genitores do convívio do respectivo grupo e determinar a sua colocação em abrigos mantidos por entidades governamentais e não governamentais, devidamente registradas nos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente. É, outrossim, dever das mesmas autoridades gestionar, no sentido de demovê-los, sempre por meio do diálogo, da persistência nas citadas práticas, até o esgotamento de todas as possibilidades ao seu alcance.

Parágrafo único. Frustradas as gestões acima, deverá a criança ser encaminhada às autoridades judiciárias competentes para fins de inclusão no programa de adoção, como medida de preservar seu direito fundamental à vida e à integridade físico-psíquica (BRASIL, Lei de nº. 1.057 de 2007).

Analisando, o texto normativo, se referidas ações mantiverem-se praticadas em tribos indígenas, as autoridades competentes deverão intervir nas mesmas, retirando, de maneira provisória, tais crianças e /ou seus genitores das tribos habitadas, encaminhando-os a abrigos, para que equipes promovam o diálogo e educação dos mesmos a fim de se abolir tais práticas contrárias às normas positivadas pela sociedade civil. Em caso de devolução dos mesmos e continuidade das nocividades, referidas crianças deverão ser encaminhadas à lista de adoção, com o intuito de se preservar a integridade física/psíquica da mesma.

No contexto dos antropólogos e sociólogos, tal projeto de lei representa uma afronta à cultura indigenista, ao passo que simboliza uma imposição de valores

originalmente ocidentais à cultura nativa, considerando, como exemplo, o infanticídio inconcebível.

Nota-se que o próprio Código Penal, assim como a Constituição Federal tipificam como crime o infanticídio, ou seja, não há a necessidade de se criar uma lei para se criminalizar tais práticas. Vislumbra-se que tal projeto, busca legalizar a intromissão do homem “branco” na sociedade nativa com o intuito de lhe impor práticas que para a cultura nacional se tem como corretas, oprimindo, assim, aqueles que são considerados “anormais” por não estarem ligados e praticando o que ditam as normas.

Seguindo referido pensamento defendido no projeto de lei, no ano de 2008 foi proposto um projeto de Emenda Constitucional (PEC) de número 303, o qual tinha como fundamento a alteração do artigo 231 da Constituição Federal, o qual, hoje possui como teor de sua redação o reconhecimento ao índio de sua organização social, crença, cultura, língua, costumes e tradições. Devendo o texto possuir a seguinte redação:

Art. 231 - São reconhecidos aos índios, respeitadas a inviolabilidade do direito à vida nos termos do artigo 5º desta Constituição, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, PEC 303, 2008).

No entanto, referido projeto fora rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania sob o argumento de que o direito à vida não pode ser considerado direito inviolável ao passo que a própria Constituição Federal assegura a seu povo indígena o direito ao exercício de suas crenças, e que, em se tratando de comunidades isoladas, as tribos poderão aplicar aos transgressores de suas normas, as sanções que os mesmos entenderem conveniente e foram estipuladas como normas, sem qualquer intromissão do Estado. Entendimento este defendido pelo Deputado Regis de Oliveira⁷.

Conforme já se abordou no presente trabalho, ao se analisar a história das sociedades indígenas, vê-se que os pertencentes a tais grupos minoritários sempre foram alvos frágeis dos colonizadores, e, a partir de tal hipossuficiência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), inovou na órbita jurídica concedendo aos grupos minoritários e oprimidos o seu reconhecimento como seres humanos diversificados.

⁷Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Proposta de emenda à Constituição nº 303, de 2008. Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/635769.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

Após tal inovação, alguns Tratados – Pactos surgiram com o intuito de abarcar mais situações que assegurem a existência e reconheçam direitos de grupos segregados, tal como o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já trabalhado neste estudo, em que se garante aos diferenciados etnograficamente o exercício de sua cultura sem qualquer interferência ou imposição de grupos majoritários.

Destarte, visualiza-se, de acordo com o ordenamento adotado pelo Brasil que se reconhece o relativismo cultural, em que a Constituição Federal assegura aos indígenas o seu respeito e exercício de diversidade etnográfica. Porém, não se pode ignorar a universalidade dos direitos humanos, conforme dispõe o Projeto de Lei de nº. 1.057 de 2007.

Questiona-se tal interferência no sentido de que a Constituição Federal assegura essa proteção, onde se deve respeitar o diferente sem lhe impor condutas que se acredita serem as corretas, o que, na prática, não tem acontecido, já que, estão querendo aplicar normas da sociedade civil em tribos que são consideradas isoladas, como no caso do Projeto de Lei supramencionado.

A partir do que foi exposto nesse tópico, importante se faz a análise do indígena a fim de se apurar sua integração ou não social, já que, tais práticas nativas serão respeitadas, sem interferência estatal nos casos em que não há consciência do indígena quanto à prática de delito qualificada na lei penal, ou seja, apenas em casos de sujeitos ativos não integrados e nem em vias de integração.

Se não bastasse, tem-se que a punibilidade do sujeito em razão da prática delitiva deverá ser mensurada em razão de sua culpabilidade, que, por sua vez, pode ser aferida a partir da realização de exame antropológico ou não, o qual será objeto de estudo do próximo tópico.

3.2 Necessidade ou não do exame antropológico e sua obrigatoriedade

Inicialmente, cumpre salientar que o exame antropológico é uma espécie de perícia realizada por profissionais habilitados a fim de fornecer subsídios técnicos que auxiliem ao magistrado no julgamento de determinada lide, fazendo com que o caso litigioso seja composto da forma mais justa.

Assim, os itens que compõem o laudo antropológico serão determinados pela FUNAI – Fundação Nacional do Índio, específicos para cada diligência. No entanto, de modo geral, inicialmente faz-se uma narrativa dos fatos ocorridos, pelos quais o sujeito

está sendo incriminado, elaborando-se um paralelo com o contexto histórico e cultural da tribo indígena a qual o sujeito encontra-se vinculado ou não; aplicando-se métodos etnográficos, genealógico, história de vida, e da etno-história.

Apresentar-se-á, ainda, no laudo, uma demarcação territorial da aldeia que o indígena pertence, distinguindo-o dos demais, com o intuito de se apurar com detalhes a cultura daquele determinado povo. Responder-se-ão, ainda, na perícia, aos quesitos elaborados pela FUNAI, assim como àqueles que a equipe multidisciplinar julgar necessários para aferir o discernimento do sujeito. Sendo que, ao final, serão redigidas as considerações dos peritos acerca da consciência ou não do sujeito diante da prática delitativa, bem como se o mesmo possuía condições de se determinar diante da situação delituosa, ou seja, aferir-se-á a culpabilidade do mesmo.

Destarte, os laudos oriundos de exames antropológicos são elaborados por uma equipe multidisciplinar, composta por peritos, biólogos, assistentes sociais, dentre outros profissionais (a causa em questão é que irá determinar a composição da equipe multidisciplinar), que, por sua vez, obtiveram aprovação em concurso oficial para perito, ou, na falta destes, poder-se-á (o poder público) contratar antropólogos por meio particular para que realizem tais perícias, com o intuito de se constatar a imputabilidade do sujeito, ou melhor, o seu grau de discernimento e compreensão da prática ilícita (CARREIRA, 2005, p. 248).

Antes de se adentrar ao tema da obrigatoriedade do exame antropológico no caso de crimes praticados por indígenas, importante se faz a retomada à análise do estágio de integração dos mesmos à sociedade civil, já que tal laudo, para alguns, possui a incumbência de determinar se o índio está integrado, em vias de integração ou não integrado.

Nesta senda, tem-se que os nativos, diante das normas já expostas no presente trabalho, necessitam de proteção jurídico-penal condizente com sua situação de hipossuficiência cultural em razão da opressão e segregação sofrida pelos mesmos, bem como pelo fato de possuírem diversidade étnica.

Referida diversidade de tratamento e reconhecimento dos sujeitos indígenas como diferenciados asseguram a disparidade e divergência de tratamento jurídico aos índios em relação ao homem da sociedade comum, conforme assegura a Convenção da OIT 169, Constituição Federal, Lei nº. 6.001 de 1973, dentre outras normas.

Todavia, como outrora analisado, a proteção legal conferida aos indígenas, na seara penal, acaba, na prática, sendo a mesma destinada a todos os sujeitos que cometem

crimes, qual seja, por exemplo, a aplicação do artigo 26 do Código Penal. Entretanto, o que se nota de disparidade é a observação do disposto no artigo 56 do mesmo instituto, que, por sua vez, retrata a aplicação de pena diferenciada aos mesmos (o que será objeto de estudo em tópico específico).

Dispõe Bruno César Luz Pontes em obra coletiva intitulada de Direito Penal e Povos Indígenas que: “não existe, então, um eventual arcabouço legal a proteger criminalmente o índio. Quem insiste em propagar este entendimento não conhece o sistema penal brasileiro ou age de má-fé, insuflando a sociedade contra os índios” (PONTES, 2012, p. 200).

Seguindo essa linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça- STJ solidificou seu entendimento no sentido de que, quando existirem provas nos autos de que o indígena é integrado à sociedade, o mesmo será imputável; quando em vias de integração, semi-imputável, e se isolado, o mesmo deverá ser equiparado ao sujeito inimputável, o que será comprovado, quando existirem dúvidas de tal integração, por meio do exame antropológico. Observe:

EMENTA: Direito Penal e Processual Penal. "Habeas Corpus". Crime praticado por indígena. Competência. Súmula 140 do STJ. Ausência de exame antropológico e de idade. Cerceamento de defesa. Aculturação. Instrumento deficiente. A competência para o processamento e o julgamento das infrações penais em que figure índio como autor ou vítima, não havendo disputa de interesses da comunidade indígena, é da Justiça Estadual. Súmula 140 do STJ. É incabível o conhecimento da alegação de cerceamento de defesa, na via do "habeas corpus", **quando se considera admissível a dispensa do laudo antropológico a fim de aferir a imputabilidade penal do índio, em face das provas de aculturação, não se formando o instrumento do "writ" com as peças motivadoras do convencimento da autoridade** apontada coatora. Ordem denegada.140140 (25003 MA 2002/0136661-4, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 08/09/2003, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.12.2003 p. 406LEXSTJ vol. 173 p. 260RT vol. 825 p. 535) (destaque nosso) (BRASIL, 2003).

De toda sorte, visualiza-se que referido Tribunal compreende que se inexisterem provas que comprovem a aculturação do sujeito indigenista (as quais serão analisadas no próximo tópico), o exame antropológico deverá ser realizado para se aferir o grau de imputabilidade do sujeito.

Corroborando com tal entendimento, mais um julgado do Tribunal em comento (STJ):

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. MENORES INDÍGENAS. AUSÊNCIA DE LAUDO ANTROPOLÓGICO E SOCIAL. DÚVIDAS QUANTO AO NÍVEL DE INTEGRAÇÃO. NULIDADE. Somente é dispensável o laudo de exame antropológico e social **para aferir a imputabilidade dos indígenas** quando há nos autos provas inequívocas de sua integração à sociedade. No caso, há indícios de que os menores indígenas, ora pacientes, não estão totalmente integrados à sociedade, sendo indispensável a realização dos exames periciais. É necessária a realização do estudo psicossocial para se aferir qual a medida sócio-educativa mais adequada para cada um dos pacientes." Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação dos menores sem a realização do exame antropológico e psicossocial.(40884 PR 2005/0000726-0, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 06/04/2005, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 09.05.2005 p. 445) (grifo nosso)(BRASIL, 2005).

Nesse sentido, notória encontra-se a compreensão de que o exame antropológico deverá ser realizado quando não existirem outros meios inequívocos de demonstração da integração do nativo, com a finalidade de se demonstrar a sua culpabilidade, a qual, por sua vez, terá repercussão direta na responsabilização do sujeito.

Assim sendo, faz-se uma ligação tênue entre o artigo 4º do Estatuto do Índio, e o artigo 26 do Código Penal, chegando-se ao entendimento de que: “o índio integrado é imputável; índio em vias de integração é índio semi-imputável; índio isolado é índio inimputável (VILLARES (coord.); PONTES, 2012, p. 210).

Todavia, nada obsta que um índio que, de acordo com a relação acima exposta, seja integrado à sociedade civil e seja portador de doença mental completa ou não, o que, por conseguinte, culmina em seu enquadramento como inimputável, ou semi-imputável, dependendo do grau da deficiência.

Posto isso, frisa-se que diante da omissão da Constituição Federal, bem como das normas infraconstitucionais acerca da obrigatoriedade ou não da realização do exame antropológico, ficou a cargo da doutrina e dos Tribunais, por meio de jurisprudência, fixar a necessidade ou não da realização do exame indigenista.

Nesse sentido, os Tribunais pátrios têm entendido que o laudo será dispensado quando o magistrado estiver convencido da aculturação do indígena (integração) por meio das provas juntadas aos autos. Todavia, em caso de dúvida quanto à integração, deverá ser solicitada a realização do exame. Conforme se vê:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ESTUPRO. MENORES INDÍGENAS. AUSÊNCIA DE LAUDO ANTROPOLÓGICO E SOCIAL. DÚVIDAS QUANTO AO NÍVEL DE INTEGRAÇÃO. NULIDADE. Somente é dispensável o laudo de exame antropológico e social para aferir a

imputabilidade dos indígenas quando há nos autos provas inequívocas de sua integração à sociedade. No caso, há indícios de que os menores indígenas, ora pacientes, não estão totalmente integrados à sociedade, sendo indispensável a realização dos exames periciais.[...] Havendo prova inequívoca de ser o índio completamente integrado na civilização, sendo eleitor, habilitado para dirigir veículo, operador em instituição financeira, pode o juiz prescindir do laudo antropológico para aferir a imputabilidade penal (BRASIL, 2005).

EMENTA: I. Habeas corpus: crime de latrocínio praticado por índio: competência da Justiça estadual: precedente: HC 80.496, 1ª T., 12.12.2000, Moreira, DJ 06.04.2001. II. Instrução processual e cerceamento de defesa: infração penal praticada por indígena: **não realização de perícias antropológica e biológica: sentença baseada em dados de fato inválidos: nulidade absoluta não coberta pela preclusão.** [...] (destaque nosso) (BRASIL, 2006).

Nota-se, diante dos julgados acima, que não há a obrigatoriedade no caso de existirem elementos probatórios da integração social do indígena à sociedade civil nacional. Todavia, referido entendimento é criticado pela Associação Brasileira de Antropologia – ABA, que por sua vez entende ser obrigatório o exame antropológico oriundo de peritos especialistas no assunto, a fim de se aferir o grau de discernimento do indígena, vez que, o magistrado, na maioria dos casos, não é detentor de conhecimento técnico para tal mensuração.

Outra questão criticada pelos antropólogos é o fato da incoerência dos termos adotados pela jurisprudência no sentido da coleta de provas pelo exame antropológico. Segundo os Tribunais, o laudo antropológico determinará a imputabilidade do sujeito, o que não merece prosperar, vez que, referida perícia deverá fornecer informações quanto aos outros elementos da culpabilidade do sujeito (exigência de conduta diversa e potencial conhecimento da ilicitude), e não, apenas, de sua (in) imputabilidade, que por sua vez, pode ser caracterizada quando o sujeito é portador de doença mental ou desenvolvimento intelectual incompleto/retardado, menoridade e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

Nessa senda, no projeto do Estatuto das Sociedades Indígenas (PL nº. 2.057 de 1991) consta um artigo obrigando o magistrado a requerer o exame antropológico nos casos de crimes praticados por sujeitos indígenas, independe de existirem outras provas, com a finalidade de se garantir a proteção aos direitos constitucionais estabelecidos a esse grupo minoritário.

Art. 90 - Nos processos criminais contra índios, o juiz ordenará a realização de perícia antropológica, que determinará o grau de consciência da ilicitude do ato praticado, para efeito da aplicação do disposto no Artigo 21 do Código Penal.

Parágrafo único - As penas de detenção e reclusão serão cumpridas em regime aberto, preferencialmente na aldeia em que vive o índio (BRASIL, PL nº. 2.057 de 1991).

Contudo, Bruno César Luz Pontes (2012), pondera que não há necessidade de se introduzir novo artigo de lei dispendo a respeito do exame antropológico, já que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 231 e 215, § 1º. assegura aos indígenas as proteções e valorizações de suas peculiaridades, as quais serão concretizadas por meio da realização do laudo, já que, conforme salientado, o magistrado pode não possuir tal habilidade técnica.

Se não bastasse, a Convenção 169 da OIT assegura em alguns de seus artigos que:

Artigo 5º.

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e deverá levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;

b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;

[...]

Artigo 8º

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

[...]

Artigo 9º.

[...]

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto (BRASIL, Lei n. 5.051, 2004).

Dessa forma, vislumbra-se que referida Convenção que entrou em vigor no Brasil em 2004, por meio da Lei nº. 5.051, assegura aos indígenas, proteção e tratamento diferenciado dos demais membros sociais, e que, para que tais medidas sejam adotadas (de diferenciação) é preciso que se leve em consideração as peculiaridades dos sujeitos, o que, deverá ser fixado por meio da realização de exame antropológico por profissional habilitado, com o intuito de se garantir a segurança jurídica do processo.

Não é o simples comportamento do sujeito que vai enquadrá-lo como índio integrado ou não. Segundo o que já foi estudado no presente trabalho, o que o enquadra

como indígena é o critério da autodeterminação, suas práticas indigenistas, bem como o reconhecimento da comunidade em relação ao pertencimento daquele sujeito à determinada tribo ou não.

Assim, não se pode determinar que o sujeito proprietário de um celular ou de um carro, por exemplo, encontra-se integrado à sociedade civil comum, já que, tal definição deverá levar em consideração outros fatores, como se citou anteriormente, por exemplo, o potencial conhecimento da ilicitude do fato e a possibilidade de determinar-se diante da situação.

Mesmo que não exigida pelo magistrado, poderá a parte, por meio do seu advogado, solicitar a realização de exame antropológico a fim de se preservar os direitos inerentes ao indígena. Porém, nos moldes dos artigos 149 e 184 do Código de Penal, poderá o juiz recusar tais pedidos de laudos sob o fundamento de que os mesmos não são necessários ao esclarecimento da verdade, já que se encontra a autoridade convencida da integração do sujeito à sociedade civil.

Por outro lado, os arts. 149 e 184 do Código de Processo Penal indicam ao magistrado que ele poderá negar perícias requeridas quando não forem necessárias ao esclarecimento da verdade. Mas de qual verdade se trata? No caso dos índios, a verdade passa, inevitavelmente, pelos aspectos tradicionais, culturais e costumeiros da sua etnia. O magistrado, então, não poderá dizer que é desnecessário o exame antropológico para descobrir a verdade cultural e tradicional do índio.

[...]

Com base no laudo antropológico, o magistrado deverá se ater mais à especificidade do caso, mais à justeza da decisão a ser tomada, mais à interação com o mundo dos índios (VILLARES; PONTES, 2012, p. 221-222).

Por fim, cumpre salientar que, nas normas pátrias, literalmente, não há obrigatoriedade de solicitação de exame antropológico pelo magistrado, sendo o entendimento dos Tribunais no sentido de que se houver prova da integração do índio à sociedade civil, poderá o mesmo dispensar tal perícia. Entretanto, se não existirem tais provas, o exame pericial realizado por equipe multidisciplinar é de realização obrigatória, ou seja, necessária.

Em relação ao sujeito ativo do delito, se for considerado obrigatória tal realização pericial, não poderá o indígena recusar-se a realizá-la, já que a mesma configura meio esclarecedor para que o magistrado mensure a culpabilidade do sujeito e sua consequente responsabilização, não enquadrando tal conduta, como produção de prova contra si mesmo.

No entanto, ressalta-se que o laudo antropológico nada mais que é um laudo pericial, e nesse sentido, não se encontra o magistrado preso ao mesmo, podendo aceitá-lo em todo, em parte ou rejeitá-lo, desde que comprove justificadamente tais condutas, conforme preconiza o artigo de número 182 do Código de Processo Penal.

Em última análise, cumpre mencionar que se for o laudo de presença obrigatória no processo, haja vista não estarem presentes os elementos convincentes do magistrado acerca da integração do sujeito, e o exame não for realizado, é possível a declaração de nulidade da sentença por meio da alegação de ausência de perícia que é considerada obrigatória segundo o entendimento dos Tribunais pátrios por se tratar de matéria de ordem pública (BRASIL, Código de Processo Penal, Art. 564).

Como não foi localizada jurisprudência específica que justifique a não possibilidade de recusa do índio para a realização de exame pericial, equipara-se tal situação ao caso da perícia determinada para aferir a sanidade mental do réu. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que:

Prestação sem que o réu fosse submetido a exame de sanidade mental, tempestivamente requerido- Sua recusa apresentar-se à perícia- Silêncio da defesa a respeito- Irrelevância- Internação coercitiva em manicômio judiciário ou estabelecimento adequado- Matéria de interesse público. Não devia o Julgador de primeiro grau, como alerta o Procurador de Justiça, dar por encerrado o processo incidente só pelo fato de não querer o réu se submeter a perícia médica. Estava na alçada do Magistrado processante, 'ante o impasse surgido, determinar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em estabelecimento adequado, nos termos do art. 150 do CPP, onde se procederia à perícia no prazo previsto em lei'. E como bem ressalta o digno Procurador, desse proceder não surgiria constrangimento ilegal algum, porque, se se obriga a vítima a submeter-se a exame de corpo de delito, de cujo resultado depende o ajuizamento de ação penal pública, o que dizer-se quando esta coerção é de ser exercida contra o acusado, mormente em se tendo por norte a obtenção de um exame de sanidade mental, que se mostra como matéria de interesse público? Destarte, o recorrente não podia ser pronunciado sem que se resolvesse a questão de ampla importância, qual seja, aquela acima referida (BRASIL, TJSP- Rec.- Rel. Onei Raphael- RJ 550/289).

Diante do julgado acima exposto, traçando-se um paralelo interpretativo entre o réu que deverá ser submetido ao exame de sanidade mental, e o índio ao exame antropológico, compreende-se que este, enquanto réu, não pode se recusar a realizar o exame antropológico quando tal perícia for determinada pelo magistrado em caso de inexistência de elementos externos comprobatórios de sua integração social (conforme se analisará no próximo tópico), por se tratar de matéria de ordem pública.

Prosseguindo nessa linha de raciocínio, no tópico a seguir serão abordados os casos em que o magistrado encontra-se convencido da integração indígena ao seio social civil comum, e por tal fato, a jurisprudência exclui a obrigatoriedade do exame antropológico para se analisar a culpabilidade do sujeito quanto aos outros requisitos da culpabilidade (exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude do fato), e não apenas à imputabilidade.

3.2.1 Esparsos entendimentos jurisprudenciais sobre os elementos que dispensam a realização do exame antropológico

Conforme se observou no tópico anterior, o exame antropológico a fim de se aferir a culpabilidade do sujeito indígena quanto ao conhecimento da conduta ilícita praticada pelo mesmo, bem como sua possibilidade de ordenamento diante do fato, pode ser dispensada pelo magistrado quando este estiver convencido de que o autor do fato encontra-se integrado à sociedade civil comum.

De tal modo, o exame é utilizado como determinante ou não da culpabilidade do sujeito índio, bem como, da individualização da pena segundo o disposto no artigo 56 da Lei nº. 6.001 de 1973 (que será observado no tópico da fixação e cumprimento de pena). Assim, busca-se esclarecer o grau de integração do sujeito à sociedade civil, determinando-se, assim, se o índio é integrado, em vias de integração ou não integrado (silvícola).

Nesse sentido, no presente tópico, buscar-se-á evidenciar quais são as provas consideradas pelo magistrado a fim de se assegurar a integração do sujeito indígena à sociedade civil, e, por conseguinte, dispensar a realização do exame antropológico, tais como fluência da língua portuguesa, capacidade para liderar quadrilha, ser portador de Carteira Nacional de Habilitação – CNH, alfabetização, portador de Cadastro de Pessoa Física – CPF, dentre outras provas.

Demonstrando tal entendimento, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Pará coaduna nesse sentido, dispondo que:

TRF-1 - HABEAS CORPUS HC 55226 PA 0055226-05.2012.4.01.0000(TRF-1). Data de publicação: 22/10/2012. Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. ÍNDIO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DISPENSABILIDADE. PROVA INEQUÍVOCA DE INTEGRAÇÃO DO ÍNDIO À CIVILIZAÇÃO. ORDEM

DENEGADA. 1. Embora o paciente seja identificado como índio, é de se ressaltar que está integrado à sociedade e aos costumes da civilização, conforme pode se inferir do boletim de vida pregressa (fl. 66), carteira de identidade (fl. 358), cadastro de pessoa física (fl. 359). Outro fator que demonstra estar o paciente integrado à sociedade é sua fluência na língua portuguesa, bem como o fato de exercer a profissão de carpinteiro, ser casado, católico praticante, conforme se verifica de seu depoimento de fls. 152/154. 2. O laudo antropológico pode ser dispensado em caso de prova inequívoca da integração do indígena à civilização (Precedentes do STJ e do STF). 3. Ordem denegada (BRASIL, TRF-1 - HABEAS CORPUS HC 55226 PA 0055226-05.2012.4.01.0000, 2012).

Nota-se que em referido julgamento de concessão de *Habeas Corpus* a sujeito indígena em razão de tráfico de drogas, o Tribunal em comento reconheceu a dispensabilidade do exame antropológico por estarem presentes circunstâncias que demonstraram ser o paciente (índio) integrado à sociedade civil comum, por ter fluência em língua portuguesa, ser carpinteiro, casado e católico. Fatos estes que comprovaram, para o Tribunal, de maneira inequívoca a integração do sujeito, e como consequência, demonstrada restou a comprovação de sua culpabilidade comum, como de qualquer outro sujeito não indígena.

Em segunda análise, tem-se um julgado proferido em dezesseis de novembro de 2004, pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar outro *Habeas Corpus*:

STJ - HABEAS CORPUS HC 30113 MA 2003/0154495-0 (STJ). Data de publicação: 16/11/2004.**Ementa:** 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. I. Hipótese em que o paciente, índio Guajajara, foi condenado, juntamente com outros três co-réus, 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 desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes**, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da **falta** de laudo **antropológico**. IV. Precedentes do STJ e do STF. V. Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n.º 6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é

necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional. VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio , o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido in casu. Precedentes. VII. Ordem denegada **(STJ - HABEAS CORPUS HC 30113 MA 2003/0154495-0 (STJ))**(grifo nosso) (BRASIL, STJ - HABEAS CORPUS HC 30113 MA 2003/0154495-0 (STJ), 2004).

Diante da ementa acima exposta, compreende-se que o STJ levou em consideração ao dispensar a realização do exame antropológico o fato de o paciente do HC 30113 MA 2003/0154495-0 ter fluência em língua portuguesa em certo nível, possuir destreza na condução de motocicleta (mesmo sem possuir carteira nacional de habilitação), bem como ter o sujeito habilidade para a prática criminosa, demonstrada por participações em reuniões de traficantes.

Alegou-se, pela defesa do paciente, que a ausência da perícia antropológica configuraria cerceamento de defesa. Tese essa que foi rebatida pelos julgadores do STJ sob a argumentação de que quando estiverem presentes elementos que convençam o julgador de que o indígena encontra-se integrado à comunidade nacional, poderá o Juiz dispensar o exame em questão.

Confirmando a disparidade de informações que, por sua vez, convencem ao magistrado da integração do índio à sociedade e a conseqüente desnecessidade da realização do exame antropológico, cita-se jurisprudência do Superior Tribunal Militar de 2007 ao julgar pedido de *Habeas Corpus*:

STM – SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR- HC 34404 MS 2007.01.034404-7 (STM). Data de publicação: 07/12/2007. Processo: HC 34404 MS 2007.01.034404-7. Relator(a): CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES. Julgamento: 08/11/2007. Publicação: Data da Publicação: 07/12/2007. Ementa: HABEAS CORPUS - REALIZAÇÃO DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA - PEDIDO INDEFERIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. Paciente denunciado e respondendo a vários processos pela prática dos crimes, em tese, do art. 187 e do art. 195 , ambos do CPM (deserção e abandono de posto) - **Alega**ção de que o paciente possui muita dificuldade para exercer suas atividades laborais e de entender a organização da sociedade e o caráter criminoso de determinadas condutas. Provas existentes nos autos atestando que o militar cursou até a 8ª série do 1º grau -Fluência na língua portuguesa - Núpcias contraídas com uma não-indígena - Integração do paciente ao meio social. Manutenção da decisão proferida pelo Juízo a quo - Art. 56 do Estatuto dos Índios - Aplicação da lei penal - Grau de integração do silvícola e da consciência da ilicitude do ato praticado. Habeas Corpus conhecido e denegação da ordem, por falta

de amparo legal. Decisão unânime. (STM – SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR- HC 34404 MS 2007.01.034404-7) (grifo nossos) (BRASIL, STM – SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR- HC 34404 MS 2007.01.034404-7, 2007).

No julgamento em 2007 do *habeas corpus* proposto, cuja ementa se comprova na citação acima, o Superior Tribunal Militar – STM decidiu que o autor, indígena, encontra-se integrado à sociedade, não restando qualquer dúvida quanto a referida posição social. Por não existirem receios quanto à integração social do nativo à sociedade civil comum, a jurisprudência dominante reconhece a não necessidade da realização da perícia por antropólogos.

Nesse sentido, no julgado demonstrado, o convencimento do Tribunal se deu pela comprovação de que o indígena foi alfabetizado e cursou até a oitava série do primeiro grau, e por tal fato tem fluência na língua portuguesa. Se não bastasse, o mesmo contraiu núpcias com uma mulher não indígena, o que, para o Tribunal evidencia a integração do sujeito ao seio social nacional.

O penúltimo julgado a ser analisado a fim de se demonstrar os critérios adotados pelo judiciário para a dispensabilidade do laudo antropológico é, mais um *habeas corpus*, a decisão de vinte e quatro de março de dois mil e quatorze, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça –STJ. Observe:

**STJ - HABEAS CORPUS HC 243794 MS 2012/0108607-8 (STJ).
Data de publicação: 24/03/2014. Ementa: HABEAS CORPUS. ART. 121 , § 2.º , III , DO CÓDIGO PENAL . (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2)PACIENTE. INDÍGENA. INTEGRADO À SOCIEDADE (POSSUI TÍTULO DE ELEITOR E DOMÍNIO DA LÍNGUA PORTUGUESA). INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 56 , PARÁGRAFO ÚNICO , DO ESTATUTO DO ÍNDIO . PENA DEFINITIVA FIXADA EM 12 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. (3) WRIT NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Esta Corte firmou o entendimento de que o **indígena integrado à sociedade**, nos termos do art. 4.º , III , do Estatuto do Índio , não se enquadra ao disposto no art. 56 , parágrafo único , do aludido Estatuto (cumprimento de pena em regime especial semiaberto), sendo, de rigor, a sua sujeição às leis penais impostas aos cidadãos comuns. Na espécie, o Tribunal a quo afirmou que **o paciente possui título de eleitor e domínio da língua portuguesa, evidenciando que está integrado à sociedade**, fato que respalda a aplicação do art. 33 , § 2.º , a, do Código Penal , uma vez que a pena foi fixada em 12 (doze)**

anos de reclusão. 3. Habeas corpus não conhecido (STJ - HABEAS CORPUS HC 243794 MS 2012/0108607-8) (grifo nosso) (BRASIL, STJ - HABEAS CORPUS HC 243794 MS 2012/0108607-8, 2014).

De toda sorte, em referido julgado de *habeas corpus*, em março de 2014, o STJ se posicionou no sentido de estar o indígena integrado à sociedade, devendo o mesmo receber o tratamento jurídico penal comum conferido aos membros da sociedade civil nacional de maneira geral.

Para se obter tal posicionamento, o Tribunal levou em consideração o fato de o paciente ser detentor de título de eleitor, e demonstrar domínio da língua portuguesa, o que gerou a aplicação do artigo 33, § 2º. do Código Penal, ou seja, privativa de liberdade.

Por fim, para exemplificar em um número de entendimentos diferenciados por diversos Tribunais, comenta-se o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – MS, no ano de 2007, ao julgar *habeas corpus*, de paciente indígena.

Entendeu o Tribunal que o sujeito ativo da demanda, paciente indígena, encontrava-se integrado, sem dúvidas, à sociedade civil, já que o mesmo apresentou-se como portador de título de eleitor, bem como estar em gozo dos direitos civis, como se vê:

Processo: HC 88853 MS 2007/0190452-1; Relator(a): Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG); Julgamento: 18/12/2007; Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA. Publicação: DJ 11/02/2008 p. 1; Ementa. 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 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 à 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.

6. Ordem denegada. (TJ/MS, HC 88853 MS 2007/0190452-, 2007) (grifo nosso) (BRASIL, HC 88853 MS 2007/0190452-1, 2007).

Por toda a jurisprudência acima citada, percebe-se que não há uma única orientação acerca dos itens que configuram a dispensabilidade da realização do exame antropológico quando o sujeito autor do crime seja considerado indígena. Assim, evidente se torna a insegurança jurídica que tal abertura legal gera aos direitos e garantias assegurados pelas normas pátrias de processamento e julgamento diferenciado destinado aos índios.

Por tal fato, viu-se que os Tribunais julgaram pela desnecessidade de laudo nos mais diversos casos, exemplificando, quando o índio possui carteira nacional de habilitação- CNH, título de eleitor, é alfabetizado, tem casamento com mulher da sociedade civil, tem fluência na língua portuguesa, sabe pilotar moto, está em gozo dos direitos civis, possuir habilidades com a prática criminosa, dentre outros itens pontuados.

Entretanto, além de se gerar insegurança jurídica já mencionada, os antropólogos sustentam que não são essas ações, mencionadas pelos Tribunais, que farão com que o indígena seja enquadrado na categoria dos índios integrados à sociedade civil, e, por isso, ter-se-ia a exclusão do mesmo da tutela do Estatuto do Índio.

Não se pode dizer que por exercerem determinadas condutas culturais, o sujeito abandona a sua cultura anterior e encontra-se inserido, exclusivamente, na nova cultura miscigenada. Por exemplo, um brasileiro que tenha fluência em língua inglesa, não deixou de ser detentor da cultura brasileira, e por isso não estará integrado à cultura norte-americana, devendo ser processado e julgado por estas normas positivadas (norte-americanas).

Nesse sentido, o Instituto Socioambiental dispõe em seu site que:

Se um índio dirige carro, vê televisão, ele deixa de ser índio?

A partir do contato com a nossa sociedade, uma série de mudanças ocorreu no modo de viver dos povos indígenas. Em relação a esse assunto, é preciso ter em mente dois aspectos.

Primeiro, que as culturas indígenas não são estáticas. Como quaisquer outras, elas mudam ao longo do tempo, mesmo que não seja por influência estrangeira. Por outro lado, é inegável que as mudanças decorrentes do contato com a nossa sociedade podem, muitas vezes, alcançar escalas preocupantes. Esse é o caso, por exemplo, de povos que perderam suas línguas maternas e, hoje, só falam o português. Nosso papel, como aliados dos índios, deve ser defender que tenham condições sociais, econômicas e políticas de absorver as novidades que vêm do contato, da forma como lhes parecer mais adequada.

Em segundo lugar, por trás das mudanças, com ritmo e naturezas diferentes em cada caso, há um fato fundamental: mesmo travando relações com os não-índios, os povos indígenas mantêm suas identidades e se afirmam como grupos étnicos diferenciados, portadores de tradições próprias. A identidade étnica, ou seja, a consciência de pertencimento a um determinado povo, resulta de um jogo complexo entre o "tradicional" e o "novo", o "próprio" e o "estrangeiro", que acontece sempre que populações diferentes vivem em contato. É importante lembrar disso antes de dizer que alguém "já não é mais índio" porque usa roupas, reza missa, assiste televisão, opera computadores, joga futebol ou dirige um carro (BRASIL, INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL BRASILEIRO, 2015).

Por tudo isso, importante se faz a compreensão de que pelo fato de o sujeito indígena ser detentor dos itens evidenciados pelos Tribunais acima, no julgamento dos casos expostos, não se pode afirmar categoricamente que o sujeito encontra-se integrado à sociedade civil, fato este que, para os antropólogos e para esta autora, não deveriam tornar desnecessária a realização do exame antropológico, já que, somente por meio deste poder-se-á evidenciar a compreensão da conduta e o discernimento do autor diante da demonstração dos itens compositores da culpabilidade, quais sejam, imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude do fato, e, exigibilidade de conduta diversa.

Destarte, segundo a regra geral do Código Penal, aquele que for considerado inimputável, ou não integrado à sociedade, o magistrado deverá determinar a aplicação da medida de segurança, conforme se verá mais detalhadamente no próximo tópico.

Posto isso, viu-se na presente dissertação que o índio não integrado é considerado inimputável pela jurisprudência e doutrina, o que, culmina/culminaria com a possibilidade de aplicação de Medida de Segurança ao mesmo. Todavia, seria prudente submetê-los à internação manicomial ou ambulatoria por ser detentor de cultura diversificada e não integrado à sociedade civil nacional? Este e outros itens correlatos serão abordados no item a seguir.

3.3 Da aplicação de pena ao indígena

Antes de se adentrar às formas de responsabilização penal do sujeito indígena, é preciso compreender o significado do termo apenar, que por sua vez, se faz presente dentre os homens desde a civilização humana, sendo que, em sua origem contextual histórica, vê-se que as penas eram praticadas com o intuito de preservação da espécie, passando, posteriormente, a ser utilizada como métodos preventivo e repressivo de condutas humanas.

Assim, a terminologia da pena deriva do latim *poena*, que se traduz como castigo, sanção, punição, sofrimento, vingança, e afins. Vê-se que a pena é aplicada como resposta à prática de determinada conduta considerada, pela norma, ilícita, ou seja, proibida e não tolerada socialmente, configurando, ainda, o objetivo da ação penal, qual seja, a apuração da responsabilidade penal do sujeito acusado.

Nesses moldes, Aníbal apud Shecaira & Alceu Corrêa, “pena é a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime”(2002, p. 182).

Assim, pode-se dizer que a pena é visualizada como a imposição de certa restrição de bens jurídicos, a qual é prevista em lei, àquele sujeito que agiu em desconformidade com o que a norma lhe impõe (DELMANTO, 2002, p. 67).

Uma das vertentes da pena é a visão de que ela tem caráter, principal, de ressocialização e readaptação do sujeito delinquente (aquele que feriu as normas impostas), bem como, prevenir que outros sujeitos pratiquem o mesmo ato, por meio da exemplificação que o caso apenado representou socialmente.

Em sentido crítico contrário, Zaffaroni sustenta que as penas podem ser vistas como um método de coerção, que cominam uma restrição de condutas (liberdade, direitos ou multa), gerando uma dor, e, por conseguinte, não restituem e não reparam bem a alguém, muito menos minimizam os eventuais novos danos sociais (ZAFFARONI, SLOKAR, p.52 e 53).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Foucault, sustenta, que:

Privar um cidadão do mais precioso dos bens, mergulhá-lo ignominiosamente no mundo do crime, arrancá-lo a tudo o que lhe é caro, precipitá-lo talvez na ruína e retirar-lhe, não só a ele mas à sua infeliz família, todos os meios de subsistência. Isso sem lhe dar nada em troca. Tem que reeducar,ressocializar, fazê-lo entender o dano e repará-lo (LANGRES, TROIS ORDRES, p. 483, apud FOUCAULT, Michel. 2012, p. 115).

Todavia, a crítica à forma de imposição de pena não é o cerne do presente trabalho, em que, busca-se avaliar como tal modelo de responsabilização penal é exercida em razão de ser o índio o autor de ilícitos penais. Nessa senda, analisa-se a seguir como o poder legislativo abordou tal situação, assim como, observa-se a aplicação de penas ao sujeito indígena.

De toda sorte, ao se falar em aplicação de pena ao sujeito indígena, é preciso observar que os mesmos podem ser processados em julgados pelo poder judiciário, como se verá, bem como pelas próprias tribos as quais se encontram inseridos.

3.3.1 A aplicação da pena pelas tribos

Com a aprovação da Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais – 169 OIT, pelo Brasil no ano de 2004, por meio do Decreto 5.051, houve a legalização em âmbito nacional para que os indígenas promovessem e aplicassem suas técnicas de sanções penais aos integrantes de suas tribos.

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto (BRASIL, Lei n. 5.051, 2004).

Destarte, naquilo em que as punições silvícolas não sejam incompatíveis com as normas adotadas pelo ordenamento brasileiro, bem como, com os direitos humanos, os membros competentes das tribos, poderão aplicar aos seus membros suas penas costumeiras e culturais.

Corroborando com tal entendimento, o Estatuto do Índio, regulamentado pela lei n. 6.001 de 1973, dispõe em seu artigo de número 57:

Art. 57. Será 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 (BRASIL, Lei n. 6.001, 1973).

De toda sorte, verifica-se que a norma infraconstitucional destinada à proteção singular dos povos indígenas (Estatuto do Índio), assegura em seu texto a tolerância às sanções aplicadas pelas tribos aos seus membros, observadas as regras de cada comunidade, bem como a não violação aos direitos humanos, e, desde que, não sejam cruéis, infamantes ou a aplicação da pena de morte.

Em caso de exercício de penas não condizentes com os direitos humanos, e as penas proibidas, conforme citações acima, deverá o Estado intervir no grupo indigenista visando coibir tais práticas, já que essas medidas de atuação são consideradas proibidas pelo ordenamento que regula a sanção penal tribal.

Salienta-se que, apenas o Estado possui o direito de realizar a punição do indivíduo que contrariar as normas positivadas, configurando-se, assim, o monopólio na detenção do direito de aplicar sanções. Nesse sentido, o artigo 345 do Código Penal, veda qualquer forma de aplicação da justiça com as próprias mãos, salvo as excludentes legais.

Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa (BRASIL, Código Penal, 1940).

Conforme já se abordou no presente estudo, existem diversas normas (Constituição Federal, Convenção 169 OIT, Estatuto do Índio, dentre outras) que reconhecem e protegem o exercício de práticas culturais e costumes dos povos indígenas, ou seja, legitimam a aplicação de normas sancionadoras penais pelas tribos indígenas aos seus integrantes transgressores, sem a intervenção estatal.

Ao se analisar a segunda parte do artigo 57 da lei 6.001, em que se proíbe a aplicação de “penas cruéis, pena de morte, ou infamante”, evidencia-se, sem olvidar, a intervenção estatal em cultura diversificada, limitando o exercício de costumes e cultura tradicionalmente adotadas por outro grupo que não seja pertencente à sociedade civil.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro determina que os membros aplicadores de sanções tribais aos seus sujeitos não podem agir e impor sanções infamantes, cruéis ou pena de morte. Posto isso, verifica-se ofensa ao texto Constitucional, mais precisamente, ao artigo 231, em que se assegura aos indígenas o exercício de suas crenças, costumes e culturas.

Nesse sentido, Gonzaga dispõe que:

Nos casos menos graves, a reação consistirá em mera sanção moral, gerando difusa reprovação da coletividade. Nos mais sérios, poderá haver uma sanção ritual, que torne o indivíduo impuro, com perigo para si próprio e para os que com ele mantenham contato, o que gera às vezes o seu apartamento da comunhão social; ou se chegará a verdadeiros castigos, de variada qualidade, com sanção retaliatória. Em se tratando de

delitos privados, os povos mais atrasados deixam à discricção da vítima responder à ofensa, e até mesmo a compelem a assim proceder (GONZAGA, s/d, p. 57-58).

Todavia, tem-se que, outra incongruência acerca da aplicação tribal e ação penal estatal reside no fato de que se for aplicada pena tribal, estaria o Estatal impedido de processar e julgar tal conduta diante do direito penal pátrio? Mas, se o Estado não restar impedido de julgar, também, o índio que infringiu as normas penais, tal comportamento estatal não configuraria *bis in idem*? Perguntas essas que serão respondidas nesse tópico.

Assim sendo, ressalta-se que não existe pacificação quanto à possibilidade de a aplicação de pena tribal aos seus membros excluir a punição do Estado, ou à permissão de julgamento concomitante pela tribo e, também, pelo poder judiciário.

Entretanto, analisando os textos normativos, dando ênfase à Constituição Federal (por exemplo, artigo 231), por meio de critério interpretativo, existe corrente defensora de que a aplicação de sanções pela Tribo exclui qualquer possibilidade de julgamento pelo Estado, visando sempre, o respeito da diversidade cultural assegurada pela Constituição Federal, e estar-se-ia diante da aplicação do *bis in idem*, ou seja, duplo julgamento pela prática de um único crime, ou do duplo *jus puniendi*, dois julgamentos pelo mesmo crime mas por Tribunais diferentes.

Posto isso, de acordo com o artigo 57 da Lei 6.001 de 1973, acima citado, gera-se o ensejo da quebra do *jus puniendi* exclusivo do Estado em razão da aplicação de normas penais, ou seja, quando o índio for apenado pela tribo a que pertence, não poderá haver ingerência Estatal.

Nesse sentido, o juiz Aluízio Ferreira Viana, da Comarca de Bonfim (RR), ao observar que o réu já havia sido condenado e cumprido pena pela comunidade tribal a qual se encontrava vinculado, decidiu que o mesmo não deveria ser submetido à apreciação de sua conduta pelo poder judiciário. Entendimento este que foi recepcionado pela corrente antropológica indigenista.

AUTOS Nº 0090.10.000302-0

AÇÃO PENAL

RÉU: DENILSON TRINDADE DOUGLAS

Art. 121, §2º, inciso II, do Código Penal Brasileiro

O fato ocorreu no dia 20/06/2009 na comunidade indígena do Manoá, terra indígena Manoá/Pium, Região Serra da Lua, município de Bonfim-RR, onde o acusado DENILSON (Índio) após ingerir bebida alcoólica desferiu facadas na vítima ALANDERSON (Índio), seu irmão,

ocasionando-lhe a morte. Vê-se, portanto, que se cuida de acusado e vítima, ambos índios, sobre fato ocorrido dentro de terra indígena.

Após o ocorrido, reuniram-se Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá no dia 26/06/2009, conforme consta às fls. 68/73, para deliberar eventual punição ao índio Denilson. Após oitiva do acusado e de seus pais e outras pessoas concluíram pela imposição de várias sanções, entre às quais, a construção de uma casa para a esposa da vítima, a proibição de ausentar-se da comunidade do Manoá sem permissão dos tuxauas.

Contudo, no dia 6 de abril do ano corrente, reuniram-se novamente as lideranças indígenas, Tuxauas de várias comunidades, entre elas, Anauá, Manoá, WaiWai, e servidores da Funai, estes últimos apenas presenciaram a reunião com o fito de "...de apoiar na orientação no decorrer do procedimento, porém a decisão será das lideranças indígenas de ambas as regiões..." (fl. 185) (BRASIL, autos, n. 0090.10.000302-0 Sentença proferida em Denúncia por homicídio. Denúncia oferecida pelo Ministério Público. Comarca Criminal de Bonfim-Roraima, Juiz de Direito: Aluizio Ferreira Vieira, 03 de setembro de 2013).

No caso exposto acima, e que merece comentários para exemplificação do conceito, tem-se que o crime aconteceu em terra indígena, conhecida como Manoá situada em Bonfim, Roraima, envolvendo o Sr. Denilson (autor do fato) e Alanderson (vítima). Ambos os envolvidos são irmãos por laços consangüíneos e são considerados indígenas, conforme citação da sentença acima.

Denilson ingeriu bebida alcoólica, prática comum em algumas tribos indígenas, e após tal fato desferiu golpes com faca em seu irmão, Alanderson, vindo, este, a óbito. Ressalta-se que os envolvidos são sujeitos indígenas, bem como, a ação fora praticada dentro das terras tribais.

Assim, os índios, reuniram-se, de acordo com a sua cultura, e promoveram um Tribunal para processamento e julgamento do Sr. Denilson diante da transgressão às normas penais tribais, ficando apenado com:

Após oitiva das autoridades indígenas, foi imposta ao indígena DENILSON as seguintes penalidades, conforme consta na ata de fls. 185/187:

1. "O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região WaiWai por mais 5 (cinco) anos, com possibilidade de redução conforme seu comportamento;
2. Cumprir o Regimento Interno do Povo WaiWai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo WaiWai;
3. Participar de trabalho comunitário;
4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvido pela comunidade;
5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua;

6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;
7. Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;
8. Aprender a cultura e a língua WaiWai.
9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão (*idem*).

Concomitante às penalidades impostas, no ano de 2012, o Ministério Público competente ofereceu denúncia ao magistrado competente que a recebeu. Este, por sua vez, realizou as diligências necessárias e proferiu sentença deixando de apreciar o mérito, pois o réu havia sido processado e julgado por sua tribo. Ressaltando algumas peculiaridades. Tais como:

Vê-se, portanto, a potencial condenação e execução de pena por mais de 2 (dois) entes, em tese, titulares do direito de punir o mesmo fato. Insta observar que **não se trata de bis in idem, pois os entes detentores do direito de punir são distintos e não apenas o Estado, mas de instituto novo, que poderíamos denominar de “Duplo Jus Puniendi”**.

Em razão da situação supramencionada, a **Defesa alçou** a existência do *no bis in idem*, ou seja, a impossibilidade do acusado ser sancionado duas vezes pelo mesmo fato, logo este Juízo deveria declarar-se incompetente em razão da matéria haja vista o anterior julgamento do fato pela comunidade indígena a que pertence o acusado.

Pois bem, rechaço em parte o argumento da ilustre Defesa. A uma, pois tenho que o imbróglio não se trata de bis in idem, mas de “Duplo jus Puniendi”, em face do que dispõe o art. 57, da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio). (*idem*)

Salienta o magistrado que mesmo sendo o índio processado e julgado pela tribo e pelo poder público, não se incorreria em *bis in idem*, já que este se refere a duplo julgamento pelo mesmo órgão diante da mesma conduta, o que não acontece com o duplo julgamento do indígena por dois tribunais (o tribunal tribal e o tribunal estatal). Para o representante do poder judiciário, poder-se-ia falar em *duplo jus puniendi*, diante do acentuado pelo Estatuto do Índio em seu artigo 57.

Segue o julgador afirmando que alguns argumentam que o artigo 57 da Lei 6.001 de 1973 representa uma exceção ao *jus puniendi estatal*, e que quando os atos delituosos forem cometidos em tribos, ficaria o Estado impedido de atuar diante do respeito à diversidade cultural.

Todavia, entende o magistrado que referida interpretação encontra-se equivocada, vez que, mesmo que o fato envolva apenas indígenas, que o crime tenha ocorrido no interior da tribo, se esta não processar e julgar o sujeito com suas normas costumeiras,

deverá e poderá o Estado intervir e promover o processamento e julgamento desse fato diante das normas de direito penal pátrio.

Convém advertir, que a esmagadora maioria da doutrina entende que a previsão art. 57, do Estatuto do Índio, **seria uma exceção ao direito de punir estatal**. Com base nisso, poderia se concluir que o Estado não poderia atuar de forma alguma nos casos de crimes ocorridos nas comunidades indígenas, o que não traduz a finalidade da legislação e tão pouco o que acontece na realidade.

Vejo, pois, que essa não é a melhor conclusão, uma vez que o Estado terá ampla autonomia para investigar, processar e julgar o indígena nos casos em que a comunidade indígena não julgá-lo, logo, o Estado, em casos tais, atuará de forma subsidiária. (grifos da sentença) (*idem*).

Antes de finalizar a sentença, o magistrado dispôs que:

Para o deslinde do imbróglio, é importante definir algumas premissas:

a) Nos casos em que autor e vítima são índios; fato ocorre em terra indígena, e **não há julgamento** do fato pela comunidade indígena, **o Estado deterá o direito de punir e atuará apenas de forma subsidiária**. Logo, serão aplicáveis todas as regras penais e processuais penais.

b) Nos casos em que autor e vítima são índios; o fato ocorre em terra indígena, e **há julgamento do fato pela comunidade indígena, o Estado não terá o direito de punir**. Assim, torna-se evidente a impossibilidade de se aplicar regras estatais procedimentais a fatos tais que não podem ser julgados pelo Estado.

In casu, o acusado índio Denilson foi julgado pelo Conselho das Comunidades Indígenas antes mesmo do início da instrução criminal, o que acarretaria, em tese, a absolvição sumária. (grifos da sentença) (*idem*).

Ao sentir do magistrado, nas condutas criminosas em que tanto autor quanto réu sejam sujeitos indígenas, existindo julgamento dos mesmos pelas normas tribais, desde que o fato tenha ocorrido dentro da aldeia, ficará o Estado impedido de julgar tal demanda, configurando-se, assim, limitação ao direito de punir do Estado (*jus puniendi*).

Em contrapartida, se faltar um dos elementos (autor e réu sejam indígenas; fato ocorrido dentro da aldeia; e, julgamento pela tribo), poderá, e deverá o Estado exercer o seu poder, em regra, exclusivo de aplicar o direito penal, ou seja, estar-se-á diante da subsidiariedade do direito penal Estatal, pois primeiro analisam-se os três elementos, somente na falta de um deles o Estado estará legitimado para agir.

No entanto, em interpretação contrária à do juiz, existem os sujeitos que acreditam que a decisão não fora acertada, uma vez que não houve embasamento legal específico

para tanto, e que, a justiça tribal não poderá excluir a justiça do Estado, já que, este é o único detentor do direito de punir, conforme se demonstrou diante da citação do artigo 345 do Código Penal.

Cumprido dizer que, enquanto não houver determinação legal específica quanto à competência tribal e/ou estatal para processar e julgar os indígenas quanto ao cometimento de crimes, referida população ficará sujeita às interpretações normativas e pré-determinadas daqueles que aplicam a lei ao caso concreto, gerando com isso notória insegurança jurídica e ameaça à existência social de um povo desde sempre segregado.

Mesmo quando os índios são processados e julgados pelo poder estatal, a norma Constitucional e infraconstitucional assegura aos mesmos, que o magistrado resguarde garantias peculiares à sua condição de indígena, conforme se analisará.

3.3.2 A Aplicação da pena pelo Judiciário

Inicialmente, relembra-se que o índio que cometer crime apenas contra índio, nos limites da aldeia e desde que os reflexos desse crime não atinjam a sociedade civil, poderá ser julgado pela própria tribo, segundo as suas práticas, desde que a sanção imposta não cause lesão aos direitos humanos e/ou fundamentais, conforme se viu no tópico anterior.

Por conseguinte, se o crime é praticado por um não índio contra um índio, é preciso observar o que dispõe o artigo 59 da Lei de nº. 6.001 de 1973 e sua consequente interpretação doutrinária. Assim, disciplina tal questão, dispondo que: “Art. 59. No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado à comunidade indígena, a pena será agravada de um terço” (BRASIL, 1973).

De todo modo, segundo o artigo acima citado, quando se praticar qualquer espécie de conduta tipificada como crime no código penal, contra sujeito indígena, é preciso analisar o grau de integração do mesmo (art. 4º da norma em comento), para se aferir se há causa de agravamento de pena ou não.

Assim sendo, se a vítima é considerada isolada, ou seja, mantém sua cultura, costumes, práticas sociais, e todos os outros valores indigenistas, bem como, possui contato com a sociedade civil apenas de maneira vaga e eventual, apenas nesse caso (segundo o Estatuto do Índio), o autor terá sua pena agravada.

Pena essa que poderá ser agravada até um terço da pena base, ou seja, o magistrado, ao fixar a sanção deverá observar a característica da vítima indígena, mais uma

vez reforça-se a necessidade do laudo antropológico, para se aferir seu grau de integração social, e, a partir disso, aplicar ao caso a agravante ou não.

Por outro lado, analisa-se o índio como sujeito autor de práticas consideradas criminosas pelas normas pátrias. Nesse sentido, conforme já foi abordado no presente trabalho, quando o magistrado compreender que o índio é integrado à sociedade civil, deverá o mesmo sofrer todas as sanções penais comuns aplicáveis ao cidadão da sociedade civil.

Primeiramente informa-se que, a sanção do índio que cometer crime contra não índio, dependerá, segundo o ordenamento pátrio de sua integração social, ou seja, observar-se-á o disposto no artigo 4º do Estatuto do Índio, sendo que, se não integrado, será considerado inimputável, não recebendo sanção; se em vias de integração, reconhecerá sua semi-imputabilidade e conseqüente redução de pena ou aplicação de medida de segurança; e, por fim, se considerado integrado, receberá o tratamento penal comum conferido aos não índios.

No entanto, quando houver demonstração, por meio de laudo antropológico ou não (em caso de dispensa legal), de que o sujeito indígena não se encontra integrado, de maneira completa, o tratamento jurídico penal conferido será condizente com as normas do artigo 26 do Código Penal, o qual simboliza o enquadramento destes aos inimputáveis ou semi-imputáveis, sob a égide do desenvolvimento mental incompleto, em razão da sua não compreensão total/parcial das práticas culturais e criminosas da sociedade nacional.

Todavia, referida prática de enquadramento simboliza notória ofensa à dignidade da pessoa humana indigenista, ao mesmo tempo em que se evidencia a conduta preconceituosa, separatista e de segregação social, por considerá-los doentes mentais, quiçá crianças, por não compactuarem da cultura, que tal grupo (que o reconhece como inimputável) compreende como dominante.

Nesta senda, um dos nortes que sustenta a aplicação de pena ao sujeito que preenche os três elementos configuradores do crime (fato típico, antijurídico e culpável), é o da individualização da pena, ou seja, cada sujeito que transgride a norma penal incriminadora tem assegurado, legalmente, o direito de receber uma pena de acordo com as peculiaridades de sua conduta, ou seja, coibi-se a imposição de penas padrões a todos os sujeitos.

Art. 5º. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

[...] (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Não se pode olvidar que o sujeito indígena, analisado como um ser pertencente e praticante de outra cultura e costumes, quando praticante de condutas ilícitas penais, não merece receber o tratamento jurídico penal comum que é destinado às sanções dos sujeitos da sociedade civil, posto que, aqueles indivíduos foram segregados desde a época da colonização, e, também, em virtude dessa marginalização e hipossuficiência, merecem reconhecimento de direitos peculiares à situação de fragilidade social, para que se possa assegurar a concretização e proteção da sua Dignidade Humana.

Seguindo essa linha de raciocínio, na aplicação de pena ao índio, é preciso que se observem outros princípios norteadores do direito penal, quais sejam, da proporcionalidade e razoabilidade.

Referidas proporcionalidade e razoabilidade, além de serem analisadas em razão do dano sofrido pela prática de conduta ilícita e antijurídica, deverão ser observadas em razão da consciência do indígena diante da prática de um crime, e da sua possibilidade de ordenamento de conduta.

Nesse sentido, quanto mais integrado for o índio, melhor dizendo, quanto mais consciência tem o sujeito de que está praticando um crime, mais sua pena será analisada como se fosse aplicada a um membro da comunhão universal.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Estatuto do Índio- Lei nº. 6.001 de 1973 elenca nos textos dos artigos 56 e 57 os critérios a serem observados ao se realizar a individualização de pena do sujeito nativo.

Assim sendo, no corpo do artigo 56 do dispositivo supramencionado, o Estado reconhece que ao índio poderá e deverá ser aplicada pena de acordo com o seu grau de integração social, ou seja: “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”(BRASIL, Lei 6.001 de 1973).

Posto isso, de acordo com a norma infraconstitucional destinada ao tratamento legal dos índios no Brasil, se subsistir condenação penal ao índio, deverá o magistrado individualizar a pena, atenuando-a em razão da sua não integração social, ou integração mitigada. Desta feita, o sujeito integrado, em vias de integração e o não integrado deverão receber penas distintas, mesmo que praticantes do mesmo crime.

Para se mensurar o grau de integração do sujeito à sociedade, necessário se faz para esta autora, o exame antropológico de referida condição para se evitar inseguranças processuais e lesões à Dignidade Humana, conforme se demonstrou no tópico relativo à obrigatoriedade ou não da feitura de tal exame pericial, vez que, é a determinação da consciência ilícita do sujeito e da sua capacidade de ordenação que se determinará o grau de integração, se houver.

Para os efeitos legais, os índios são considerados: a) *isolados*, quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; b) *em vias de integração*, quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; c) *integrados*, quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições características de sua cultura (DOTTI; VILLARES 2012, p. 71-72).

Neste contexto, tem-se que os Tribunais pátrios compreendem que se o índio encontra-se integrado à sociedade não merece ser o mesmo tutelado pelo disposto no artigo 56 do seu Estatuto, e, por conseguinte, ter sua pena atenuada.

Conforme se observa a seguir em decisão do Superior Tribunal de Justiça- STJ, quinta turma, ao julgar *Habeas Corpus*, em vinte e dois de agosto de 2000:

HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. ÍNDIO. ESTUPRO. NULIDADE PROCESSUAL. REVELIA. DOSAGEM DA PENA. REGIME. LEI Nº 6.001/73. A inquirição de testemunhas sem a presença do réu, declarado revel no curso da instrução, por não comparecer a audiência para a qual foi intimado, embora tendo justificado sua ausência, constitui nulidade apenas relativa, para cuja decretação se exige reclamação oportuna (CPP, art. 572, III, c/c o art. 571, I) e comprovação de prejuízo, o que não ocorreu na espécie, tanto mais que os testemunhos colhidos sem a presença do réu em nada influíram na decisão da causa (CPP, art. 566). O art. 56, da Lei nº 6.001/73, se destina apenas aos índios em fase de aculturação e não àqueles já completamente integrados à civilização dos brancos. Mesmo assim, a atenuação da pena não pode

levá-la para aquém do mínimo cominado (STF, RECR-100319/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho e Súmula 231 - STJ), somente ensejando o cumprimento em regime de semiliberdade, se possível, não podendo aplicar-se, pois, aos crimes hediondos." Ordem denegada (grifo nosso) (BRASIL, STJ. HC 11862 PA 2000/0002143-1, 2000).

Compreende-se, que a interpretação dos Tribunais pátrios no sentido de não aplicar o artigo 56 da lei 6.001 de 1973 ao índio integrado viola a real intenção do legislador, fazendo com que o artigo não seja efetivado, já que, no *caput* do mesmo, quando se fala em atenuação da pena, não exclui o índio integrado por se tratar de norma genérica.

Assim, a correta interpretação do artigo é a de existir a atenuação independente do estágio de integração do sujeito à sociedade civil, porém, tal proporcionalidade da atenuante, deverá considerar referido grau de integração do silvícola, em razão de mesmo que o índio encontre-se integrado ao seio social nacional, o mesmo mantém suas raízes, e estas, por sua vez, não podem ser renunciadas.

Nos moldes do que é disposto no artigo 68 do Código Penal, ao se realizar a aplicação da pena, o magistrado deverá seguir o ritual de observação de três itens: inicialmente deverá observar o disposto no artigo 59 da lei em comento: analisar a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, situações que determinaram o crime, e comportamento da vítima; em segundo momento, deverá verificar as atenuantes e as agravantes da pena; e, por fim, deverá observar as causas de aumento e diminuição da pena (BRASIL, Código Penal, Art.s 59 e 68, 1940).

Seguindo essa linha de raciocínio, sustenta-se que a aplicabilidade de pena apenas é possível quando o sujeito encontra-se integrado à sociedade, ou em vias de integração, já que o silvícola, por não ter contado com a sociedade comum, não têm preenchidos dois itens da culpabilidade (potencial conhecimento da ilicitude do fato, e a exigibilidade de conduta diversa), o que, para alguns pode ser interpretado como inimputável.

Todavia, prefere esta autora não enquadrá-lo em inimputável por simplesmente não ser integrado ou estar em vias de integração social, mas sim, como carecedor dos dois outros itens compositores da culpabilidade, e, portanto, não pode ser condenado à aplicação de pena, nos moldes do Código Penal.

Posto isso, aos dois grupos que podem ser apenados, conforme dito anteriormente, o primeiro passo a ser realizado é a observação dos itens compositores da pena base, que, por sua vez, estão descritos no artigo 59 do Código Penal. Frisou-se tal conduta jurisdicional, com o fulcro de se reafirmar a necessidade da realização do exame pericial

quando se tratar de réu indígena, pois, com o laudo antropológico ter-se-á, o magistrado, maiores comprovações e fundamentações esclarecedoras acerca dos elementos fixadores da pena base, tal como, a demonstração da culpabilidade do sujeito e a personalidade do agente.

Em segundo momento, deverá o magistrado aplicar à pena base as agravantes e/ou atenuantes. Esses itens, por sua vez, vão majorar a fixação da pena dentro do mínimo e do máximo que se encontram previstos na tipificação penal. Dentro dessas atenuantes, a legislação indigenista elenca, primeiramente, o desconhecimento da lei: Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] II - o desconhecimento da lei; [...] (BRASIL, Código Penal, 1940).

Assim sendo, em razão da prática de cultura diferente da adotada nacionalmente, não resta dúvida que ao sujeito indígena pode ser reconhecido o desconhecimento legal, independentemente do seu nível de integração.

No entanto é importante observar se as condições do sujeito ativo indígena proporcionavam que o mesmo compreendesse a ilicitude do fato. Posto isso, não basta a simples alegação do desconhecimento do fato, é importante a realização de análise das peculiaridades do caso, para se isentar de pena ou reduzi-la (art. 21 do Código Penal).

Referida alegação de desconhecimento da lei é trabalhada em direito penal como erro de proibição, que, por sua vez, foi abordada em tópico supramencionado na presente dissertação, e que, por conseguinte, fundamenta, mais uma vez, a importância da realização do exame antropológico para se apurar com maior riqueza de detalhes o discernimento indigenista no ato da prática ilegal.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o *caput* do artigo 56 da Lei 6.001 de 1973 é relativo à causa de atenuante de pena, ao dispor que a pena deverá ser atenuada de acordo com a integração do índio à sociedade civil.

Assim sendo, na individualização da pena haverá crime, e o magistrado deverá observar a integração do sujeito em cada caso concreto, sendo que, a atenuação especial do artigo 56 merece acontecer nos três níveis de integração, vez que, a lei não traz de maneira evidente em qual espécie deve ser reconhecida por estar correlacionada, de maneira geral, à terminologia índio, o que, por ora, já fora discutida nesse texto.

No entanto, os Tribunais pátrios vêm entendendo de maneira diversa, ou seja, aplica-se a atenuante apenas aos casos de índios não integrados ou em vias de integração; os já integrados não farão *jus* à atenuante por conta da imposição do dever legal de conhecimento da lei, conforme demonstrado na citação da jurisprudência abaixo.

STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 100319 PR (STF)

Data de publicação: 15/06/1984

Ementa: - CRIMINAL. CRIMES COMETIDOS POR INDIA: LATROCINIO E OCULTAÇÃO DE CADAVER. FIXAÇÃO DAS PENAS NO GRAU MÍNIMO. EXECUÇÃO: REGIME DE SEMILIBERDADE. TENDO **A PENA SIDO FIXADA NO GRAU MÍNIMO, JA FOI CONSIDERADA A SITUAÇÃO DA RE ANTE O DISPOSTO NO ART- 56 DO ESTATUTO DO ÍNDIO, COM A ATENUAÇÃO DA PENA QUE, POREM, NÃO PODE SER INFERIOR AO MÍNIMO.** REFERENTE A PRETENSÃO DE FICAR A RE EM REGIME DE SEMILIBERDADE, NO LOCAL DE FUNCIONAMENTO DE REPARTIÇÃO FEDERAL DE PROTEÇÃO AOS ÍNDIOS E QUESTÃO QUE SE SITUA NO ÂMBITO DE DECISÃO DO JUIZ DE EXECUÇÕES CRIMINAIS, QUE DEVERA, PORTANTO, DELIBERAR A RESPEITO (destaque nosso) (BRASIL, STF, RE 100319 PR, 1984).

Por fim, o último item observado na fixação definitiva de cumprimento da pena, após se observar os itens do artigo 59 do CP, majorar as atenuantes e agravantes dentro do limite mínimo e máximo, por fim, deverá o magistrado aumentar ou diminuir a mesma.

Tem-se que o aumento ou diminuição da pena não levará em consideração os limites mínimos e máximos da pena, fixados no Código Penal. Ocorrerão os mesmos, quando a lei assim o trouxer explícito, tais como, bom comportamento do índio, ser réu primário, dentre outros casos.

Outro caso de diminuição da pena é a alegação de erro de proibição evitável ou vencível, já abordado em tópico específico, em que o magistrado deverá diminuir a pena de um sexto a um terço. Se por ventura for inevitável, não haverá punibilidade (teoria *bipartite*), pois não haverá culpabilidade do sujeito.

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (BRASIL, Código Penal, 1940).

Para que se meça se o erro era inevitável ou não, deverão ser observadas as circunstâncias peculiares em que a conduta fora praticada, não existindo assim uma técnica algébrica ou tabela pré-estabelecida para a responsabilização do autor da conduta.

Assim, tem-se que se o erro for invencível, não haverá a potencial consciência da ilicitude, e, por conseguinte, não se configura a culpabilidade, não culminando aplicação de pena ao índio.

Todavia, se vencível, restará comprovada o conhecimento da ilicitude do fato, culminando com a existência dos itens da culpabilidade, o que gera aplicação de pena, no entanto, com redução de pena de um de pena de um sexto a um terço.

Porém, quando se fala em indígenas, críticas são traçadas no sentido de que o índio pode conhecer a ilicitude do fato, todavia, diante de sua diversidade cultural encontrar-se impedido da compreensão do texto.

Referida situação é intitulada de erro culturalmente condicionado pro Eugenio Raul Zaffaroni e Henrique Pierangeli:

Se visitamos a casa de um esquimó e seu ocupante quer agradar-nos, oferecendo-nos sua mulher perfumada com urina, para nós será muito difícil aceitar o presente, e, embora saibamos que o anfitrião tomará isto como uma ofensa, será extremamente árduo internalizar a regra de conduta que evite a injúria que lhe fazemos. Se um juiz esquimó tivesse que julgar-nos pela injúria cometida, dificilmente poderia exigir-nos que tivéssemos internacionalizado esta regra de conduta. Da mesma maneira, o indígena de uma comunidade que tem seus próprios ritos para funerais e sepultamento, talvez incorra numa tipicidade contravençional ao violar as regulamentações sobre inumações, mas é muito duro exigir-lhe que abandone todas estas regras para acolher as nossas e reprovar-lhes porque não o tenha feito. Nós, cometendo injúrias ao rejeitar a mulher perfumada com urina na sociedade esquimó, e o indígena, violando disposições sobre sepultamentos em nossa sociedade, estaremos em situações de erro de compreensão, porque não era de nós exigível a possibilidade de entender a antijuridicidade da conduta, no sentido de internalizar as normas. Nestes casos, estaremos diante de um erro de proibição invencível, na forma de erro de compreensão (ZAFFARONI, apud, Rezende, 2011, p. 83).

Assim, segundo os autores, além do erro de proibição, deve-se observar nas demandas indigenistas o erro culturalmente condicionado a fim de se assegurar aos detentores de culturas diversificadas a proteção e o exercício de plurietnia assegurada pela Constituição Federal.

Entretanto, o Código Penal, tampouco o Estatuto do Índio, não elencam de maneira clara o respeito a essa corrente doutrinária, fica o indígena preso à interpretação do magistrado acerca do erro de proibição, sendo que, para Zaffaroni, o erro culturalmente condicionado deve ser analisado como espécie do gênero conhecido como erro de proibição.

[..] se, por um lado, o critério do erro, e em especial do erro de compreensão culturalmente condicionado, se apresenta como um grande avanço para o tratamento jurídico-penal do índio, na medida em que procura romper com a filosofia assimilacionista e etnocentrista em que se baseia o critério da inimputabilidade, para respeitar a diversidade cultural e os valores próprios das diferentes culturas; por outro, apresenta alguns pequenos problemas, o que o torna suscetível a críticas. Entre estes problemas, menciona-se a eventual dificuldade de sua aplicação em razão da forma com que está posto no nosso Código o erro de proibição-dificuldade esta que também se manifestará na aplicação de outro critério – o que minimiza a crítica, bem como menciona-se também, e aqui com mais severidade, a improbidade de se falar em erro o que, na verdade erro não é, a menos que se entendam como errados os valores próprios das culturas indígenas, entendimento este que não deixa de ser etnocêntrico e, bem por isso, também passível de ser criticado (REZENDE, 2009, p. 91).

A partir de tal análise, aborda-se que a compreensão do texto normativo pelos índios, para os Tribunais, possui íntima relação com o grau de integração do indígena à sociedade civil, sendo que, se os mesmos encontram-se em vias de integração, alguns doutrinadores e julgados têm equiparado-os aos portadores de desenvolvimento mental incompleto, o que por sua vez, gera a diminuição de pena prevista no artigo 26, parágrafo único do CP, considerando-os semi-imputáveis.

No entanto, percebe-se a interpretação equivocada do texto normativo ao equiparar o indígena em vias de integração ao semi-imputável por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, possuindo seu discernimento diminuído a respeito da conduta praticada.

Posto isso, cumpre ressaltar que não é apenas o desenvolvimento mental que diminui o grau de compreensão da prática ilícita, e por tal fato, não pode ser o indígena equiparado ao doente mentalmente por ser detentor de cultura diferenciada.

Quanto ao índio não integrado (silvícola), seria este considerado inimputável pela corrente dominante, e, conseqüentemente, equiparado ao doente mental completo, em que não há qualquer discernimento quanto à prática delituosa.

Mais uma vez critica-se tal modelo de aplicação de pena, já que, novamente, se sustenta que a inadaptação ou incompreensão de normas positivadas por detentores de cultura diferente não configura doença mental ou patologia.

Corroborando com tal posicionamento, Bitencourt dispõe que:

A situação dos silvícolas não tem natureza patológica, mas decorre da ausência de adaptação à vida social urbana ou mesmo rural, à

complexidade das normas ético-jurídico-sociais reguladoras da vida civilizada e a diferença da escala de valores (BITENCOURT, 2012, p. 306).

Nesse sentido, Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli dispõem que:

De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que comparte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com a imputabilidade diminuída, como se sustenta com freqüência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica-biologista e racista- já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes. Nada tem de diferente do discurso de justificação que produziu freqüentíssimas destruições de grupos culturais originários e de perseguição religiosa, falando em delírios coletivos frente a atos e cerimônias que jamais compreenderam, e de relações culturais diferenciadas como simples e primitivas, quando a antropologia comparada nos mostra, hoje, a sua enorme complexidade. O homem da civilização industrial inventou, no seu gabinete de elocubração, uma ‘mentalidade primitiva’, que já foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas (ZAFFARONI; PIERANGELI, ob. cit., p. 649).

Assim sendo, a solução mais adequada aos casos em tela, de índios integrados (a depender do caso), em vias de integração e isolados, é o reconhecimento da falta dos dois outros elementos da culpabilidade, quais sejam, exigibilidade de conduta diversa e potencial conhecimento da prática ilícita, vez que se for decretada a inimputabilidade do sujeito, estaria o mesmo sujeito à aplicação de medida de segurança, que por sua vez não é a medida mais adequada, já que, diversidade cultural não pode ser enxergada como distúrbio patológico.

3.3.3 A aplicação da medida de segurança aos indígenas

Primeiramente, antes de se abordar a aplicação específica de medida de segurança ao indígena, é preciso que se compreenda o conceito e aplicação de tal instituto de maneira plena, ou seja, a todo sujeito que pratica ato delituoso.

Ressalta-se que no Brasil não se admite o sistema duplo binário, ou seja, aplicação concomitante de duas sanções para o mesmo crime. Assim, aquele que comete prática criminosa, poderá ser sancionado com pena ou com medida de segurança.

Código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de “medidas de segurança” pós-delitiosas, que operavam através do sistema do “duplo binário” ou da “dupla via”. Através desse sistema de “medidas” e da supressão de toda norma reguladora da pena no concurso real, chegava-se a burlar, dessa forma, a proibição constitucional da pena perpétua. Seu texto corresponde a um “tecnicismo jurídico” autoritário que, com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas (própria do Código de Rocco), desemboca numa clara deterioração da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de “indesejáveis”, pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2002, p. 222).

Destarte, antes da reforma do código penal, em 1984, reconhecia-se a dupla sanção ao indivíduo pela mesma conduta criminosa. Nesse sentido Biterncourt assinala que:

[...] aplicação conjunta da pena e medida de segurança lesa o princípio do *bis in idem*, pois, por mais que se diga que o fundamento e os fins de uma e outra são distintos, na realidade, é o indivíduo que suporta as duas conseqüências pelo mesmo fato praticado (BITENCOURT, 2012, p. 780).

Nota-se que para referido autor, o sistema duplo binário – duas vias- (pena e medida de segurança), lesa, notoriamente, um dos princípios norteadores do direito penal, qual seja, a vedação do *bis in idem*, já que as duas modalidades são consideradas sanções, aplicadas pelo mesmo ente, ao mesmo indivíduo, perante a mesma conduta, e, por tal fato, não merece prosperar referido sistema no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Todavia, no ano de 1984, o Código Penal foi reformulado e, com isso, não foi recepcionado o sistema do duplo binário, introduzindo-se o sistema vicariante no ordenamento brasileiro. De tal modo, para este sistema se o autor é considerado imputável, será apenado com restrição de direitos, e/ou liberdade, e/ou multa.

Em contrapartida, se for reconhecido como inimputável, deverá o mesmo ser sancionado com a aplicação e cumprimento da medida de segurança.

[...] o imputável que praticar conduta definida como crime cumprirá pena e o inimputável sofrerá a medida de segurança. O ‘limitofê’ semi-imputável sofrerá ou pena ou medida de segurança, de maneira diametralmente oposta ao que ocorria no sistema duplo binário (BORELLI, 2011, p. 60).

Sob esse prisma, a primeira orientação a ser cumprida pelo magistrado é, inicialmente, a observação acerca de o acusado ser imputável ou não, para, a partir disso, determinar a sanção a ser imposta, restando-lhe duas alternativas, aplicação de pena aos imputáveis e medida de segurança aos inimputáveis.

Quanto à semi-imputabilidade, viu-se no presente estudo que a mesma gera incisão da culpabilidade, no entanto, configura causa de atenuação da pena, conforme o artigo 26, § único do Código Penal.

Ementa: *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AGENTE SEMI-IMPUTÁVEL. PENA REDUZIDA POR FORÇA DO ART. 26, § ÚNICO. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDA DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DE TRATAMENTO ESPECIAL. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 26 do CPB, que trata sobre o tema da imputabilidade penal, é claro ao distinguir duas situações diferentes, atribuindo-as soluções diversas; no caso do agente, ao tempo da ação ou omissão, ser inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, será isento de pena, ao passo que, o agente que não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

2. Afastada a necessidade de tratamento psiquiátrico ao agente, que tem diminuída a sua capacidade de entendimento e determinação, com base nas circunstâncias fáticas e na conclusão da perícia realizada, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança.

3. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (destaque nosso) (BRASIL, STJ/HC 94660 / RJ, 19 de dezembro de 2008).

Assim, a medida de segurança se faz de aplicação obrigatória quando o condenado seja enquadrado como inimputável, restando como alternativa apenas quando inescusável para os semi-imputáveis (conforme demonstrado na jurisprudência acima citada), e os mesmos sejam considerados perigosos.

De tal modo, a doutrina elenca como requisitos compositores da medida de segurança que o sujeito seja considerado inimputável, que tenha cometido um ilícito penal, e, que, seja demonstrada sua periculosidade.

Nesta senda, agente inimputável é aquele que é: “portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (Código Penal Brasileiro, Art. 26).

Dentre os considerados inimputáveis, os Tribunais pátrios, bem como algumas doutrinas, conforme já demonstrado, inserem, por analogia, os indígenas (a depender do seu grau de integração com a sociedade civil) no grupo dos inimputáveis (não integrados), semi-imputáveis (em vias de integração), e os imputáveis (integrados).

Porém, de acordo com o sustentado até o presente momento, os índios não devem ser equiparados aos inimputáveis, já que os mesmos são detentores, apenas, de cultura minoritária diversificada da adotada nacionalmente, e, jamais poderão ser considerados doentes mentais por esse motivo.

Entretanto, nada impede que diante da análise do caso concreto, além de se observar a presença de o sujeito ser indígena, seja o mesmo detentor de alguns, ou mais de um item elencado no artigo 26 do Código Penal como gerador de inimputabilidade. Todavia, não é a mera detenção de outra cultura que deverá torná-lo doente mental, já que referida adoção enfatizaria o etnocentrismo que é repudiado pela Constituição Federal.

O segundo requisito para o cometimento de uma infração penal, ou seja, é preciso que a conduta do agente seja considerada típica e antijurídica/ilícita, pois se assim não for, não haverá a prática de crime e o agente não pode ser responsabilizado penalmente.

Entretanto, mesmo cometendo conduta considerada infração penal, se o autor do crime agiu acobertado por excludentes de ilicitude, quais sejam, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade ou exercício regular do direito, não poderá receber aplicação de pena, tampouco, de medida de segurança.

Referida orientação também se perpetua em caso de excludentes da culpabilidade - a mesma pode ser considerada elemento do crime (teoria tripartite) ou item da penalização (teoria bipartite)- onde não haverá crime (teoria tripartite) ou não haverá pena ou medida de segurança (teoria bipartite). Nesse sentido, são excludentes da culpabilidade, o erro de proibição inevitável, coação moral irresistível, embriaguez completa fortuita ou decorrente de força maior, e obediência hierárquica, as quais geram, por sua vez, a não responsabilização penal do agente, não recebendo o mesmo, sequer, medida de segurança.

O terceiro e último elemento que deverá compor a medida de segurança é o fato de o agente ser considerado perigoso ao seio social, ou seja, a sua permanência na sociedade é considerada periculosa para o grupo em que o mesmo é inserido. Dessa forma, o mais prudente é recolhê-lo em tratamento para que seja reinserido no grupo societário sem ameaças por sua insanidade mental.

De acordo com o sustentado no artigo 96 do Código Penal, existem espécies de medidas de segurança, sendo elas:

Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta (BRASIL, Código Penal, 1940).

Diante da orientação trazida pelo artigo supracitado, a primeira forma de aplicação de medida de segurança é a internação do agente em hospital, ou outro local adequado, para a realização de tratamento da saúde psíquica do sujeito. A segunda medida de segurança é a imposição do tratamento ambulatorial ao indivíduo, sem a sua internação, ou seja, o mesmo permanece livre, no entanto, fica vinculado a se submeter a tratamento clínico apropriado.

Seguindo essa linha de análise, no artigo de número 97, elenca-se a técnica para se aplicar a primeira ou segunda espécie de medida de segurança. Vejamos:

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...] (BRASIL, Código Penal, 1940).

De tal modo, segundo a orientação do artigo supramencionado, ao se fixar medida de segurança, para se determinar qual espécie será aplicada, deverá o juiz observar se a pena que é tipificada para o cometimento do delito é de reclusão ou detenção. No primeiro caso, a medida será de internação, enquanto para o segundo (detenção), ao agente deverá ser aplicada tanto a internação como apenas o tratamento clínico do indivíduo transgressor.

Todavia, referido método de análise sofrem inúmeras críticas por gerarem insegurança jurídica do processo, argumentando-se que a técnica mais adequada para a adoção entre uma ou outra medida é a análise da periculosidade do sujeito.

De tal modo, se diante da proteção social e do bem-estar público o melhor é interná-lo, deverá o juiz proceder de tal forma. Se, por ventura, o simples tratamento ambulatorial é suficiente e sua permanência em sociedade não acarreta risco real ou iminente para esta, deverá o magistrado optar pela não internação, mas sim, pelo tratamento em liberdade.

Em relação à perícia ambulatorial para se aferir se subsiste a inimputabilidade do sujeito, deverá a mesma ser realizada de ano em ano, podendo não se obedecer esse lapso temporal, se o juiz do cumprimento da execução determinar que a mesma seja realizada antes de referido período, ou a qualquer tempo (BRASIL, Código Penal, Art. 97, § 2º).

Sustenta-se que a medida de segurança apenas poderá ser aplicada depois de se obter trânsito em julgado da sentença. Nesse sentido, aquele que for condenado à internação, deverá realizar, obrigatoriamente, o exame criminológico, e, para aquele que sofrer tratamento ambulatorial, referido exame é facultativo (BRASIL, Lei de Execução Penal, artigo 174).

Assim, a medida de segurança será fixada em um prazo mínimo, e, quando, este for atingido, o sujeito será analisado para se averiguar se cessaram os efeitos determinantes da sanção. Referida análise está descrita no artigo 175 da Lei de Execução Penal – LEP, e dentre as medidas, serão observadas: elaboração de relatório acerca da necessidade ou não da medida de segurança por autoridade administrativa; laudo psiquiátrico; oitiva do Ministério Público e curador ou defensor; dentre outras.

Se a conclusão for no sentido de que o agente ainda preserva traços de periculosidade, o magistrado deverá manter a aplicação da medida de segurança, devendo esta ser reafirmada ano após anos, ou, diante da solicitação do magistrado da execução, a qualquer momento (Art. 97, § 2º. CP).

Todavia, se for concluído que a periculosidade do sujeito extinguiu-se, o magistrado deverá suspender a medida de segurança, colocando o agente em liberdade, ou liberando-o do tratamento ambulatorial. Podendo, a parte que se sentir prejudicada interpor agravo de execução contra a decisão do juiz.

Ressalta-se que, após um ano da liberação do sujeito da medida de segurança, se este praticar atos que demonstrem a persistência de sua periculosidade, deverá ser reaplicada a medida de segurança que estava suspensa, até o final do prazo máximo, se for necessário. Posto isso, somente se nesse um ano após a liberação o sujeito não praticar ato algum perigoso é que a medida estará abolida.

Quanto ao prazo máximo da medida de segurança, alguns sustentam que a mesma poderá ter caráter perpétuo, o que estabelece entrave com o disposto na Constituição Federal, ao se proibir pena perpétua.

Dessa forma, diante da omissão legal, os Tribunais pátrios, bem como as doutrinas têm se posicionado, não de forma consensual, no sentido de que, a medida de segurança admite o tempo igual ao da pena máxima para o direito penal, qual seja, de trinta anos. Em contrapartida, há os que sustentam que, o tempo da medida de segurança deverá ser proporcional ao da pena pelo crime praticado, pois não seria justo, por exemplo, praticar um crime apenado com no máximo oito anos, e sofrer uma medida de segurança de trinta anos.

Processo: HC 263655 SP 2013/0011527-5; Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA; Julgamento:04/02/2014; Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA; Publicação: DJe 18/02/2014; Ementa: EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) EXECUÇÃO. MEDIDA DE SEGURANÇA. INDULTO. INDEFERIMENTO DA BENESSE. REQUISITOS NÃO ESTABELECIDOS NO DECRETO PRESIDENCIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. (3) LIMITE DE DURAÇÃO DA MEDIDA. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Fere o princípio da legalidade, bem como o princípio da separação de poderes, fundamentar a vedação do indulto em requisitos não previstos no decreto presidencial, visto que a criação dos pressupostos para a concessão do benefício é da competência privativa do Presidente da República.

3. O limite máximo de duração de uma medida de segurança deve ser o máximo da pena abstratamente cominada ao delito cometido.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor do paciente, em razão de seu integral cumprimento (grifo nosso) (BRASIL, STJ, HC 263655 SP 2013/0011527-5, 2014).

Seguindo referida linha de raciocínio, se o indígena for considerado inimputável e consequentemente sua culpabilidade restar prejudicada, deveria, ao mesmo, ser aplicada medida de segurança em razão de sua periculosidade social, configurando esta, internação do sujeito, ou tratamento ambulatorial, conforme demonstrado acima.

Nesse sentido, Guilherme Madi Rezende sustenta que:

O reconhecimento da inimputabilidade do índio que pratica um ilícito penal implica, necessariamente, a aplicação de uma medida de segurança, cuja finalidade, então, seria tratá-lo.

Se a inimputabilidade é reconhecida em função de um suposto desenvolvimento mental incompleto, o tratamento deveria consistir em fornecer condições ao índio para que ele pudesse complementar o seu desenvolvimento mental, ou seja: adequar-se ao modo de vida da sociedade não-índia (REZENDE, 2009, p. 77).

Nota-se que enquadrar o indígena na categoria dos inimputáveis por, simplesmente, ser detentor de cultura diversificada, não soa como melhor alternativa jurídica e social, vez que, se assim o fosse, deveria ser aplicada ao mesmo medida de segurança em virtude de sua periculosidade, o que, conota o caráter de discriminação e segregação da conduta.

Todavia, se constatado desenvolvimento mental incompleto do sujeito indígena, em razão de perturbação mental, e não por diversidade etnográfica, coerente se torna a medida de segurança para reabilitação mental, e não cultural.

Segue o autor afirmando que:

É possível, seja através de um tratamento ambulatorial, seja através de internação, fazer com que o índio que cometeu um ilícito penal possa deixar de lado seus valores para internalizar os valores da sociedade não-índia, deixando, assim, de ser considerado perigoso? Parece que não.

Porém, ainda que fosse possível e que, por isso, não se dissesse totalmente inócua a aplicação da medida de segurança, restaria a pergunta: É legítimo? E aqui a resposta é negativa. É evidente que não (REZENDE, 2009, p. 77).

Vê-se que a aplicação de medida de segurança ao indígena, em razão da diversidade cultural, teria como finalidade a adequação do sujeito nativo aos moldes culturais da sociedade civil, o que, mesmo sendo possível, é notoriamente ilegítimo, vez que, obrigar o sujeito a aderir e praticar condutas que não pertencem a sua cultura fere sua dignidade enquanto sujeito diferente.

Diante de todo o exposto, compreende-se que a aplicação de medida de segurança ao indígena somente pode ser efetuada, por exemplo, em caso de alteração mental, ou seja, por outro motivo que não seja a detenção de cultura diferenciada daquela adotada pela sociedade comum, o que, por conseguinte, inviabiliza sua aplicação em razão de diversidade identitária, apenas.

Assim, a fim de se encerrar referido tópico, sustenta-se, novamente, que o enquadramento do índio no rol dos inimputáveis é equivocado, já que o mesmo não possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado por ter cultura indigenista.

Nesse sentido, ressalta-se mais uma vez, que os critérios a serem observados ao se responsabilizar o sujeito nativo, quanto à exclusão de culpabilidade, devem pairar na inexigibilidade de conduta diversa e potencial desconhecimento da lei (erro de proibição ou erro de compreensão), pois a cultura diferente não simboliza doença ou perturbação mental, mas, na maioria dos casos, a distorção da compreensão do caráter ilícito da norma, ou até mesmo da existência de norma penal incriminadora em razão da diversidade cultural, o que, torna, como consequência, ilegítima a aplicação de medida de segurança ao índio.

A partir do que se verificou a respeito da ilegitimidade da medida de segurança ao sujeito indígena (apenas pela cultura diferenciada), bem como de seu errôneo enquadramento como inimputável, existe outra preocupação quanto ao processamento e julgamento do mesmo em casos de práticas de crimes dolosos contra a vida. Posto isso, o próximo tópico visa analisar a novidade em sede brasileira, qual seja o primeiro tribunal do júri exclusivamente indígena, que por sua vez se realizou no ano de 2015 em Roraima, conforme se observará.

3.4 Primeiro tribunal do júri indígena no Brasil

No dia vinte e três de abril de 2015, realizou-se na aldeia Raposa Serra do Sol, no estado do Roraima, o primeiro tribunal do júri indígena da história brasileira, onde a composição do corpo de jurados era exclusivamente indígena.

Referida novidade apresenta-se como um marco no reconhecimento da diversidade etnográfica indigenista, aos olhos dos antropólogos e ativistas indígenas no âmbito jurídico.

Assim, nesse tópico, abordar-se-á o assunto, mesmo que de maneira breve, já que o mesmo ainda é novidade e não possui respaldo bibliográfico. Posto isso, mister se faz, inicialmente, traçar sucinta análise acerca do tribunal do júri, realizado para os crimes da sociedade civil, para, então, a partir disso, adentrar-se na senda da cultura indígena.

3.4.1 Breves considerações acerca do Tribunal do Júri

Nos moldes do artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal de 1988 em todo crime sujeito ao julgamento pelo tribunal do júri, deverá ser assegurada a “plenitude de defesa, o sigilo das votações, soberania dos veredictos e a competência para julgamento de crimes dolosos contra a vida” (BRASIL, Constituição Federal, art. 5º). Nessa senda, o júri é responsável pelo julgamento, apenas, dos crimes dolosos contra a vida, permitindo-se, ainda, a conexão de outros crimes aos já mencionados.

Diante do que dispõe a Constituição Federal de 1988, conforme acima demonstrado, esse procedimento processual penal possui como finalidade a ampliação da defesa do réu, por serem mais pessoas as julgadoras do delito, ao invés de tal conduta ser efetuada, apenas, pelo juiz togado.

Desta feita, para alguns estudiosos, tal como Aury Lopes Jr, assim como outros, a constituição do tribunal do júri, em sua essência, deve ser observada como promotora da democracia participativa, vez que, a aplicação da lei ao caso concreto com o intuito de colocar fim ao litígio é feita por um corpo de jurados, constituídos, por sua vez, por cidadãos de diversos segmentos sociais, o que, por ora, materializa a participação popular no exercício direto das funções estatais.

No entanto, Aury Lopes Jr, segue enfatizando que não se pode considerar o tribunal do júri como legítimo exercício da democracia, posto que, a participação popular não pode ser vista como elemento suficiente da democracia. Para ele, o Estado democrático vai além disso.

Segundo ele:

Democracia é algo muito mais complexo para ser reduzido na sua dimensão meramente formal-representativa. Seu maior valor está na dimensão substancial, enquanto sistema político-cultural que valoriza o indivíduo em todo feixe de relações que ele mantém com o Estado e com outros indivíduos. É fortalecimento e valorização do débil (no processo penal, o réu), na dimensão substancial do conceito (LOPES, JR, 2013, p. 1060-1061).

Outro ponto a ser questionado quanto ao exercício da democracia, é a escolha dos jurados, demonstrando ser suficiente o julgamento feito por pessoas escolhidas dentre o total social. Assim, na visão do autor supramencionado, não há garantia de direitos

assegurados pelas normas quando tal julgamento é feito por quaisquer sujeitos sem embasamento jurídico para tanto (LOPES, JR, 2013, p.1061).

Segue o autor afirmando que:

Os jurados tampouco possuem a “representatividade democrática” necessária (ainda que se analisasse numa dimensão formal de democracia), na medida em que são membros de segmentos bem definidos: funcionários públicos, aposentados, donas de casa, estudantes, enfim, não há uma representatividade com suficiência democrática. Argumenta-se, ainda, em torno da independência dos jurados. Grave equívoco. Os jurados estão muito mais suscetíveis a pressões e influências políticas, econômicas e, principalmente, midiática, na medida em que carecem das garantias orgânicas da magistratura (LOPES, JR, 2013, p. 1061).

A partir da análise do caráter democrático do tribunal do júri, passa-se a analisar, de forma breve, a organização do mesmo, a fim de se compreender sua composição e funcionamento do julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

De acordo com o Código de Processo Penal, artigo 425, o juiz presidente do Tribunal do Júri deverá redigir, uma vez ao ano, uma lista com os possíveis nomes das pessoas que poderão integrar o corpo de jurados.

Assim, se a comarca possuir mais de 1.000.000, um milhão, de habitantes, a lista será composta de oitocentos a mil e quinhentos nomes; em comarcas com mais de cem mil habitantes, a lista deverá constar de trezentos a setecentos nomes; e, por fim, em comarcas com menos de cem mil, a quantidade de nomes vai variar de oitenta a quatrocentos.

Nesse sentido, todo ano, até dia dez de outubro, será divulgada por meio do mural do próprio Tribunal, a lista contendo os nomes e profissões dos jurados para serem escolhidos no próximo ano, podendo a mesma ser modificada até o dia dez de novembro do mesmo ano (CPP, artigo 426).

Nesse diapasão, de acordo com o artigo 425, § 2º, CPP, o juiz deverá solicitar às instituições de ensino, associações culturais, de bairros, sindicatos, universidades, entes públicos, bem como, centros comunitários a indicação de nomes de possíveis jurados, desde que estes cumpram as condições para a função.

Referidas condições encontram-se dispostas, mesmo que não de maneira evidente, no corpo do artigo 236 do CPP, a primeira é possuir o mínimo de dezoito anos e ser detentor de notória idoneidade, devendo ser o mesmo cidadão, ou seja, nascido ou naturalizado no Brasil, e que, esteja em pleno gozo dos seus direitos políticos (CPP, artigo 236).

Por outro lado, a idade máxima da obrigatoriedade de ser jurado é de setenta anos (mudança trazida pela lei 11.689 de 2008). Acima dessa idade, deverá o interessado requerer sua dispensa por estar desobrigado da participação no tribunal do júri, podendo, se achar conveniente, não solicitar sua dispensa, participando, assim, do julgamento dos crimes dolosos contra a vida e conexos, quando requerida sua participação pelo juiz presidente.

Outro requisito a ser observado é a alfabetização do jurado, uma vez que, a Constituição Federal assegura dentre os princípios norteadores do Tribunal, o sigilo das votações, ou seja, o voto será escrito e sigiloso, não restando possibilidade de interferência de outros sujeitos (mesmos que jurados), para que não haja influência na decisão. Visto isso, embora não esteja elencado no CPP, sabe-se que impossível será uma votação feita por sujeito não alfabetizado sem o auxílio daquele que o é, restando por frustrada a participação de cidadão não alfabetizado, por violar dispositivo constitucional.

Exige-se, ainda, que o jurado seja portador de boa saúde física e mental, no sentido de compreender a todos os sinais e estímulos oriundos da acusação e defesa, por exemplo, é importante que o jurado ouça os debates orais, veja os sujeitos, observando seus comportamentos para que então proferir um julgamento condizente com a lédima justiça.

Entendimento doutrinário também paira na fala do jurado, já que, o magistrado fará questionamentos ao corpo de jurados, que, por sua vez, deverá respondê-los por meio da arguição.

Por fim, a doutrina também entende ser necessário que o jurado seja morador da comarca onde se realizará o julgamento, pois este deverá ser realizado pelos semelhantes do réu e da vítima, sendo os mesmos representantes da população afetada pela conduta típica, antijurídica e culpável do réu, não restando fundamento para que o jurado seja pertencente a outra comunidade (distante).

Tem-se que o procedimento do júri é considerado bifásico, ou seja, composto por duas fases, quais sejam: instrução preliminar e julgamento em plenário. A primeira fase compreende o recebimento da denúncia ou queixa e a decisão de pronúncia.

Destarte, na primeira fase, ainda não existem “jurados”, sendo toda a prova colhida na presença do juiz presidente (togado), que, ao final, decide entre enviar o réu para julgamento pelo Tribunal do Júri (pronúncia) ou não (absolvição sumária, impronúncia ou desclassificação). Portanto, o processo pode findar nessa primeira fase, conforme decisão do juiz. A segunda fase somente se inicia se a decisão

do juiz for de pronúncia, tem por ápice procedimental o plenário e finaliza com a decisão proferida pelos jurados (LOPES, JR, 2013, p. 1003-1004).

Vê-se, então que o procedimento preliminar não é o mesmo compreendido como inquérito policial, pois este é ato administrativo e não judicial. A primeira fase é desenvolvida pelo juiz responsável pelo caso, em que poderá decidir pelo prosseguimento do processo pelo Tribunal ou não.

Deverá, então, realizar os atos preliminares de colheita de prova, tais como analisar os elementos documentais probatórios, realizar audiência de instrução e oitiva de peritos (se houver necessidade e arrolamento), no entanto não se adentrará ao assunto por não ser o objeto central da pesquisa.

A partir disso, se decidir pela pronúncia, inicia-se a segunda fase (plenário), sendo referida decisão considerada interlocutória mista, e não terminativa, cabendo então recurso em sentido estrito.

Voltando ao que se discorreu acerca dos jurados, o artigo 436 do CPP sustenta que nenhum cidadão poderá ser excluído da composição da lista de jurados, ou do conselho do plenário em razão de sua crença, raça, sexo, profissão, etnia, cor, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução (BRASIL, CPP, artigo 436).

Entretanto, existem pessoas isentas de prestação do serviço de jurados, como enumera, taxativamente, o artigo 437 da norma em comento, citando como exemplo, o Presidente da República e os Ministros de Estado, governadores e secretários, prefeitos municipais, magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria, maiores de setenta anos quando requerida sua dispensa, dentre outros (BRASIL, CPP, artigo 437).

De todo modo, a segunda fase (plenário) será composta por um juiz togado que é considerado o presidente do julgamento, bem como um corpo de jurados de vinte e cinco membros. Desses vinte e cinco cidadãos, apenas sete irão compor o corpo de jurados, que, por sua vez, serão sorteados no ato da instauração do conselho.

Todavia cita-se que alguns desses jurados podem encontrar-se em situação de impedimento para a realização do julgamento, tais como os sujeitos que atuaram como jurados no mesmo processo, quando julgou outro réu em processo com concurso de pessoas, ou, se o jurado demonstrou de maneira prévia sua intenção em condenar o acusado (BRASIL, CPP, artigo 449).

Assim, a partir do sorteio dos jurados, poderão as partes recusarem-se ao jurado sorteado para compor o conselho de sentença:

A cada jurado sorteado, deverá o juiz ler seu nome, podendo a defesa e, depois dela, o Ministério Público, recusar o jurado sorteado. Duas são as espécies de recusa:

Recusa motivada: (por suspeição, impedimento, incompatibilidade e proibição), sem qualquer limite numérico, cabendo ao juiz decidir no ato sobre a procedência ou não da alegação.

Recusa imotivada: limitada a 3 para cada parte. É uma recusa peremptória, sem necessidade de fundamentar o porquê de determinado jurado não ser admitido. No modelo brasileiro, não existe uma entrevista com os jurados, em que os advogados e promotores poderiam ter um contato maior com eles, buscando traçar o perfil social, econômico e mesmo psicológico (ainda que superficial, é claro). Então, no mais das vezes, a recusa é puramente instintiva (LOPES, JR, 2013, p. 1039).

Posto isso, poderão as partes, por meio dos seus representantes recusarem algumas escolhas de jurados, conforme demonstrado na citação acima. Ressalta-se que, se não houver número para a composição do corpo de jurados, deverá o plenário ser adiado para o próximo dia em que não houver impedimento para sua feitura, sendo, para tanto, sorteados em plenário os suplentes que se fizerem presentes.

Em caso de estarem presentes os sete jurados, bem como, não havendo recusa dos mesmos, o conselho de sentença será instaurado, seguindo-se, assim, a regra disposta no artigo 427 do CPP, onde se dará abertura à sessão, e serão entregues cópias da pronúncia aos jurados.

Posteriormente, seguem-se as regras dispostas nos artigos 473 e 475 do mesmo código, inicialmente, deverá ser ouvida a vítima, bem como, as testemunhas de acusação, após a oitiva das testemunhas de acusação, ouvem-se as testemunhas de defesa. O próximo passo é a prestação de esclarecimentos por parte dos peritos, acareação, reconhecimento de pessoas, dentre outros. Sendo que, ao final, se ouvirá o acusado.

Após a instrução, abrem-se os prazos para a realização dos debates, sendo que se inicia com a acusação, e após uma hora e meia abre-se prazo, igual, para a defesa. Ainda segundo o artigo 477 do CPP, após tais debates, é concedida a réplica e a tréplica no prazo de uma hora para cada advogado.

Salienta-se que quando designada realização de tribunal do júri, as partes possuem o prazo de três dias úteis, antes do plenário, para realizarem a juntada de documentos, para que a outra parte possa exercer a ampla defesa, bem como lhe seja conferido o exercício do contraditório.

Encerradas as arguições, o plenário inicia a preparação para a confecção da votação para que se julgue a conduta do acusado e a lesão da vítima. Os quesitos deverão

ser pautados na pronúncia, sendo que as agravantes e atenuantes serão analisadas pelo juiz presidente, e não pelo corpo de jurados.

Como determina o art. 482 do CPP, somente podem ser quesitadas as matérias de fato, jamais conceitos jurídicos (como culpa, dolo, consumação, tentativa etc.), e as perguntas devem ser redigidas em proposições afirmativas, simples e distintas. A clareza e precisão das perguntas são fundamentais para a compreensão dos jurados, devendo ser anulado o julgamento cuja quesitação não siga essa regra (LOPES, JR, 2013, p. 1046).

Nesse diapasão, nota-se que os jurados, por não possuírem conhecimento técnico jurídico, encontram-se impedidos de apreciarem tais assuntos, devendo analisar, somente, as situações fáticas, para não se ferir a segurança jurídica do processo, além de outros princípios.

Segundo o corpo do artigo 483 do CPP, os quesitos deverão ser formulados na “ordem da materialidade do fato; autoria ou participação; se o acusado deve ser absolvido; se existe causa de diminuição ou aumento de pena alegada pela defesa; e, se existe qualificadora ou aumento de pena” (BRASIL, CPP, art. 483).

Após a confirmação da ocorrência do fato (crime doloso contra a vida), pergunta-se aos jurados acerca da autoria ou da participação do réu no crime, onde se questiona se o acusado concorreu para a prática do ato delituoso. Se quatro jurados, ou mais de três, responderem que sim, prossegue-se o julgamento, afirmando-se que o acusado participou do fato. Em caso de resposta negativa por no mínimo quatro jurados, será o mesmo absolvido.

O próximo quesito a ser formulado é em razão da absolvição do réu, que, por sua vez, deverá levar em consideração os dois quesitos anteriores, bem como as alegações de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal (excludentes de ilicitude), inimputabilidade do sujeito, dentre outros itens sustentados pela defesa.

Não precisa o jurado fundamentar sua decisão, demonstrando, apenas, se o acusado deve ser absolvido ou não. Se mais de três jurados decidirem pela absolvição, deverá o réu ser absolvido e desfeito o conselho de sentença, porém, se por ventura, mais de três entenderem que não deve o mesmo ser absolvido, continua-se o julgamento, decretando-se, assim, a condenação do mesmo.

Um problema: se foi intenção do legislador incluir neste quesito da absolvição todas as questões relativas às excludentes de ilicitude e

culpabilidade, sobretudo as de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade etc.), pensamos que o caminho escolhido não foi o melhor. E isso porque, como já dissemos, o sentimento pessoal de justiça não conhece limites racionais, de tal maneira que o jurado pode, mesmo reconhecendo uma ação justificada, entender que o réu deve ser condenado. Como conter tamanha subjetividade sem o recurso ao quesito? E o excesso doloso ou culposo não será objeto de deliberação? E, como se sabe, não constituem matéria exclusiva da sentença (art. 492, CPP) (OLIVEIRA, 2008, p. 584).

Observa-se que referido quesito tem encontrado críticas dos doutrinadores, tais como o acima citado, posto que, por não exigir motivação da absolvição, inúmeros problemas podem resultar de tal prática, tal como, a dificuldade para se recorrer de referida decisão por não haver conteúdo decisório (fundamentação aparente) a ser questionado.

No entanto, após a condenação do réu mediante decisão do terceiro quesito, o juiz presidente deverá perguntar acerca da diminuição da pena do acusado, se essa matéria fora arrolada pela defesa. Assim, por exemplo, o artigo 121, § 1º do Código Penal, sustenta que o valor social ou moral relevante podem configurar causas de diminuição de pena, de um sexto a um terço, na prática do homicídio (BRASIL, Código Penal, art. 121, § 1º).

Se quatro ou mais jurados responderem que no caso julgado há presença de elementos que permitam a diminuição da pena, deverá o juiz presidente realizá-la, posto que o corpo de jurados não possui conhecimento técnico para tanto. Todavia, se a resposta de no mínimo quatro jurados for no sentido de que não há causa de diminuição, não poderá o magistrado aplicá-la na dosimetria da pena.

Por fim, o último quesito a ser formulado é em relação às causas de existirem qualificadoras ou aumento de pena, que foram reconhecidas na pronúncia, ou então, em entendimentos após a mesma que compreenderam aceita a acusação.

Advertir-se que uma vez afastada a qualificadora na pronúncia, o que resta excluído é a “situação fática”, e não o nome jurídico. Daí por que, uma vez afastada a qualificadora, mas pronunciado o réu, não pode o Ministério Público (ou querelante), postular a sua inclusão em plenário, sob o rótulo de agravante. Isso ocorre porque muitas das qualificadoras nada mais são do que situações fáticas constitutivas de “agravantes”. Logo, uma vez excluída a qualificadora, está afastada a situação fática, não podendo o Ministério Público “trocar o nome jurídico” para querer agora seu reconhecimento com o título de “agravante”. Quanto à forma de quesitar a qualificadora, vejamos alguns exemplos:

- O réu MANÉ DA SILVA cometeu o crime por motivo torpe?
- O réu MANÉ DA SILVA cometeu o crime por motivo fútil?
- O réu MANÉ DA SILVA cometeu o crime à traição?
- O réu MANÉ DA SILVA cometeu o crime usando de recurso que tornou impossível a defesa da vítima? (LOPES, JR, 2013, p. 1054).

Assim sendo, se for reconhecida a existência de qualificadora, por votos de no mínimo quatro jurados, deverá o magistrado realizar a majoração da pena, pelo mesmo fundamento de sua impossibilidade pelos jurados, conforme demonstrado no quesito anterior.

Finalizando o julgamento, deverá o juiz responsável proferir a sentença dentro daquilo que foi decidido, por meio das respostas aos quesitos, pelos sete jurados. Referida sentença poderá absolver, condenar ou desclassificar a prática do acusado.

Se houver absolvição do réu, não haverá aplicação de pena, podendo, em caso de reconhecimento de inimputabilidade, aplicar medida de segurança. Por conseguinte, se o mesmo for condenado, o magistrado deverá realizar a fixação da pena, nos moldes do artigo 59 do Código Penal e 492 do Código de Processo Penal.

Por fim, a última decisão a constar no corpo da sentença, pode ser a desclassificação do delito, ou seja, o reconhecimento de que o mesmo não é competência do tribunal do júri. De todo modo, será desclassificado o delito quando for reconhecido que o mesmo não se trata de crime doloso contra a vida.

Com a desclassificação própria (em qualquer de seus casos), o feito passará às mãos do juiz presidente, a quem competirá o julgamento do caso penal (condenando ou absolvendo o réu) e, se houver crime conexo que não seja doloso contra a vida (porque se for, será julgado pelo júri), também ao juiz presidente do Tribunal do Júri competirá o julgamento, aplicando-se, no que couber, os institutos da Lei n. 9.099. o crime conexo segue o crime principal e, com a desclassificação do prevalente, não pode sequer ser objeto de quesitação ao conselho de sentença. Nesses casos, a sentença do juiz presidente segue a regra geral das sentenças penais, nos termos dos arts. 381 e 387, conforme o caso, sem perder de vista o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 492 (LOPES, JR, 2013, p. 1059).

Se, por ventura ocorrer desclassificação imprópria, ou seja, quando o corpo de jurados compreender que não são competentes para o julgamento do delito, deverá o magistrado condenar o réu pela prática do crime sinalizado pelos jurados, por exemplo, reconhecimento de homicídio culposo.

Por fim, a última prática do plenário do júri é a leitura da sentença para todos os presentes, onde, a partir disso, o juiz presidente encerra o feito, dispensando os presentes, e determinando o cumprimento ou não da pena ao réu.

A partir de toda a análise feita, de forma breve, em relação ao Tribunal do Júri comum, passa-se a discorrer acerca do primeiro Tribunal do Júri Indígena ocorrido no Brasil.

3.4.2 Caso Concreto: tribunal do júri indígena realizado em Roraima

Em notícias divulgadas em meios eletrônicos, tais como no *site* do Tribunal de Justiça de Roraima (BRASIL, TJ/RR 2015), relativo aos Povos Indígenas no Brasil (SOUZA, 2015), da Folha de São Paulo (MARQUES, 2015), endereço eletrônico governamental sobre o estado do Amazônia (COSTA, 2015), bem como o *site* G1 da globo (BRANDÃO, 2015), em meados de abril de 2015, noticiou-se à população o primeiro caso de Tribunal de Júri Indígena que iria ocorrer no Brasil.

Segundo as notícias veiculadas, o Tribunal de Justiça de Roraima (TJRR), informou que o plenário aconteceria (e aconteceu) no dia vinte e três de abril do ano corrente, onde julgaram dois réus indígenas, pertencentes à cultura Macuxi. Referido caso é pertencente à Comarca de Pacaraima, no estado de Roraima, em que o fatídico é relativo à prática de tentativa de homicídio (esse crime foi o pronunciado) entre indígenas no ano de 2013.

De acordo com o juiz Aluizio Ferreira Vieira, a decisão de realizar o julgamento em Maturuca foi amplamente discutida e aprovada pelos tuxauas e lideranças indígenas da região. O crime a ser julgado é de uma tentativa de homicídio ocorrida no município do Uiramutã em janeiro de 2013. Os dois réus e a vítima, são da etnia Macuxi e moradores daquela região. Maturuca localiza-se a 50 quilômetros da sede do Uiramutã e funciona como centro regional para as 72 comunidades da Região das Serras (BRASIL, *site* do TJ/RR, 2015, s/p).

O juiz responsável pelo caso, Aluizio Ferreira, informou à imprensa que o corpo de jurados foi composto apenas por jurados indígenas, pertencentes às etnias Macuxi, Ingaricó, Taurepang e Patomano.

Dentre os fundamentos alegados pelo membro do poder judiciário, a causa para a determinação dos jurados serem apenas indígenas pauta-se na compreensão de:

Levar esse julgamento para a comunidade indígena com um corpo de jurados formado essencialmente por indígenas é muito importante para dar legitimidade ao ato específico. E isso é o inédito deste caso: serão pares julgando seus próprios pares. Obviamente, todo o processo tramita

conforme a Constituição Federal. Nada é feito ao alvedrio da Lei", frisou o juiz.

Antes de optar pela realização da audiência, os líderes indígenas da região se reuniram em assembleias e decidiram juntos pelo júri popular. "Em dezembro do ano passado, pelo menos 270 deles foram favoráveis à audiência. Então, a realização do júri é resultado de uma escolha coletiva, não é etnocentrismo ou imposição, afirmou Ferreira (COSTA, 2015, s/p).

Vê-se que, de acordo com o posicionamento do magistrado, ao se estabelecer o plenário composto apenas por jurados indígenas, estar-se-á efetivando o que sustenta a própria legislação pátria, em que se deve julgar o acusado pelos seus semelhantes. Alega-se, ainda, que referido tribunal não foi fruto de decisão arbitrária, mas sim de requerimento dos próprios índios mediante aprovação dessa prática em votação ocorrida no ano de 2014.

O caso julgado pelo plenário indígena diz respeito a dois índios que praticaram tentativa de homicídio de outro indígena no dia vinte e três de janeiro de 2013.

A defesa dos réus, segundo o juiz, alega que os homens tentaram assassinar o outro porque acreditavam que ele estava 'dominado' por uma entidade espiritual indígena denominada de 'Canaimé' e suspeitaram que ele seria o autor de outros dois homicídios que ocorreram dentro da Terra Indígena.

Após tentarem assassinar a vítima, os dois homens foram presos em Uiramutã em flagrante e conduzidos à Penitenciária Agrícola de Monte Cristo (PAMC), na zona rural de Boa Vista. Poucos meses depois de serem detidos, os suspeitos foram soltos e passaram a aguardar o julgamento em liberdade (COSTA, 2015, s/p).

Sustentou, ainda, o magistrado que, a aldeia habitada pelos três indígenas não realizou qualquer prática de julgamento e aplicação de pena aos sujeitos nativos. Nessa senda, se tivesse ocorrido julgamento pela aldeia, não haveria necessidade de se julgar pela justiça comum, já que, o crime fora praticado no interior da tribo, envolvendo apenas sujeitos indígenas, conforme já se mencionou no corpo da presente dissertação. No entanto, por não haver punição ou julgamento interno, o processo transcorreu normalmente perante a justiça criminal comum.

Assim, no dia vinte e três de abril, na aldeia indígena Raposa Serra do Sol, no Malocão da Homologação, ocorreu o primeiro Tribunal do Júri Indígena do país, onde estavam presentes mais de duzentas pessoas, sendo que o plenário teve duração superior a treze horas. Em referido julgamento, o júri absolveu um dos réus, e acabou condenando o outro por lesão corporal leve.

Segundo as narrativas das reportagens:

Os réus do processo, Elsio e Valdemir da Silva Lopes foram acusados de tentar matar Antônio Alvino Pereira. Os três, que são da etnia Macuxi, se envolveram em uma briga no município de Uiramutã, na Raposa Serra do Sol, na tarde do dia 23 de janeiro de 2013. Durante a confusão, Elsio e Valdemir cortaram o pescoço e o braço de Antônio, respectivamente. Após a briga, os irmãos alegaram legítima defesa contra Antônio e afirmaram que a vítima estava dominada pela entidade indígena Canaimé. À época, eles foram presos em flagrante e ficaram detidos por 10 dias na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Boa Vista (COSTA, 2015, s/p).

No julgamento, os jurados reconheceram que Elsio, um dos réus, teve a vontade de matar a vítima, no entanto, acabou por absolvê-lo da prática de homicídio tentado na votação dos quesitos. Ao se analisar o segundo réu, Valdemir, os jurados compreenderam que o mesmo praticou lesão corporal, que acabou sendo configurada como leve, recebendo, o mesmo, pena de três meses em regime aberto. Sustenta-se que foram ouvidas sete testemunhas, assim como os acusados e a vítima, finalizando um total de dez sujeitos ouvidos.

O defensor público estadual José João e a advogada Thais Lutterbak, que defenderam Valdemir e Elsio, respectivamente, consideraram o resultado do júri como 'positivo', apesar da condenação de um dos réus.

"Na verdade, a tese da defesa foi vitoriosa, porque nós afirmamos que o Valdemir não cometeu o crime de lesão corporal grave, conforme a acusação alegava. O júri entendeu que houve uma lesão corporal leve, a qual depende de representação por parte da vítima, o que já prescreveu", afirmou José João.

Segundo o defensor, para que haja punição no caso, a vítima teria que ter feito uma representação contra o agressor. Entretanto, o prazo para fazê-la é de seis meses depois de saber quem é o autor do fato, o que já teria transcorrido, conforme José João.

Questionada sobre a tese de legítima defesa contra a ação do Canaimé, Thaís, advogada do réu absolvido, reiterou que a ação dele foi confessada, mas justificada sob a ameaça da entidade indígena (COSTA, 2015, s/p).

Observa-se que a defesa considerou o tribunal do júri como positivo, pois, mesmo que um dos réus foi considerado culpado por lesão corporal leve, referido crime demanda representação do ofendido no prazo prescricional, o que na prática, gera a impossibilidade de aplicação de pena ao acusado, pois não houve referida representação da vítima, e por ser crime de ação penal privada, não haverá responsabilização criminal para o mesmo.

Argumentou-se que, nunca houve negativa de autoria ou de materialidade do crime pelos sujeitos nativos, no entanto, justificaram-se tais condutas, o que culminou com

a não penalização dos mesmos pelo crime de homicídio. A justificativa da prática do delito foi a de que a vítima estaria recebendo uma entidade indígena conhecida como ‘Canaimé’, e que, por isso, Elcio lançou mão de uma faca de descascar laranja para impedir tal entidade de realizar o mal à aldeia.

Existe, na cultura das aldeias situadas em Roraima, notória crença acerca do ‘Canaimé’, que por sua vez, é considerado uma ‘entidade do mal’, que se alimenta de outros índios, veja um trecho da crença dessa cultura:

O Canaimé pode ser qualquer um de dentro da comunidade, mas geralmente ele ataca outras comunidades distantes e ele viaja longe, o dono da TAJÁ tem sempre que matar alguém para os espíritos se alimentarem, se isso não acontece, ela pode comer seu próprio dono, ou seus filhos. O CANAIMÉ em sua forma animal só pode ser morto com bala de Cêra, os pajés contaram que em sua forma humana ele pode ser morto com a difumação do Pêlo do macaco CUATÁ, ele pode ficar doído pular, se espernear e pode imitar o próprio macaco subir em uma árvore bem grande e se jogar lá de cima. Atualmente ainda existem muitos Canaimés em Roraima que fazem o mal, os mais comuns são aqueles parentes wapixanas que ainda migram da Guiana para o Brasil que conhecem as plantas, mas também tem macuxi, waiwai, patamona, ingaricó, Taurepang. Os índios de Roraima conhecem bem a sua realidade e podem dizer com certeza que o Canaimé não é Lenda, é real e existe em nosso meio, os fazendeiros de famílias tradicionais dizem que o Canaimé não passa de lenda e que os índios inventaram para amedrontá-los para expulsar de suas terras e eles dizem que o Canaimé é apenas um índio vestido com pele de algum animal geralmente o de onça para poder roubar seus gados (WAPICHANA, 2012, s/p).

Nota-se que o motivo da justificativa pela prática de delito, dentro da cultura Macuxi, Roraima, pauta-se na crença desenvolvida pela cultura, em que os ‘Canaimés’ são considerados entidades perigosas, que geram pânico, medo e temor em toda a população indígena, o que, por sua vez, para os jurados, justificou a prática do ilícito, bem como, foi suficiente para absolvê-los da tentativa de homicídio.

Em contrapartida, os promotores que presidiram a realização do primeiro Tribunal do Júri Indígena, em comento, sustentam que referida prática judiciária comporta anulação por violar dispositivo legal, vez que a escolha de jurados exclusivamente indígenas elimina a possibilidade de outros segmentos (etnograficamente) sociais de participarem do julgamento, conforme dispõe o artigo 436 do CPP, o qual, por sua vez, disciplina que nenhum cidadão poderá ser excluído do corpo de jurados em razão de sua peculiaridade social, biológica, cultural, dentre outras características.

Nesse sentido, a repórter traz à entrevista depoimento de Carlos Paixão (um dos promotores do caso): "Se um morador de uma favela do Rio de Janeiro comete um crime, ele vai ser julgado apenas por membros dessa comunidade? Não. Então, porque isso deveria ocorrer em uma comunidade indígena?", questionou Paixão durante coletiva de imprensa. (COSTA, 2015, s/p).

Sustentaram, ainda, os promotores, que a decisão por meio das respostas foi legal, mas que não foram conexas, rompendo o nexo de causalidade entre as respostas aos quesitos formulados. Segundo os promotores, Diego Aquendo e Carlos Paixão:

Sobre a decisão final do júri, Paixão e Aquendo afirmaram que a sentença é contrária às provas do processo, onde ficou claro que houve a lesão corporal grave por parte do réu absolvido. Eles atribuíram a absolvição dele a não compreensão dos jurados sobre os questionamentos feitos no julgamento.

Durante o tribunal do júri popular, é procedimento que após os debates, o juiz apresente uma série de perguntas simples aos jurados, chamadas de quesitação, onde ele questiona sobre o crime. A essas perguntas, os jurados devem responder 'sim' ou 'não'.

Às perguntas iniciais sobre Elsio, o júri respondeu que houve a tentativa de homicídio e atribuiu a culpa a ele, mas, apesar disso, decidiu absolvê-lo. Por isso, o promotor Carlos Paixão, considerou a decisão 'juridicamente legal, mas desconexa'.

"Olha só a incongruência: o fulano sofreu a lesão? Sim. O beltrano produziu a lesão? Sim. Ele quis matar? Sim. Daí vem o quesito 'você o absolve? Sim'", argumentou, acrescentando que o Ministério Público recorrerá de sentença dentro do prazo de cinco dias (FOLHA WEB, 2015, s/p).

Diante das sustentações dos promotores acima citados, nota-se que a promotoria não concordou com o plenário composto apenas por jurados indígenas, não por uma questão de lesão à dignidade humana, ou até mesmo um atentado contra a legalidade ou possibilidade do tribunal do júri indígena, mas sim, porque os indígenas acabaram sendo absolvidos pela tentativa de homicídio que foram pronunciados.

Entretanto, segundo o entendimento do Coordenador Regional da Região das Serras - Roraima, Zedoeli Alexandre, os índios merecem ser processados e julgados pelos seus semelhantes, uma vez que, se o homem da sociedade civil o julgar, não levará em consideração as crenças, valores, práticas sociais, bem como a cultura desse povo. Estar-se-ia (está) diante de uma atrocidade contra a diversidade cultural (G1, 2015, s/p).

Seguindo essa linha de raciocínio, sustentando-se, tanto o magistrado quanto o coordenador Zedoeli, que a organização do primeiro tribunal do júri indígena brasileiro

não pode ser considerada uma lesão à legalidade de sua instauração, posto que a Constituição Federal em seio nacional assegura tal julgamento no corpo do seu artigo 231, e, se não bastasse, a Convenção 169 da OIT também resguarda o respeito a essa cultura.

Nesta senda, sustentou o magistrado em depoimento dado ao Tribunal de Justiça de Roraima que: "O júri na comunidade indígena reflete o reconhecimento e materialização do respeito à diversidade das sociedades indígenas, conforme prevê o artigo 231 da Constituição Federal, e a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho/OIT (BRASIL, TJ/RR, 2015)".

Em notícia veicula no *site* do Jornal Folha de São Paulo, em 22 de maio de 2015, em reportagem intitulada de "Índios classificam 1º. Júri Feito em Aldeia de 'Brutal' e Refazem Sentença", divulgou-se que:

Uma semana depois do júri, em evento fechado, decidiram aplicar uma pena seguindo seus próprios costumes. Na nova decisão, os dois réus, e mais um terceiro que teria incentivado a briga, foram expulsos da aldeia por dois anos. Eles terão que fazer trabalhos comunitários em outra aldeia e não podem participar dos eventos da comunidade.

"Consideramos o júri positivo, [de abril], mas demos o nosso jeito depois", afirmou Júlio Macuxi, um dos representantes da comunidade. Abertamente, os índios dizem que o julgamento aprofundará discussões internas sobre a solução dos problemas, as não gostaram do comportamento das autoridades no evento.

O Ministério Público do Estado também entrou no caso e quer anular a decisão do júri do dia 23. Caso isso ocorra, a Justiça pode, por exemplo, realizar um novo júri ou reconhecer o resultado do tribunal dos macuxis que expulsou os réus da aldeia (MARQUES, 2015).

De toda sorte, nota-se que mesmo em caso de anulação do Tribunal do Júri Indígena, a própria aldeia já realizou responsabilização e punibilidade dos sujeitos acusados, e por serem eles indígenas (vítima e autores), o crime praticado dentro da aldeia e sem lesão externa, não merece o Estado interferir no fatídico, conforme supramencionado.

Diante do todo o exposto no presente tópico, essa autora se posiciona no sentido de apoio à postura do magistrado, já que, em se tratando de casos em que o índio deva ser processado e julgado em tribunal do júri, o mais prudente é o julgamento do mesmo pelos seus semelhantes, já que, cada ser humano traz consigo suas marcas e vivências, e, um sujeito detentor de cultura da sociedade civil, por exemplo, não conseguirá analisar as peculiaridades do delito praticado por um indígena, em razão da cultura diversificada de cada sujeito. Assim, em respeito à Constituição Federal, bem como a Convenção 169 da

OIT, referido Tribunal não pode ser compreendido como ilegítimo, tampouco, merece ser anulado.

A partir da análise do processamento e julgamento dos sujeitos indígenas, salienta-se que a norma pátria cogente disciplina medida específica de tratamento quanto ao cumprimento de pena pelo índio. Assunto esse que será abordado no último tópico da presente dissertação.

3.5 Do cumprimento de pena restritiva de liberdade pelo sujeito indígena

3.5.1 Breves Apontamentos Acerca da Pena-prisão

Antes de se adentrar ao tema específico inerente à pena de restrição de liberdade aplicada ao sujeito indígena, é preciso traçar, resumidamente, um histórico de referida sanção no universo jurídico.

Segundo alguns autores, tal como Aury Lopes Jr, o caráter da pena de prisão, no início de sua aplicação, tinha como escopo a custódia do acusado, já que, quando condenado, as penas impostas eram de tortura, corporais, infamantes, dentre outras.

Assim, a prisão era apenas medida de contenção e resguarda do acusado, para ser apenado posteriormente com sanções mais drásticas:

Na época pré-moderna (Idade Média), tampouco existia a pena privativa de liberdade como sanção penal. A prisão mantinha o caráter de lugar de custódia, pois as penas eram bárbaras, como a amputação de braços, pernas, olhos, língua e outras mutilações.

[...]

Até então, séculos XVI e XVII, havia o uso generalizado da pena de morte, sendo que a forma de execução mais freqüente era a forca. Ao lado dela, eram recorrentes os açoites, a deportação e os atos causadores de vergonha pública. Mas a pena capital começa a ser questionada, pois não demonstrava ser um instrumento eficaz diante do aumento de criminalidade. É quando começa a surgir a ideia da prisão como pena privativa de liberdade (LOPES, JR. 2013, p. 54-55).

Assim, nota-se, diante da citação acima, que o surgimento da pena foi em caráter de violação aos direitos fundamentais que se tem reconhecidos hoje na Constituição Federal, como, por exemplo, a vida (com a pena de morte). A partir do momento em que se percebeu que tais sanções (violentas) não se tornavam eficazes, uma vez que o índice de reincidência, bem como, inserção de pessoas sem antecedentes criminais em práticas

delituosas, tornou-se necessária a reformulação das sanções a serem impostas aos anormais (aqueles que estão fora das normas).

De toda sorte, em meados do século XVII, no continente europeu, mesmo antes da Revolução Francesa, ocorreu o surgimento de alguns sistemas penitenciários que não visavam apenas à custódia dos seus detentos, mas sim sua recuperação enquanto cidadão, o qual era símbolo de problemas sociais, tais como os mendigos, prostitutas, desempregados, vândalos, dentre outros ‘anormais’.

Tem-se que as primeiras prisões-penas possuíam como finalidade a penitência do cidadão, assim, o mesmo ficaria por determinado período afastado de todo o seio social para que refletisse sobre seus atos e não voltasse a praticá-los. Reflexão essa que deveria ser útil não apenas ao condenado, mas também a toda a sociedade, com o intuito de que essa deveria agir de modo diverso de como agiu.

Referidas questões, de reflexão, tanto do apenado quanto da sociedade, retratam uma das funções da pena, que por sua vez pode ser intitulada de caráter preventivo da sanção. Caráter preventivo pode ser interpretado como sendo medidas tomadas no sentido de conscientizar a sociedade sobre tal prática, e de maneira preventiva, não pratique o mesmo ato para não receber sanção, neste caso específico, restritiva de liberdade.

Somente em meados do século XVII a sanção aparece no ordenamento jurídico como forma de pena ‘ressocializadora’, entretanto, apenas no século XIX torna-se a pena mais praticada, aceita e reconhecida como válida pelos países europeus que acabaram difundindo-a para o resto do mundo no mesmo século.

No entanto, sustenta José Eduardo Azevedo, em artigo publicado na Revista da Associação de Pós-graduandos da PUC-SP, no ano de 1999, que:

O sistema prisional está centrado preponderantemente na premissa da exclusão social do criminoso, visto como perigoso e insubordinado. O confinamento e a vigilância a que está submetido é estrategicamente ordenado por mecanismos de opressão. Isto faz com que o Estado coloque nas prisões presos, às vezes, nem tão perigosos, mas que no convívio com a massa prisional iniciam um curto e eficiente aprendizado de violência, corrupção, promiscuidade e marginalidade, manifestada quer no comportamento dos presos, quer no dos agentes incumbidos de preservar a ordem interna. Esta situação gera o fenômeno que Donald Clemmer denominou de prisonização. Ao ingressar no sistema penitenciário, o sentenciado deve adaptar-se, rapidamente, às regras da prisão. Seu aprendizado, nesse universo, é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de ser ressocializado, para a vida livre, é, na verdade, socializado para viver na prisão. (AZEVEDO, 1999, p. 29-35).

De acordo com a citação acima, o autor sustenta que o regime adotado nas penitenciárias, simboliza e retrata fielmente as realidades penitenciárias brasileiras, onde as suas principais técnicas e resultados não pairam na ressocialização do ex-detento, ou, tampouco, a conscientização de não práticas reincidentes, ou até mesmo dos demais membros sociais para que não pratiquem crimes, vez que se isso fosse verídico, não existiriam tantos novos criminosos e números elevados de reincidências.

Assim, para o autor que teve como um dos seus referências os pensamentos foucaultianos, as penitenciárias existem com a finalidade de segregação social daquele que é considerado transgressor das normas penais, ou seja, do anormal.

De todo modo, o marginalizado, segregado e esquecido criminoso, acaba por ser oprimido pelo poder que é exercido dentro das penitenciárias, pelos próprios detentos, bem como pelo Estado. Vê-se que o sistema é uma técnica utilizada para que referidos cidadãos estejam sempre sob os comandos estatais, e que, se fugirem de lá, a sanção do opressor ainda será mais severa.

Segue o autor afirmando, em seu artigo, que:

As regras de funcionamento da prisão são impostas ao preso com rigor e coerção. Este, por sua vez, também dispõe de um conjunto de regras, chamado "código dos presos" e que tem vigência entre eles e é aplicado por alguns sobre os demais.

[...]

As prisões são objetos históricos significativos quando nos mostram, no rigor de seus rituais, os limites que governam o exercício do poder. Notamos, desta maneira, que o poder não é uma propriedade do Estado, mas uma estratégia de ação. Não é atributo, mas relação de forças que passam tanto pelos dominados quanto pelos dominantes, ambos constituindo singularidades (AZEVEDO, 1999, p. 29-35).

Diante da citação acima, pode-se compreender que dentro dos sistemas penitenciários existem regras e leis próprias de organização, as quais compõem 'código dos presos', em que alguns opressores (detentores do poder prisional) impõem aos demais presos o cumprimento de tais normas de conduta.

Assim, percebe-se que entre Estado e penitenciárias pode-se traçar um paralelo onde o detentor do poder elabora as normas aplicáveis aos cidadãos, não condizentes com as vossas necessidades e anseios, cobrando-lhes e exigindo-lhes cumprimentos das mesmas, e, em caso de não obediência, sanções serão aplicadas.

Posto isso, vê-se que as penas-prisões podem ser vistas como técnicas de legitimação do poder, em que escolhas de condutas não são permitidas, e em caso de

prática de alguma delas, sanções são aplicadas aos indivíduos transgressores, ou seja, há a presença da violência institucionalizada.

A partir das linhas gerais traçadas acima, importantes se fazem as análises da situação jurídica - penal conferida ao sujeito indígena quando lhes são aplicadas penas privativas de liberdade.

Salienta-se, ainda, que a forma de aplicação de pena aos índios, segundo as normas que estão em vigor no Brasil, dependerá do seu grau de integração social civil (artigo 4º da lei de numero 6.001 de 1973). No entanto, acerca da viabilidade ou não desses critérios de análises, não há que se retomar nesse contexto dissertativo, já que os mesmos foram abordados em tópico específico, restando, nesse último item, o estudo sobre a aplicação das penas-prisões aos sujeitos indigenistas.

3.5.2 A pena-prisão aplicada ao indígena

A partir do que se compreendeu a respeito do caráter da pena-prisão, tem-se que os indígenas, quando processados e julgados pela justiça criminal, são detentores de peculiaridades inerentes às suas condições existenciais, segundo as normas já explanadas.

Nesse sentido, o Código Penal de 1940 reconhece ao sujeito indígena, no corpo do seu artigo 21, garantias de que sejam considerados isentos de pena quando não possuírem discernimento, total, necessário para compreender o caráter delituoso da prática criminosa.

A partir de tal disposição, a Constituição Federal de 1988, reconheceu e garantiu a esses indivíduos, as práticas de suas culturas, crenças, valores, costumes, ou seja, a sua existência como sujeito diferenciado etnograficamente (BRASIL, Constituição Federal, 1988, artigo 231).

Como já dito anteriormente no presente trabalho, além das sanções penais comuns, serão reconhecidas ao sujeito as penas impostas por suas tribos, no entanto, a prática consuetudinária do direito brasileiro, referida conduta é aceita apenas quando o crime foi praticado no interior das aldeias não integradas, envolvendo apenas sujeitos indígenas, sem qualquer repercussão na sociedade civil, o que, por ora já fora debatido.

Segundo o que dispõe o estatuto do índio, lei 6.001 de 1973, quando possível, a pena aplicada ao indígena, de detenção, deverá ser cumprida em regime de semiliberdade especial, bem como na região em que o ente federal (FUNAI) mais próximo, da aldeia, esteja instalado. (BRASIL, Lei n. 6.001, 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** (grifo nosso) (BRASIL, lei 6.001 de 1973, art. 56).

De todo modo, afere-se o entendimento de que a sanção penal, de segregação penitenciária deverá ser evitada em caso de condenação pelo poder judiciário de um indígena, vez que, a vida do indígena é sustentada pelo seu contato com o meio ambiente, e, por diversas vezes, quando isolados em “castelos de pedras” os mesmos, em grande escala, acabam por adoecer-se, vindo, inclusive a óbito.

Nessa senda, o cumprimento de pena deverá ocorrer, quando possível, na própria aldeia habitada pelo sujeito, sendo fiscalizada pelo órgão que os representem (FUNAI). Não se pode dizer que se estará diante de impunidade do sujeito pelo fato de o mesmo ser indígena, mas sim de adequar as sanções “brancas” à cultura diferente, e, se não bastasse, referido sistema apenas é autorizado quando possível, ou seja, quando o condenado não oferecer grau de periculosidade social tribal ou comum.

Seguindo o disposto no artigo acima citado, o STF se manifestou no sentido de que a pena de semiliberdade deverá ser observada na aplicação da sanção a todos os indígenas, independente do seu nível de integração social, conforme já visto no artigo 4º da norma em comento. Dispôs que:

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, de fluência da língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente.
2. Atenuação da pena (art. 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 concedido pela simples condição de se tratar**

de indígena (grifo nosso) (BRASIL, HC 85198, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ 09/12/2005).

Seguindo a mesma ótica de raciocínio, umas das normas direcionadas aos direitos indigenistas de maior ênfase, Convenção 169 da OIT, a qual foi introduzida no Brasil por meio do Decreto n. 5.051 de 2004, disciplina no corpo do seu artigo 10º:

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento (grifo nosso) (BRASIL, Lei n. 5.051, 2004).

Desta feita, verifica-se que existem normas asseguradoras de sanções diferenciadas a pessoas diversificadas culturalmente, nesse caso os sujeitos indígenas. Entretanto, na prática, ainda se nota descumprimento de tais dispositivos, onde os indígenas cumprem pena-prisão de maneira idêntica ao cidadão pertencente à sociedade civil.

Embasando tal compreensão, o próprio STF contradisse a jurisprudência acima citada, enumerando que:

HABEAS CORPUS. ART. 12, §2.º, I, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PACIENTE. INDÍGENA. INTEGRADO À SOCIEDADE (POSSUI TÍTULO DE ELEITOR E DOMÍNIO DA LÍNGUA PORTUGUESA). INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ESTATUTO DO ÍNDIO. PENA DEFINITIVA FIXADA EM 12 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. (3) WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrado indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Esta Corte firmou o entendimento de que o indígena integrado à sociedade, nos termos do art. 4º, I, do Estatuto do Índio, não se enquadra ao disposto no art. 56, parágrafo único, do aludido Estatuto (cumprimento de pena em regime especial semiaberto), sendo, de rigor, a sua sujeição às leis penais impostas aos cidadãos comuns. Na espécie, o Tribunal *a quo* afirmou que o paciente possui título de eleitor e domínio da língua portuguesa, evidenciando que está integrado à sociedade, fato que respalda a aplicação do art. 33, §2.º, a, do Código Penal, uma vez que a pena fixada em 12(doze) anos de reclusão.

3. Habeas corpus não conhecido (BRASIL, HC 243.794-MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 24/03/2014).

Nos moldes do julgado acima citado, vê-se que o próprio STF não se mantém pacífico quanto à aplicação de regime semiaberto em caso do sujeito indígena. Ora compreende que referida medida se aplica a todos os índios, independentes do seu grau de integração, ora entende que a semiliberdade deverá ser aplicada, quando possível, apenas ao nativo, ou seja, aquele que não está integrado à sociedade civil.

Observadas tais incongruências na prática social e jurisdicional, o jornal virtual Correio do Estado, pertencente ao estado de Mato Grosso do Sul – MS, veiculou notícia em 06 de abril do ano de 2015, onde o Observatório dos Direitos Indígenas denunciou, em média, oitenta prisões ilegais somente no município de Dourados, situado em referido estado.

Segundo a notícia veicula jornal no *online*, o advogado Wilson Mattos, representante da organização supracitada na cidade de Dourados-MS, as penas-prisões impostas pelo poder judiciário daquele município, não levam em consideração as disposições legais acautelatórias de garantias indigenistas, tais como, Constituição Federal de 1988, a Convenção 169 da OIT, Estatuto do Índio, além de decisões jurisprudenciais dos Tribunais pátrios.

O Observatório de Direitos Indígenas denuncia que 80 índios estão presos de forma irregular no Presídio Estadual de Dourados (PED). De acordo com o presidente da entidade em Dourados, o advogado Wilson Mattos, as prisões não levam em conta o Estatuto do Índio (lei 6.001 de dezembro de 1973). Por causa disso o advogado encaminhou denúncia ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

De acordo com o observatório, as prisões não levam em conta os artigos 56 e 57 do Estatuto indígena. O primeiro diz que a pena deve ser reduzida e cumprida em regime de semiliberdade em órgãos federais como postos da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) dentro da Reserva. O juiz também deve levar em conta o grau de instrução do preso.

[...]

Quando prendemos o índio de acordo com os nossos costumes, estamos impondo nossa cultura. “É o mesmo que dizer que somos mais inteligentes ou que a nossa cultura vale mais do que a deles”, destaca (CORREIO DO ESTADO, 2015).

De acordo com o trecho acima citado, percebe-se que a observação do advogado é em razão do desrespeito às normas existentes em solo nacional, e que, tal prática, acaba violando a dignidade humana desses sujeitos, pelo fato de serem detentores de cultura diversificada, o que, por sua vez, merece ser rechaçado em observação à multiculturalidade, alteridade, Dignidade Humana e da diversidade cultural.

Sustenta o advogado, ainda, que a inserção do indígena no sistema prisional comum, em contato com outros criminosos, acaba por transformá-los em “profissionais do crime”:

Segundo o advogado, em 99% dos casos, os índios que cumpriram pena no presídio voltaram para a aldeia verdadeiros “profissionais do crime”. “Muitos, que até então haviam cometido pequenos delitos ao voltarem do presídio para a Reserva contribuíram para o aumento da violência no local e se tornaram risco para a comunidade. O nosso sistema carcerário não ressocializa o índio, ele insere de vez ao mundo do crime”, critica Wilson Matos, que tem observado aumento da criminalidade provocados por índios que já tiveram passagem pela polícia (CORREIO DO ESTADO, 2015).

Assim, de acordo com o patrono entrevistado e denunciante das prisões irregulares, a repercussão da penitenciária na vida do indígena e de sua tribo, não pode ser encarada como algo benéfico, muito pelo contrário, quase cem por cento dos índios que foram sancionados em penitenciárias (em regimes fechados), inclusive aqueles que praticaram pequenos delitos, quando libertos, representaram risco aos povos, evidenciando-se, assim, o seu caráter perigoso que não existia antes da pena-prisão.

Como solução do problema indigenista existente e latente no cenário brasileiro, sugere o advogado ativista citado acima:

Outra alternativa seria criar uma Vara especializada na Justiça, porém não obtivemos resposta em nossas solicitações. Sugerimos uma delegacia especializada na questão indígena que funcionaria dentro da Reserva, mas mais uma vez não obtivemos resposta positiva. Estamos buscando resolver estes problemas, mas dependemos da conscientização dos demais órgãos para debater este assunto (CORREIO DO ESTADO, 2015).

Por todo o exposto, salienta-se que o assunto concernente à pena-prisão indígena merece e necessita de olhares mais cuidadosos e atentos, demandando redação de normas mais claras e incisivas, uma vez que as existentes deixam os mesmos à mercê da interpretação dos magistrados e Tribunais, configurando assim, insegurança à justiça social e dignidade humana.

Para que se promovam tais mudanças, inicialmente, citam-se como medidas pré-legais a realização de convenções, reuniões, assembléias e/ou conselhos, envolvendo diversos segmentos sociais, dentre eles a própria instituição responsável pelos indígenas – FUNAI-, os indígenas, antropólogos, acadêmicos, juízes, ativistas indigenistas, dentre outros interessados, para que, com isso, reconheça-se e positivem-se de forma objetiva as

reais necessidades e anseios desse grupo social marginalizado, segregado, excluído, discriminado e esquecido por alguns dos que se auto-intitulam “homens civis organizados”.

CONCLUSÃO

Diante de todo o trabalho desenvolvido na presente dissertação, ressalta-se que diante da necessidade histórica de os indígenas possuírem sua identidade cultural e etnográfica reconhecida e respeitada, viu-se a necessidade de se analisar os impactos sociais do direito penal pátrio aplicado aos mesmos.

Nesse sentido, observou-se o conceito do índio, sob o enfoque jurídico e antropológico, podendo-se entender que, segundo os aspectos sociais/antropológicos, índios são aquele que se auto-reconhecem, bem como, mantêm suas tradições e são reconhecidos como tais pela comunidade a sua volta.

Analisaram-se, também, as leis que reconhecem e tutelam os direitos indígenas, de maneira ampla, sob o flanco internacional e nacional, dando-se ênfase aos aspectos penais normativos, vez que esse é o objetivo do presente estudo.

Sob essa ótica, notou-se que aos indígenas são aplicadas, em alguns casos, as normas penais comuns, utilizando-se como parâmetro o disposto no artigo 4º da lei 6.001 de 1973, o qual os considera integrados, em vias de integração e não integrados.

Todavia, o Código Penal contemporâneo, de 1940, é considerado omissivo quanto às sanções indígenas, onde aqueles que são considerados integrados são processados e julgados de acordo com as normas penais gerais aplicadas aos não índios.

Em contrapartida, se é considerado isolado, equipara-o, conforme visto, aos inimputáveis, e, por fim, se considerado em vias de integração, poderá o mesmo sofrer redução da pena aplicada, a depender do caso concreto.

Uma das grandes problemáticas da presente dissertação é o critério de determinação do indígena como integrado ou não, já que, como abordado, o exame antropológico não se faz obrigatório quando o magistrado compreender que há integração do sujeito ao seio social nacional (têm-se adotado como critérios que o considera integrado: a alfabetização, ser detentor de RG, carteira nacional de habilitação ou título de eleitor, dentre outras provas).

Critica-se tal adoção, vez que, argumentar que um índio alfabetizado é integrado, seria o mesmo que dizer que um brasileiro proficiente em italiano deixa de pertencer à cultura brasileira e merece ser considerado integrante da sociedade italiana.

Solução para essa atrocidade normativa é a adoção pelo Código Penal brasileiro do critério de definição e responsabilização penal do indígena, nos moldes do disposto na

Convenção 169 da OIT, que por sua vez preconiza o critério da auto-identificação com respaldo comunitário, o que poderá ser aferido por exame antropológico.

Hodiernamente, ao analisar-se o Estatuto do Índio cumulado com a Convenção 169 da OIT, existem três direitos mínimos que devem ser respeitados ao se processar e julgar penalmente o sujeito indígena, sendo eles: cumprimento da pena em regime de semiliberdade; respeito aos sistemas tradicionais tribais de justiça; e, o direito à autodeterminação enquanto sujeito indigenista.

Ressalta-se, ainda, que no projeto de alteração do atual Código Penal do Senado Federal, Projeto de Lei 236 de 2012, elencava-se mais um critério a ser observado ao se responsabilizar o sujeito indígena. Referido critério não pode ser reconhecido como tratamento do indígena como imputável ou imputável. Deveria, para o projeto de lei, levar em consideração a exclusão da culpabilidade, analisada sob o quesito da não compreensão da prática ilícita em razão da cultura e crença daquele sujeito, ou seja, sua conduta (considerada criminosa para o direito penal pátrio) deverá estar de acordo com os valores do seu povo, e para este, a mesma é considerada não delituosa. Todavia, referida alteração não foi recepcionada em razão das emendas ao projeto de lei apresentadas pelo Senador Pedro Taques.

Entretanto, se a Constituição Federal de 1988 assegura aos indígenas o exercício de sua cultura, seus valores, crenças, costumes, etc. (artigo 213), é incompatível o pensamento de que quando esses direitos estiverem em choque com direitos da sociedade não índia, e que esta considere tal conduta criminosa, mesmo sendo de acordo com as ações indigenistas, deverá o sujeito responder criminalmente pela prática da ação ou omissão.

Desta feita, para os defensores do relativismo cultural absoluto, essa conduta não pode ser considerada criminosa, já que a Constituição Federal assegura as práticas indigenistas, e na cultura desse povo, tal comportamento é tipicamente lícito, mesmo não o sendo para a sociedade civil.

No entanto, conforme se explanou, quando houver choque entre normas e direitos humanos, é preciso que se pratique o sopesamento, ou seja, se realize a máxima proporcionalidade, optando-se pela aplicação do que for mais benéfico ao sujeito indígena, o que, por conseguinte, pode configurar uma limitação da cultura indigenista quando esta contrariar alguns princípios, dentre os quais, cita-se o respeito ao direito à vida e a Dignidade da Pessoa Humana.

Outra questão abordada no corpo do presente trabalho é competência para processamento e julgamento de crimes praticados pelo e contra sujeito indígena. Nesse sentido, a Súmula 140 do STJ sustenta que será competência da Justiça Estadual Comum, para crimes comuns.

No entanto, conforme citado em tópico específico, o próprio Tribunal e o STF já interpretaram de forma diferente, proferindo seus julgados no sentido de conferir à Justiça Federal a competência para julgar crimes, inclusive comuns, praticados por e contra indígenas, utilizando como fundamentação o artigo 109, XI e 231, da Constituição Federal e a Convenção 169 da OIT, o que, por certo, deve prevalecer.

Ao se abordar os direitos indigenistas, no âmbito penal, questão relevante que foi observada é o enfrentamento entre a universalização dos direitos humanos e o relativismo cultural.

Nesse aspecto, advertiu-se a pluridimensionalidade dos direitos humanos, no sentido de que a universalidade dos mesmos conglobaria todo cidadão de forma similar, independente de suas peculiaridades, inclusive culturais. Em contrapartida, o relativismo, sustenta que a condições de existências humanas (dignas), são construídas, a partir da análise do contexto social, territorial, espacial, histórico, etc.

Assim, os Direitos Humanos que surgiram pós- Revolução Francesa, universais (como visto) são baseados na visão cristã ocidental, o que, deixa descoberta a seara indigenista brasileira, e que, embasa a compreensão desta autora no sentido de que deve haver a universalização dos Direitos da raça humana, todavia, deverá a mesma levar em consideração, também, a multiculturalidade dos povos, ventilando, de forma incisiva, acerca dos direitos indigenistas.

Quanto à responsabilização penal do sujeito indígena, explanou-se de maneira breve o primeiro Tribunal do Júri Indígena ocorrido no Brasil, em Roraima, no ano de 2015, que, por sua vez, foi composto exclusivamente por jurados tribais, e que, por tal fato, é considerado, pelos membros do Ministério Público, lesivo ao CPP, por compor-se de jurados específicos e não pelos pertencentes aos demais segmentos sociais.

Entretanto, tal anulação não merece prosperar, posto que, se os acusados são indivíduos pertencentes à cultura diversificada, e a Constituição Federal assegura aos mesmos suas práticas peculiares, não simboliza critério de justiça social que sujeitos pertencentes à outra cultura os julguem, já que, cada ser traz consigo sua bagagem história e cultural, e nesse sentido, os indígenas seriam julgados por alienígenas culturais, recebendo processamento e julgamento indigno à sua existência. Se não bastasse,

informou-se que os sujeitos ativos da conduta já foram apenados pela própria tribo, o que inviabiliza a intervenção estatal.

Viu-se, ainda, que a pena-prisão aplicada ao indígena, de acordo com o Estatuto do Índio, artigo 56, parágrafo único, deverá ser executada, preferencialmente, quando possível, em regime de semiliberdade.

Todavia, os entendimentos jurisprudenciais, em sua grande maioria, são orientados no sentido de que tal medida será aplicada apenas aos não integrados, o que não se sustenta, ou seja, compreende-se que tal medida deverá ser adotada a todos os índios.

Porém, diante da análise de uma reportagem citada na presente dissertação, na prática, não se leva em consideração as características indígenas, sendo estes, em sua maioria, condenados a penas-prisões idênticas aos demais membros da sociedade civil, o que se rejeita diante das garantias normativas, tais como Constituição Federal de 1988, Convenção 169 da OIT, decisões jurisprudenciais e Lei n. 6.001 de 1973.

Diante de todo o exposto, pode-se dizer que os direitos indigenistas, em solo brasileiro, mais especificamente no ordenamento jurídico penal, encontram-se vagos no quesito da responsabilização do sujeito, evidenciando fadada hierarquia em que os europeus, brancos, urbanizados, etc., encontram-se acima de tal segmento social.

Embora existam normas asseguradoras e acautelatórias das características próprias dos sujeitos indígenas, vê-se, na prática, que as mesmas são contraditórias e omissas, o que culmina, por sua vez, com a aplicação de normas pertencentes à cultura “branca” aos sujeitos intrinsecamente diversificados.

Nesse diapasão, o Estado Democrático de Direito deve reformular suas normas cogentes relacionadas à responsabilização penal indígena, promovendo, para tanto, diálogos interculturais com comunidades indígenas, buscando, ainda, soluções plausíveis e legítimas para a composição do litígio de acordo com a cultura praticada pelos mesmos, conforme assegura a Constituição Federal, o que, por conseguinte, gera o respeito à dignidade humana desses sujeitos massacrados pela história brasileira.

É preciso, antes de se delinear teorias, universalistas ou relativistas dos direitos humanos, compreender que o ser humano não pode ser plastificado ou engessado como produto pronto e acabado, mas como sujeito moldado e pertencente ao seu ambiente cultural, histórico e social, e, portanto, merece ser visto como resultado de sua cultura, e não como escravo dela.

De todo modo, a dificuldade em promover o reconhecimento efetivo da diversidade cultural e do multiculturalismo configura um desafio a ser superado, ao passo

que o respeito ao sujeito, baseado na fraternidade e na alteridade, deve imperar em uma sociedade que se auto-intitula democrática e organizada, sendo inadmissível a segregação, marginalização e esquecimento social em razão da diversidade cultural. Que possamos revitalizar a existência daqueles que foram esquecidos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa: **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. **Toda a História: História Geral e História do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2007.

AZEVEDO, José Eduardo. **As Relações do Poder no Sistema Prisional**. Revista da Associação de Pós-graduandos da PUC-SP. São Paulo. Ano VIII, n.º 18, 1999, p. 29-35.

BARAZAL, Neuza Romero, Yanomami – **Um Povo em Luta Pelos Direitos Humanos**. São Paulo: Edusp, 2001.

BARBOSA, Marco Antônio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: FAPESP, 2001.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais**. 1ª Ed. (2003), sexta empr. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **O Fim da Tutela Indígena: Direitos Indígenas**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-fim-da-tutela-indigena,48979.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. 2009.

BERGMANN, Michel. **Nasce um povo**. 2ª. edição. Petrópolis: Vozes. 1978.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 3ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLÍVIA, Lei n. 10.426 de 02 de abril de 1973. **Código Penal Boliviano**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/Pdf/0848.pdf?view=1>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BONVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. - 24. e.d – São Paulo: Malheiros, 1999.

BORELLI, Rafael de Souza. **O Limite Máximo da Medida de Segurança**. Revista De Direito Público, Londrina, v 6, n. 3, p. 53-77 , out/dez. 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/8219/9069>>. Acesso em: 13 out. 2015.

BRANDÃO, Inês. **Em RR, Júri Indígena Começa a Julgar Tentativa de Homicídio em Reserva**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/em-rr-juri-indigena-comeca-julgar-tentativa-de-homicidio-em-reserva.html>>. Acesso em: 25 de agost. de 2015.

BRASIL, Câmara dos Deputados, **A História da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/historia/a4republica.html>>, acesso em 10 de fev. de 2015.

_____. FUNAI – **Fundação Nacional do Índio. Perguntas Frequentes**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1834**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 08 de março de 2015.

_____. **Código Civil**, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 31 de março de 2015.

_____. **Código Criminal de Império (1830)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 12 dez. 2014.

_____. **Consolidação das Leis Penais. Decreto nº. 22.213**, de 14 de dezembro de 1932. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm>. Acesso em: 27 de abril de 2015.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Emenda Constitucional nº 1, de outubro 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Decreto nº 22 de 14 de dezembro de 1932**. Consolidação as Leis Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Decreto nº 5.051, de 19 abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2014**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Decreto nº 7.778, de 27 de julho de 2012**. Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Fundação Nacional do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7778.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei n° 601, de 18 de setembro de 1850.** Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei n° 7.209, de 11 de julho de 1984.** Altera dispositivos do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **PEC 303/2008.** Proposta de Emenda à Constituição. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415399>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Projeto de Lei 2.057/1991.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Projeto de Lei do Senado n° 236, de 2012.** Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus n° 90.450-5,** da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 23 de setembro de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 243.794-MS.** Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Publicado em: 24 mar. 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 85198.** 1ª Turma. Relator: Ministro Eros Grau. Publicado em: 09 dez. 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 100319 PR (STF).** Publicado em: 15 jun. 1984. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 84.308-5 Maranhão.** Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Brasília, 15 dez. 2005. Diário da Justiça, Brasília, 24 fev. 2006. p. 25. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/crimes/stf/ROHC_84.308-5-MA.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus HC 243794 MS 2012/0108607-8 (STJ)**. Publicado em: 24 mar. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 40.884 Paraná**. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Quinta Turma. Brasília, 7 abr. 2005. Diário da Justiça, Brasília, 9 maio 2005. p. 445. Disponível em:<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/102507/habeas-corpus-hc-40884-pr-2005-0000726-0>Acesso em: 13 jun.. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 263655 SP 2013/0011527-5**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Jesus Moura. Julgamento: 04 fev. 2014. Órgão Julgador: Sexta turma. Publicação: 18 fev. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 94660**. Publicado em: 19 dez. 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RECR-100319/PR**. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Publicado em: 2000. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HABEAS CORPUS HC 30113 MA 2003/0154495-0 (STJ)**. Publicado em: 16 nov. 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal Militar. **HC 34404 MS 2007.01.034404-7 (STM)**. Data de publicação: 07 dez. 2007. Relator: Carlos Alberto Marques Soares. Julgamento: 08 nov. 2007. Publicação: 07 dez. 2007. Disponível em: <www.stm.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **HC 88853 MS 2007/0190452-1**. Relatora: Ministra Jane Silva; Julgamento: 18 dez. 2007. Sexta turma. Publicação: 11 fev. 2008. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Autos nº 0090.10.000302-0 (Ação penal)**. Publicado em: 03 set. 2013. Disponível em: <www.tjrr.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **25003 MA 2002/0136661-4**. Relator: Ministro Paulo Medina. Data de Julgamento: 08 set. 2003. Sexta Turma. Data de Publicação: 01 dez. 2003. Disponível em: <www.tjma.jus.br>. Acesso em 10 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **40884 PR 2005/0000726-0**. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Data de Julgamento: 06 abr. 2005, Quinta Turma. Data de Publicação: 09 mai. 2005. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em 10 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Habeas Corpus 55226 PA 0055226-05.2012.4.01.0000 (TRF-1)**. Data de publicação: 22 out. 2012. Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. **Fundação nacional do índio**. Perguntas frequentes. Disponível em: <www.funai.gov.br/index.php/perguntas-frequentes>. Acesso em: 10 nov. 2015.

CORREIO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. **80 Índios São Presos Irregularmente em Dourados**. Disponível em: <<http://www.correiodoestado.com.br/cidades/80-indios-estao-presos-irregularmente-em-dourados/243535/>>. Acesso em: 20 de ago. de 2015.

_____. Fonte: **Instituto Socioambiental | Povos Indígenas no Brasil**, disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/faq#8>>. Acesso em: 22 mai. 2015.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2002.

CAMPOS JUNIOR, Ricardo. **Estatuto do Índio está Superado**. Disponível em: <<http://ancoranews.com.br/criado-ha-39-anos-estatuto-do-indio-esta-superado-dizem-especialistas/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Luiz Muricy. **O Direito do Índio**. Revista Consulex. A. V. n. 102, 15.04.2001.

CARREIRA, Elaine de Amorim. **O lugar da antropologia no campo multidisciplinar do laudo**. In: LEITE, Ilka Boaventura (Org). **Laudos periciais antropológicos em debate**. Florianópolis: NUER / ABA, 2005.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer. **A Competência nos Crimes Praticados por e Contra Indígenas.** Disponível em: <http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev01/01_dr_volkmer.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** IV ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Emily. **Júri Indígena em Roraima Absolve Réu de Tentativa de Homicídio.** Disponível em: <<http://amazonia.org.br/2015/04/juri-indigena-em-roraima-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio/>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

DURKHEIM, Émile. **The Rules of Sociologica l Method.** França: [s.n.], 1895.

ESTEVES, Mônica Tatiane Romano. **O Infanticídio Indígena e a Violação dos Direitos Humanos.** 49 f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro Universitário de Brasília - UNICEUB, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Brasília: Distrito Federal, 2012.

FILME: **A MISSÃO** (The Mission, ING 1986). Direção: Roland Joffé. ELENCO: Robert de Niro, Jeremy Irons, Lian Neeson, DVD 121 min., Flashstar.

FOLHA WEB. **Vice-governador recorre ao CNJ para pedir anulação de julgamento indígena.** Disponível em: <<http://folhabv.com.br/noticia/Vice-governador-recorre-ao-CNJ-para-pedir-anulacao-de-julgamento-indigena/6705>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

FONTELES, Claudio Lemos. **Os Julgamentos de crimes cometidos contra comunidades indígenas pela Justiça Estadual. "Os Direitos Indígenas e a Constituição"**, Juliana Santili [coord.]. Porto Alegre : Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995

FRANCO, Raquel Deboni. **ÍNDIO: Análise da Culpabilidade Através de Laudo . Obrigatoriedade?.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj041990.pdf>> Acesso em: 12 out. 2015.

FRASER, Nancy. 2001. “**From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a ‘postsocialist’ age**”. In: S. Seidman; J. Alexander. (orgs.). 2001. *The new social theory reader*. Londres: Routledge, pp. 285-293.

FREITAS, Rodrigo Bastos. **Direitos dos Índios e Constituição: os princípios da autonomia e da total-proteção**. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Público na Universidade Federal da Bahia. Salvador: Bahia. 2007.

GOMES, Luiz Flávio, Antônio, GARCIA PABLOS DE MOLINA. **Culpabilidade e responsabilidade pessoal do agente**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES. Mércio Pereira. **Os Índios e o Brasil**. São Paulo, Ed. Vozes, 1991.

GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena - à época do descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad, sem data.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **A Imputabilidade Penal do Índio**. Revista da AJURIS – n. 73 – Julho/1998, p. 151 – 158.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. **Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena**. 2008. 157 f. Dissertação. (Mestrado em Antropologia Social).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOSHIBA, Luiz; PEREIRA, Denise ManziFrayze. **História do Brasil no Contexto da História Ocidental**. 8. ed. São Paulo: Atual, 2003.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. 3ª Ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2004.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. 2ª Ed. Madrid: Editorial Réus, 1927.

LOPES JUNIOR, Aury. **O Paradoxo Princípios Constitucionais x Tribunal do Júri**.(2013). Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/39061/analise-critica-ao-procedimento-adotado-no-tribunal-do-juri#ixzz3oQCWPpb1>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

MARCONI, Marina de Andrade. PRESOTTO, Zélia Maria Neves. **Antropologia uma introdução**. 6ª edição – São Paulo: 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, José. **Índios Classificam 1º Júri Feito em Aldeia de 'Brutal' e Refazem Sentença**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1632330-indios-classificam-1-juri-feito-em-aldeia-de-brutal-e-refazem-sentenca.shtml>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

MBAYA, Etienne-Richard. **Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos frente à Diversidade de Culturas**. In: Revista estudos avançados. n.30. São Paulo: USP, 1997.

MELATTI, Júlio Cezar. **Índios do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MIRANDA, Manuel; BANDEIRA, Alípio. **Memorial a Cerca da Antiga e Moderna Legislação Indígena**. In: SOUZA FILHO, Carlos Marés. (ORG.). **TEXTOS CLÁSSICOS SOBRE O DIREITO E OS POVOS INDÍGENAS** -29.58, Curitiba: Juruá, 1992.

MORAES, João Quartim. **O Humanismo e o Homo Sapiens**. Disponível em: <http://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/critica21-A-moraes.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2015.

NUNES. Élton. **Correntes Multiculturais: uma contribuição para a teoria do currículo**. Disponível em:<<http://www.uninove.br/PublishingImages/Mestrados%20e%20Doutorados/edu/I%20seminario/MME%205.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

OIT. (2015) **Convenção 169**. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=convencao-169-da-oit-no-brasil>. Acesso em: 12 out. 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacellide. **Curso de Processo Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

ONU. (1948) **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015.

PAD, (2015). **Governo Brasileiro deve Regular Consultas Prévias este Ano**. Disponível em: <<http://pad.org.br/content/governo-brasileiro-deve-regulamentar-consultas-pr-este-ano>>. Acesso em: 12 out. 2015.

PERU. Decreto Legislativo nº 635. Código Penal. Disponível em: <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

PINTO, Tales dos Santos. **Brasil Atual**. Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com/historiadobrasil/brasil-atual.htm>>. Acesso em 17 de abril de 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: **TEMAS de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES, Bruno César Luiz. O Índio e a Justiça Criminal Brasileira. In: VILARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito Penal E Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012.

QUADROS, Jânio; FRANCO Afonso Arinos de Melo. **História do Povo Brasileiro**, São Paulo: J. Quadros Editores Culturais S.A., Vol. I, 1967.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio – Tratamento Jurídico-Penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

ROBINSON, Fernanda Ruschel. **Os Povos Indígenas e as Fronteiras Nacionais: a questão da manutenção e da integridade da nação Guarani**, 127f. Monografia (Graduação em Relações Internacionais) – Universidade do Vale Itajaí – Centro de Educação São José, São José, Santa Catarina, 2004.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Grecco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **O (ab)uso da Tolerância na Produção de Subjetividades Flexíveis**. In: SIDEKUM, Antônio. (Org). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Para Punir índio, ele Deve Saber que Cometeu Ato Ilícito**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-set-17/punir_indio_ele_saber_cometeu_ato_ilicito>. Acesso em: 26 abr. 2015.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Para Uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIDEKUM, Antônio. **Alteridade e Interculturalidade**. In: SIDEKUM, Antônio. (Org). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

SOUZA, Janaína. **Maturuca: Primeiro Júri Popular Indígena Realizado pelo Tribunal de Justiça dentro de uma Comunidade Absolve um dos réus**. Disponível em: <<http://www.indios.org.br/en/noticias?id=150199>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. O princípio da Universalidade no Direito Internacional dos direitos humanos: visita à obra de consolidação de Antônio Augusto Cançado Trindade. *In* RIBEIRO LEÃO, Renato Zerbini (coord.). **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris ed., 2005.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral**. Arts 1º ao 120. São Paulo: Atlas, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilícitude Penal e Causas de sua Exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1.984.

UNESCO (2002). **Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015

VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. ARANTES, Cláudia Maria Félix de Vico. **O tratamento constitucional das questões indígenas e o direito de propriedade: aspectos críticos**. In: Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI/ Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, n. 9 (julho-dezembro). Jacarezinho, 2008.

_____. **Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática: Da Integração à Interação**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Campus Jacarezinho, Jacarezinho, Paraná, 2011.

WAPICHANA, Ivonio. **Canaimé de Roraima (Lenda ou Realidade?)**. Disponível em: <<http://www.indiosonline.net/canaime-de-roraima-lenda-ou-realidade/>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

WELZEL, Hans. **Tratado de Derecho penal. Parte General**, Buenos Aires, Ediar, 1980-1983.

WERLE, D. L. **Lutas por Reconhecimento e Justificação da Normatividade. (Rawls, Taylor e Habermas)**. Tese apresentada no Departamento de Filosofia da USP para a obtenção do título de Doutor. São Paulo, 2004.

WIESER, Wanessa. AMARAL, Sergio Tibiriçá. **Infanticídio nas Comunidades Indígenas do Brasil**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2331/1827>>. Acesso em: 05 de jul. 2015.

YURETA, Gladys. **El indígena ante La Ley Penal**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciências Jurídicas Políticas, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 4. ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANEXO



PROJETO DE LEI Nº 2057 DE 1991
(Do Sr. ALOIZIO MERCADANTE)

Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas.

O Congresso Nacional aprova a seguinte Lei:

TITULO I - DOS PRINCÍPIOS E DEFINIÇÕES

Art. 1º - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo a União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§1º - os direitos reconhecidos no caput são regulados por esta lei, não prejudicando os direitos dos índios nos termos em que se aplicam aos demais brasileiros.

§ 2º - Cumpre à União proteger e promover os direitos indígenas definidos pela Constituição Federal e regulados por esta lei, podendo os Poderes Públicos estaduais e municipais desenvolver ação complementar.

§ 3º - A elaboração e execução de planos de defesa nacional, de ordenamento do território e de desenvolvimento econômico de âmbito nacional e regional, por parte do Poder Público, não prejudicará a aplicação dos direitos reconhecidos no caput e regulados por esta lei.

Art. 2º - Sociedades indígenas são grupos socialmente organizados, compostos de uma ou mais - comunidades, que se consideram distintos da sociedade envolvente e mantêm vínculos históricos com sociedades pré-colombianas.

TITULO II - DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL

Art. 3º - As sociedades indígenas têm personalidade jurídica de natureza pública de direito interno e sua existência legal independe de registro ou qualquer ato do Poder Público.

Art. 4º - São reconhecidos os direitos, de cada sociedade indígena as suas formas de representação.

Art. 5º - Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

§1º - Os índios, suas comunidades e organizações gozarão das mesmas vantagens asseguradas por lei à União, quanto aos prazos processuais, custas judiciais e impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços.

§2º - Nenhuma medida judicial será concedida liminarmente nas causas em que as sociedades indígenas figurem no polo passivo da relação processual, sem a sua prévia audiência e do Ministério Público Federal.

§3º - Ficam os índios, suas comunidades e organizações sub-rogados nos direitos de propor ações reivindicatórias para reaver as terras das quais tenham sido subtraídos na posse.

Art. 6º - As relações internas a uma sociedade indígena serão reguladas por seus usos, costumes e tradições.

Art. 7º - Constatada a existência de índios isolados, o Poder Público Federal promoverá a interdição da área para garantir a integridade física e cultural da sociedade indígena, garantido o direito de permanecerem como tais.

Parágrafo-único - Incorrerá em crime de responsabilidade a autoridade pública que promover ou autorizar o contato forçado.

TITULO III - DOS BENS

CAPITULO I - DAS GARANTIAS

Art. 8º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos e negócios jurídicos realizados entre índios e terceiros, que tenham por objeto bens das sociedades indígena, praticados com prejuízo de índio, comunidade ou sociedade indígena.

§1º - Sempre que os atos ou negócios jurídicos praticados sem observância do disposto neste artigo causem prejuízo patrimonial a índio, comunidade ou sociedade indígena, a União responderá pelo dano, podendo cobrar regressivamente do terceiro causador.

§2º - Podem os índios, suas comunidades e organizações, bem como o Ministério Público Federal, ingressar em juízo para anular os contratos firmados em desacordo com o presente artigo e reaver as perdas causadas pelos mesmos, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

Art. 9º Aos Juizes Federais compete processar e julgar:

I - a disputa sobre direitos indígenas;

II- os crimes praticados contra os índios, suas sociedades, suas terras e seus bens;

III - os crimes Praticados por índios.

Parágrafo Único - Nos crimes a que se referem os incisos II e III deste artigo, a Polícia Federal exercerá a função de Polícia Judiciária.

Art. 10 - O Ministério Público, as sociedades indígenas e o órgão indigenista ou autoridade federal competente poderão solicitar a colaboração das Forças Armadas e Auxiliares e da Polícia Federal, para a proteção destas sociedades, suas terras e todos os seus bens.

CAPITULO II - DA ADMINISTRAÇÃO DO PATRIMÔNIO

Art. 11 - A administração do Patrimônio e de qualquer rendimento dele decorrente é da competência exclusiva de cada comunidade indígena, salvo quando for por ela expressamente delegada, cabendo à União a responsabilidade pela sua proteção contra ameaça ou violação por terceiros.

Parágrafo único - Os rendimentos auferidos pelas comunidades indígenas são isentos de tributação.

CAPITULO III - DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Art. 12 - É assegurado às comunidades, sociedades e organizações indígenas o direito de obter patente de invenção ' modelo de utilidade, modelo industrial ou desenho industrial direta ou indiretamente resultantes dos conhecimentos ou modelos indígenas que detêm.

Parágrafo único - A patente a que se refere o caput será concedida às comunidades, sociedades ou organizações indígenas e ao autor da invenção, modelo de utilidade, modelo industrial ou desenho industrial

Art. 13 - As comunidades, sociedades ou organizações indígenas cujos conhecimentos ou modelos tenham sido utilizados no desenvolvimento de invenção, modelo de utilidade, modelo industrial ou desenho industrial serão sempre co-titulares das respectivas patentes, independentemente de formulação de pedido.

§1º - os requerentes de patentes sobre invenções, modelos ou desenhos desenvolvidos nas condições a que se refere o caput deverão indicar quais comunidades, sociedades ou organizações indígenas devem constar como co-titulares da patente.

§2º - As comunidades, sociedades ou organizações indígenas poderão impugnar, administrativa ou judicialmente, a indicação a que se refere o parágrafo anterior.

Art. 14º - Nas patentes previstas nos artigos anteriores, as comunidades, sociedades ou organizações indígenas são isentas de pagamento das respectivas anuidades, cabendo-lhes o direito à indenização por prejuízos decorrentes do não pagamento integral das anuidades pelos co-titulares da patente.

Art. 15º - São nulos de pleno direito os atos inter vivos de transferência gratuita ou por preço vil da propriedade de patentes concedidas na forma dos artigos anteriores.

Art. 16º - O titular da patente depositada ou concedida, seus herdeiros ou sucessores, poderão conceder licença para sua exploração, intervindo no ato o Ministério Público Federal para a proteção dos interesses das comunidades, sociedades ou organizações indígenas interessadas, sempre que a licença tiver por objeto patente concedida na forma dos artigos anteriores.

CAPITULO IV - DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NAO PATENTEAVEL

Art. 17º - A partir da publicação desta lei, passa a ser objeto de proteção toda produção intelectual, não patenteável, das comunidades, sociedades ou organizações indígenas.

Parágrafo Único - Entende-se por produção intelectual, para fins de proteção todo e qualquer conhecimento útil ou apropriável, em especial os farmacos e as essenciais naturais conhecidos dos índios, objetivando a pesquisa, a efetiva aplicação e uso industrial ou comercial.

Art. 18 - O uso para quaisquer fins, da produção intelectual definida no artigo anterior deverá ser obrigatoriamente remunerado pelo utente, o qual fica obrigado a uma prestação pecuniária à comunidade, sociedade ou organização indígena detentora do respectivo direito.

CAPITULO V - DO DIREITO AUTORAL

Art. 19 - As comunidades indígenas são titulares do direito de autor sobre as obras intelectuais e criações do espírito coletivamente produzidas, especialmente suas músicas, contos e lendas.

TITULO IV - DAS TERRAS

CAPITULO I - DO CONCEITO E DA PROTEÇÃO

Art. 20 - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à Preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 1º - Os direitos dos índios às terras que tradicionalmente ocupam são originários e imprescritíveis, e independem de reconhecimento formal por parte do Poder Público.

§2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União, inalienáveis, indisponíveis e destinam-se à sua posse permanente, não podendo ser objeto de quaisquer atos ou negócios jurídicos que restrinjam o pleno exercício da posse direta pelos próprios índios.

§3º - A turbação ou esbulho não descaracteriza a posse Permanente das terras indígenas.

Art. 21 - os direitos territoriais especiais regulados por esta lei aplicam-se a todas as terras indígenas, independentemente de suas origens e das denominações que os atos administrativos lhes conferem.

§1º - Aplica-se o disposto no caput deste artigo as terras destinadas as sociedades indígenas pelo Poder Publico, em virtude de compensação pela perda total ou parcial de suas terras.

§2º - São de propriedade plena dos índios ou sociedades indígenas as terras havidas por quaisquer das formas de aquisição de domínio previstas na legislação civil após a publicação desta lei.

Art. 22 - É assegurado aos índios o usufruto exclusivo, não tributável e não apropriável a qualquer título, das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes em suas terras.

Parágrafo único - Nos casos em que a exploração das terras indígenas e das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes for efetivada através de terceiros, a renda dela decorrente reverterá integralmente à própria comunidade indígena que as ocupa.

Art. 23 - É vedada a remoção das comunidades indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco

sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido⁵⁰ em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

Art. 24 - São nulos e extintos, não Produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União segundo o que -dispuser, lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma desta lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Art. 25 - Quando derivadas de ocupação de boa fé, as benfeitorias úteis e necessárias existentes nas terras indígenas serão indenizadas pela União, desde que relativas à posse de área imprescindível à subsistência do seu titular e da sua família, não havendo direito de retenção em nenhuma hipótese.

Art. 26 - Considera-se caso de utilidade pública para fins de desapropriação a destinação de terras às sociedades indígenas.

Art. 27 - o ingresso de terceiros em área indígena dependera de autorização da própria comunidade indígena.

§ 1º - Na impossibilidade de obtenção da autorização dos índios e não havendo manifestação contrária da comunidade indígena, a autorização poderá ser concedida pelo órgão indigenista ou autoridade federal competente OU pelo Ministério Público Federal, devendo este ato em qualquer caso ser motivado.

§2º - A autorização prevista no caput não estará condicionada a qualquer requisito estabelecido por autoridade administrativa.

Art. 28 - Compete ao órgão indigenista ou autoridade federal competente o exercício do poder de polícia em terras indígenas.

Parágrafo único - Quando o exercício do poder de polícia pelo órgão indigenista estiver prejudicado pela indefinição dos limites de uma - área indígena, o Poder Público poderá determinar a sua interdição provisória.

CAPITULO II - DO RECONHECIMENTO

Art. 29 - Considera-se demarcadas as terras indígenas já identificadas pelo órgão indigenista ou autoridade federal competente até a data da promulgação desta lei.

Parágrafo Único - O presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente publicará no Diário Oficial da União, no prazo de 60 dias, a relação de todas as terras indígenas a que se refere o caput, com os seus respectivos memoriais descritivos.

Art. 30 - O processo de demarcação das terras indígenas ainda não identificadas será realizado pela via administrativa ou judicial.

Art.31 - A abertura do processo administrativo de demarcação das terras indígenas será determinada pelo presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente.

§1º - A sociedade indígena interessada ou o Ministério Público Federal podem requerer a abertura do processo ao presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente, que deverá fazê-lo no prazo de 30 dias, contados a partir da data do protocolo do pedido de abertura.

§2º - Caso o pedido de abertura do processo administrativo de demarcação seja indeferido, o presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente apresentará as suas razões dentro do prazo estabelecido no parágrafo anterior, devendo' esta decisão ser publicada no Diário Oficial da União.

§3º - O não atendimento do pedido de abertura do processo administrativo dentro do prazo legal estabelece À presunção de discordância e acarretará a imediata propositura da ação judicial prevista no artigo 38 e seguintes.

Art. 32 - Se a abertura do processo for determinada pelo presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente, a sociedade indígena interessada e o Ministério Público Federal serão chamados a participar de todos os seus atos.

Art. 33 - Aberto o processo administrativo de demarcação, o presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente nomeará, no prazo de 10 dias, uma comissão especial, designando um funcionário para presidir-la e um antropólogo para realizar o laudo antropológico, facultando-se à sociedade indígena interessada e ao Ministério Público Federal a indicação de assistentes técnicos.

Parágrafo Único - A criação da comissão especial e nomeação de seus membros será efetuada através de Portaria, publicada no Diário oficial da União.

Art. 34 - O laudo pericial que identificará a terra indígena em questão deverá atender rigorosamente os critérios estabelecidos no artigo 20 desta lei.

§1º - o laudo pericial será concluído em até 90 dias, contados a partir da criação da comissão especial, e o memorial descritivo da área será publicado no Diário Oficial da União no prazo máximo, de 10 dias, contados do término do prazo para conclusão do laudo pericial.

§2º - O Ministério Público Federal e as sociedades indígenas interessadas poderão impugnar o memorial descritivo no prazo de 30 dias, a contar da data de sua publicação no Diário Oficial da União.

§3º - o presidente da comissão especial terá 15 dias, a contar do término do prazo para impugnação do memorial descritivo, para emitir parecer sobre o mesmo e encaminhar todo o processo para homologação do presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente, devendo o parecer ser publicado no Diário Oficial da União.

Art. 35 - o presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente terá prazo de 30 dias para homologar ou não a demarcação, sendo que esta decisão deverá ser publicada no Diário oficial da União.

§1º - Caso o presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente decida não homologar a demarcação, apresentará suas razões dentro do prazo referido no caput, e submeterá todo o processo demarcatório à apreciação judicial.

§2º - Vencido o prazo referido no caput sem que o presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente encaminhe o processo demarcatório à Justiça, o Ministério Público Federal deverá requerer em juízo a apreciação do processo demarcatório.

Art. 36 - O descumprimento do disposto nos artigos 31, §29, 33 e 35, §1º implicará em crime de responsabilidade.

Art. 37 - os prazos estabelecidos neste capítulo correm independentemente de publicação dos respectivos atos no Diário Oficial da União, ressalvadas as exceções previstas no artigo 34, §§2º e 3º.

Art. 38 - o processo demarcatório por via judicial será promovido:

I - quando o presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente não atender o pedido da sociedade indígena ou do Ministério Público Federal de abertura do processo administrativo de demarcação dentro do prazo legal;

II - quando o presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente não homologar a demarcação da terra indígena, de acordo com o artigo 35, §1º;

III - em qualquer tempo e circunstância, por iniciativa da sociedade indígena interessada ou do Ministério Público Federal.

Art. 39 - No processo de demarcação por via judicial será observado o procedimento sumaríssimo de que trata o Código de Processo Civil.

Art. 40 - Na petição inicial será facultada ao autor a apresentação de memorial descritivo da área que pretende demarcar.

Art- 41 - Quando o réu não apresentar contestação ou acatar a pretensão do autor, o Juiz deverá julgar antecipadamente a lide.

Art. 42 - O processo demarcatório judicial tem caráter preferencial e prejudicial em relação às ações judiciais em andamento referentes a domínio ou posse de imóveis situados no todo ou em parte na área que se pretende demarcar determinando o imediato deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Parágrafo único - Nas ações em que a sociedade indígena afetada for parte, dar-se-a, para os efeitos previstos neste artigo, a intervenção do Ministério Público Federal.

Art. 43 - Contra a demarcação, administrativa ou judicial, processada nos termos dos artigos anteriores, não caberá a concessão de interdito possessório.

Art. 44 - A propositura de qualquer ação judicial não obstará a abertura ou tramitação do processo administrativo de demarcação.

Art.- 45 - Após a homologação da área indígena, por via administrativa ou judicial, o presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente deverá providenciar a demarcação física da área e a seu registro imobiliário na comarca correspondente e no Serviço de Patrimônio da União.

Art. 46 - Após o registro, o órgão indigenista ou instância federal competente enviará uma cópia da escritura imobiliária à sociedade indígena.

Art. 47 - As terras indígenas já demarcadas só poderão ser revistas por iniciativa da comunidade indígena interessada ou do Ministério Público Federal, casos em que serão obedecidos os procedimentos estabelecidos neste capítulo.

CAPITULO III - DO MEIO AMBIENTE

Art. 48 - Aplicam-se às terras indígenas as normas jurídicas de proteção ao meio ambiente, naquilo que não contrariem o disposto nesta lei.

Art. 49 - os recursos ambientais necessários ao bem-estar das sociedades indígenas receberão proteção do Estado, que será estendida ao controle das atividades econômicas que, mesmo fora das áreas indígenas, prejudiquem o ecossistema, ou a sobrevivência física e cultural dos índios.

Art. 50 - A criação de unidades de conservação ambiental em terras indígenas dependerá de autorização das sociedades indígenas que as ocupam, concedida através de contrato firmado entre estas e as instâncias do Poder Público interessadas.

§1º - O contrato a que se refere o caput deverá prever as formas de compensação das comunidades indígenas pelas restrições decorrentes da criação dessas unidades.

§2º - A compensação de que trata o parágrafo anterior se fará preferencialmente através da viabilização de programas visando a auto-sustentação econômica da comunidade indígena.

§3º - A criação de unidades de conservação ambiental em terras indígenas em nenhuma hipótese prejudicará o livre trânsito dos índios em suas terras.

§4º - O órgão federal responsável pela proteção ambiental deverá, no prazo de 90 dias após a promulgação desta lei, promover a retificação dos limites das unidades de conservação ambiental criadas anteriormente, sempre que as suas respectivas áreas incidam total ou parcialmente em terras indígenas, de modo a evitar a sua superposição.

§5º - Esgotado o prazo referida no parágrafo anterior, os atos que criaram unidades de conservação ambiental incidentes em terras indígenas cujos limites não tenham sido retificados, estarão automaticamente revogados.

Art. 51 - Para efeito da proteção ambiental em terras indígenas, aplica-se o disposto no artigo 28.

CAPÍTULO IV - DA MINERAÇÃO

Art. 52 - Os recursos minerais, em lavra ou não, existentes em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, são considerados reservas nacionais e somente poderão ser

pesquisados e lavrados, de acordo com os procedimentos previstos nesta lei, sem prejuízo das limitações constantes em outros dispositivos legais.

§1º - A União, por seu órgão competente, procederá levantamento geológico das terras referidas no caput deste artigo, objetivando caracterizar sua potencialidade em termos de recursos minerais.

§2º - A pesquisa e a lavra de qualquer substância mineral em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios poderão ser feitas quando verificada a sua essencialidade e quando as reservas conhecidas e exploráveis dessa substância em outras partes do território nacional forem insuficientes para o atendimento das necessidades do país.

§3º - É vedada a pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas não demarcadas, ocupadas por índios isolados, invadidas, ou em situação de conflito.

Art. 53 - Verificadas as condições estabelecidas no parágrafo 2º do artigo anterior, atestadas por declaração formal do órgão minerário, este solicitará aos órgãos federais competentes laudo antropológico e estudo prévio de impacto ambiental visando a abertura de processo licitatório para a pesquisa mineral em determinada área indígena.

§1º - Publicado o edital de abertura do processo licitatório, brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional poderão apresentar propostas que deverão conter a programação dos trabalhos de pesquisa, cronograma físico e financeiro, e a especificação das técnicas a serem adotadas, bem como as providências necessárias à preservação ambiental e à prevenção do impacto sobre as comunidades indígenas.

§2º - Cada uma das propostas apresentadas receberá parecer dos órgãos minerário, de proteção ambiental e indigenista.

Art. 54 - Concluída a licitação, o Poder Executivo, atendendo ao disposto no inciso XVI do artigo 49 da Constituição Federal, enviará exposição de motivos ao Congresso Nacional, acompanhada dos autos do processo.

§1º - Ao receber a exposição de motivos prevista no caput, o Congresso Nacional a analisará e, ouvida a comunidade indígena, conforme estabelece o artigo 231, §3º da Constituição Federal, poderá aprovar a autorização de pesquisa.

§2º - A audiência da comunidade afetada será realizada in loco, através de representantes da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Minorias da Câmara dos Deputados, e dela participará o Ministério Público Federal, que dará parecer sobre a manifestação de vontade dos índios.

§3º - A decisão do Congresso Nacional -sobre a autorização solicitada será formalizada através de decreto legislativo.

§4º - Autorizada a pesquisa pelo Congresso Nacional, o órgão minerário expedirá o respectivo alvará.

Art. 55 - Realizada a pesquisa e comprovada a existência, de jazida, a empresa que a houver efetuado poderá solicitar, através do órgão minerário, a autorização do Congresso Nacional para a realização da lavra.

§1º Da solicitação da autorização da lavra deverão constar:

I - Plano de aproveitamento econômico da jazida;

II - Estudo de viabilidade econômica do empreendimento;

III- Laudo antropológico especificando as implicações sócio econômico culturais para a comunidade indígena;

IV - Relatório de impacto ambiental incluindo plano de recuperação do meio ambiente degradado.

§2º - A solicitação de autorização da lavra receberá pareceres dos órgãos minerário, de proteção ambiental e indigenista.

Art. 56 - Ao receber a solicitação de autorização para a lavra mineral, a Congresso Nacional procederá na forma prevista no artigo 54, §§1º, 2º e 3º, e poderá deferí-la ou indeferí-la.

§1º - Caso o Congresso Nacional não autorize a lavra em decorrência das suas conseqüências para a comunidade afetada ou para o meio ambiente, o processo será devolvido ao órgão minerário e arquivado.

§2º - No caso previsto no parágrafo anterior, a União ressarcirá o solicitante pelo investimento realizado na pesquisa.

§3º - Caso o Congresso Nacional não autorize a lavra por considerar inadequada a sua realização pelo solicitante, o órgão minerário poderá promover novo processo licitatório, atendendo às condições previstas no artigo 53, §1º.

§4º - No caso previsto no parágrafo anterior, o órgão minerário enviará os autos do processo licitatório ao Congresso Nacional, que procederá na forma prevista no artigo 54 e seus parágrafos.

§5º - Caso o Congresso Nacional não autorize a lavra após procedimento estabelecido no parágrafo 3º deste artigo, o titular desta autorização ressarcirá a empresa que houver efetuado a pesquisa mineral na área em questão, pelo seu investimento.

Art. 57 - Autorizada a lavra pelo Congresso Nacional, o Presidente da República expedirá o respectivo decreto de lavra e a subordinará a contrato escrito entre a empresa e a comunidade indígena, assistida pelo Ministério Público Federal.

§1º - o contrato deverá especificar os percentuais de participação da comunidade indígena nos resultados da lavra, que não serão inferiores a 5% do faturamento líquido do minério extraído.

§2º - Para os efeitos do parágrafo anterior, entende-se por faturamento líquido, o valor da operação de venda das substâncias minerais produzidas após a última etapa de beneficiamento ou tratamento antes da industrialização, ou aplicação de processos de concentração que não resultem na descaracterização mineralógica e que não impliquem nas suas inclusões no campo de incidência do imposto sobre produtos industrializados, incluídas as despesas acessórias debitadas ao comprador ou destinatário, salvo as de transporte, seguro e impostos incidentes sobre a comercialização efetivamente despendidas ou pagas, e atendendo às seguintes normas:

I - As despesas de transporte compreendem as de frete, carreto e utilização de posto e deverão ser discriminadas à parte, de forma a tornar possível a sua correta identificação para fins de aplicação do disposto neste parágrafo;

II - Se a cobrança das despesas for feita pela aplicação de percentuais ou valores fixas para unidade ou determinada qualidade de produto, bem como se os serviços de frete e carreto forem executados pela própria empresa de mineração ou outra com a qual mantenha relações de interdependência, tais despesas não poderão exceder os níveis normais de preço em vigor no mesmo local ou locais assemelhados para serviços semelhantes.

III - No caso da industrialização, consumo, transformação ou utilização de substância mineral produzida em terras indígenas pela própria empresa de mineração concessionária da lavra, em empreendimento industrial integrado à mina ou a um outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica ou empresa com a qual mantenha relações de interdependência, o faturamento líquido será considerado como sendo o somatório das despesas diretas e indiretas de todas as operações de lavra e tratamento ou beneficiamento efetuados até o início do processo de industrialização, consumo ou utilização, acrescido de um percentual negociado e introduzido no contrato previsto no parágrafo 19 deste artigo, garantida à comunidade indígena um valor mínimo de 20%.

§3º - Do contrato deverão constar as garantias de sua fiscalização por parte da comunidade indígena.

Art. 58 - A qualquer tempo, em face do não cumprimento das condições estabelecidas por esta lei, por outros dispositivos legais pertinentes ou pelo contrato firmado entre as partes, o Congresso Nacional poderá suspender ou cassar a autorização de pesquisa ou de lavra, por iniciativa própria ou por provocação do Ministério Público Federal, dos órgãos federais minerário de proteção ao meio ambiente e indigenista, da comunidade indígena afetada ou da empresa autorizada.

Art.59 - Somente aos índios será permitida a cata, fiação e garimpagem em suas terras.

Art. 60 - o órgão minerário procederá ao levantamento dos alvarás de pesquisa e concessão da lavra em vigor em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, concedidos até a data de promulgação da Constituição Federal, adotando medidas para que se adaptem às exigências desta lei.

Parágrafo único - o órgão minerário procederá ao arquivamento definitivo de todos os requerimentos de pesquisa protocolados antes da promulgação desta lei.

CAPITULO V - DOS RECURSOS HÍDRICOS

Art. 61 - o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas deverá ser precedido de autorização do Congresso Nacional, observadas as mesmas condições e o procedimento estabelecidos para a mineração em terras indígenas, especialmente no tocante à elaboração de laudo antropológico e relatório de impacto ambiental, ao processo licitatório, à audiência in loco à comunidade afetada e sua subordinação a contrato escrito entre a empresa e a comunidade indígena.

Art. 62 - Quando o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas implicar a perda da ocupação, do domínio ou da posse da terra pelas comunidades indígenas, o Poder Público é obrigado a ressarcir as comunidades afetadas com novas terras de igual tamanho, qualidade e valor ecológico.

Parágrafo único - Quando a perda for de parte da área indígena, a reposição será em terras contíguas à remanescente.

TITULO V DA ASSISTÊNCIA ESPECIAL

CAPITULO I - DA SAÚDE

Art. 63 - É assegurada às sociedades indígenas a assistência integral à saúde, consideradas as situações epidemiológicas e as especificidades sociais e culturais de cada sociedade, através da Fundação Nacional de Saúde ou órgão federal similar que a substitua e com a participação do órgão indigenista.

Art. 64 - A Fundação Nacional de Saúde constituirá uma Comissão Intersetorial de Saúde do Índio, com os seguintes objetivos:

- I- Elaborar as diretrizes, de uma política de assistência à saúde das comunidades indígenas;
- II - Estabelecer os Distritos Especiais e Autônomos de Saúde;
- III - Aprovar a implantação e fiscalizar a execução de projetos de saúde em comunidades indígenas;
- IV - Promover articulações com outras instâncias do Poder Público envolvidas no Sistema Unificado de Saúde.

§1º - A Comissão Intersetorial de Saúde do Índio será composta por:

- I - Um representante da Fundação Nacional de Saúde, que a presidirá;
- II - Um representante do órgão indigenista;
- III - Um representante do Ministério Público Federal;
- IV - Um representante do Congresso Nacional;
- V - Três representantes de organizações indígenas de âmbito nacional;
- VI - Um representante de organizações da sociedade civil de apoio ao índio.

§2º - Quando da análise de projetos de saúde, a comunidade indígena interessada terá assento na Comissão através de um representante com direito a voz e voto.

Art. 65 - Para o planejamento e execução dos projetos de saúde em comunidades indígenas serão estabelecidos Distritos Especiais e Autônomos de Saúde, compreendendo as terras indígenas, com as seguintes características:

I - Configuração e delimitação dinâmica, que considere o território habitado, a rede de relações intercomunitárias e aquelas estabelecidas com a sociedade envolvente por cada comunidade indígena;

II- Delimitação funcional não necessariamente coincidente com as áreas municipais adjacentes;

III - Organização interna diferenciada, que considere a organização social, a situação sanitária, as necessidades, tradições e práticas de saúde de cada comunidade indígena;

IV - Programação própria, que considere as características e prioridades de cada comunidade indígena, visando a ampliação e consolidação da organização interna do Distrito, de maneira a criar condições para sua autonomia gerencial;

V - Dotação de recursos e equipamentos, segundo as necessidades de cada área indígena;

VI - Metodologia autônoma de vinculação com os demais níveis de direção do Sistema Unificado de Saúde.

Art. 66 - A direção dos Distritos Especiais será exercida por um Colegiado, que terá a participação de representantes das comunidades indígenas, representantes dos órgãos prestadores de serviços e de profissionais da área de saúde, possuidores de conhecimento específico sobre as comunidades indígenas compreendidas pela área do Distrito, e que sejam por elas indicados.

Art. 67 - Compete ao Colegiado

I - Elaborar o planejamento estratégico e a respectiva programação de atividades do Distrito;

II - Definir os mecanismos de avaliação e controle de todas as atividades desenvolvidas no Distrito;

III - Coletar, centralizar, organizar e manter atualizadas as informações acerca da situação sanitária de cada comunidade indígena e sobre o desempenho das programações instituídas e equipes envolvidas--- remetendo-as periodicamente à direção da Fundação Nacional de Saúde;

IV - Organizar atividades que estimulem a troca de conhecimentos e a efetiva integração entre as diversas equipes e os integrantes das próprias comunidades;

V - Diligenciar junto à Fundação Nacional de Saúde para garantir as condições necessárias ao desenvolvimento dos programas de atendimento propostos;

VI - Definir as formas de integração dos programas de saúde desenvolvidos por outras instituições nas atividades realizadas pelo Distrito.

Art. 68 - Outras instituições poderão desenvolver programas de saúde em áreas indígenas desde que as comunidades indígenas os autorizem.

Art. 69 - Os programas de saúde em áreas indígenas deverão respeitar e valorizar as tradições e práticas medicinais e sanitárias de cada sociedade indígena

CAPITULO II - DA EDUCAÇÃO

Art. 70 - É assegurada às sociedades indígenas a utilização de suas línguas e processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental regular.

Art. 71 - O Sistema Nacional de Educação, através do Sistema de Ensino da União e com a colaboração do órgão indigenista ou instância federal competente e das agências federais de fomento à cultura, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilingüe, diferenciada e específica para cada sociedade indígena.

§1º - Os programas previstos neste artigo serão formulados e implementados com a participação das sociedades indígenas envolvidas.

§2º - São reconhecidos os currículos das escolas indígenas e seus alunos poderão continuar seus estudos subseqüentes em outras escolas sem necessidade de qualquer complementação curricular.

Art. 72 - os programas referidos no artigo anterior deverão ser incluídos nos Planos Nacionais de Educação, com recursos específicos das agências de cultura e do órgão indigenista ou instância federal competente, além das dotações ordinárias da educação, e terão os seguintes objetivos específicos:

I - valorizar a organização social das sociedades indígenas, seus costumes, suas línguas, crenças e tradições;

II - Fortalecer as práticas sócio-culturais da língua indígena de cada sociedade e desenvolver metodologias específicas do processo de ensino-aprendizagem da educação escolar indígena, especialmente na aprendizagem de primeiras e segundas línguas;

III - Garantir ao índio o acesso ao conhecimento e o domínio dos códigos da sociedade nacional, assegurando-se às Populações indígenas a possibilidade de defesa de seus interesses e a participação plena na vida nacional em igualdade de condições, enquanto etnias culturalmente diferenciadas;

IV - Manter programas de formação de recursos humanos, preferencialmente índios, especializados em educação escolar indígena;

V - Desenvolver currículos, programas e processos de avaliação de aprendizagem flexíveis, bem como materiais pedagógicos e calendários escolares diferenciados e adequados às diversas sociedades indígenas;

VI - Publicar sistematicamente material didático em línguas indígenas e material bilingüe, destinados à educação em dada sociedade indígena, visando a integração dos conteúdos curriculares;

VII - Incluir os conteúdos científicos e culturais correspondentes à sociedade respectiva, buscando a valorização e fortalecimento do conhecimento tradicional vigente nas sociedades indígenas.

Art. 73 - o Ministério da Educação criará uma Coordenação Nacional de Educação Escolar Indígena, que será constituída por técnicos deste Ministério, especialistas de órgãos governamentais, organizações não-governamentais afetas à educação indígena, universidades e representantes das sociedades indígenas.

Art. 74 - Caberá à Coordenação Nacional de Educação Escolar Indígena:

I- Coordenar, acompanhar e avaliar as ações pedagógicas da educação escolar indígena no país;

II - Investigar, registrar e sistematizar os conhecimentos e processos cognitivos de transmissão e assimilação do saber das sociedades indígenas;

III - Criar, nas circunscrições estaduais, núcleos de educação escolar indígena, com a participação de representantes das sociedades indígenas locais, de organizações não-governamentais afetas à educação indígena e de Universidades, com a finalidade de apoiar e assessorar as escolas-indígenas.

IV - Coordenar a elaboração de material didático para distribuição na rede de ensino, com o objetivo de divulgar informações sobre as sociedades indígenas.

Parágrafo única - Para o desenvolvimento de suas atividades, a Coordenação-Nacional de Educação Escolar Indígena deverá observar os estudos e as pesquisas antropológicas e lingüísticas que contribuam para a melhoria da prática educativa dirigida às comunidades indígenas.

TITULO VI - DOS CRIMES

GENOCIDIO

Art.75 - Matar membros de uma sociedade indígena, provocando sua destruição total ou parcial:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Art. 76 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de membros de uma sociedade indígena, provocando sua destruição total ou parcial:

Pena reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

Art. 77 Submeter membros de uma sociedade indígena' a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição total ou parcial:

Pena reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos.

Art. 78 - Adotar medidas destinadas a impedir ou inibir os nascimentos no seio de uma sociedade indígena:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10:(dez) anos.

Art. 79 - Efetuar a transferência ou remoção ilegal de membros de uma sociedade indígena:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Art. 80 - Se os crimes são culposos:

Pena - detenção, calculada pela metade.

Art. 81 - Incitar, direta e publicamente, alguém a cometer qualquer dos crimes de que tratam os artigos anteriores:

Pena metade da cominada aos crimes previstos.

§1º A pena será a mesma do crime incitado, se este se consumar.

§2º A pena será aumentada de um terço, quando incitação for cometida através de meio de comunicação.

Art. 82 - As penas de que tratam os artigos anteriores serão aumentadas de um terço, quando cometido o crime por governante ou funcionário público.

Parágrafo único - Será punido com a mesma pena quem tinha o dever legal de impedir o resultado.

Art. 83 - Será punida com dois terços das respectivas penas a tentativa dos crimes definidos nos artigos anteriores.

ETNOCIDIO

Art. 84 - Impor a uma sociedade indígena a remoção forçada de suas terras ou a assimilação forçada de usos, costumes e tradições pertencentes a uma sociedade culturalmente distinta:

Pena - reclusão, de 10 a 20 anos.

CRIME SÓCIO-AMBIENTAL

Art. 85 - Causar dano aos recursos naturais do solo, rios e lagos existentes nas terras indígenas que comprometam a sobrevivência física ou cultural de uma sociedade indígena:

Pena - reclusão, de cinco a dez anos.

Parágrafo único - A pena será aumentada de um terço quando o crime for cometido por funcionário de órgão de proteção ambiental.

COOPTAÇÃO

Art. 86 - Praticar ou incentivar a prática de atos que provoquem conflitos ou divisões entre membros de uma comunidade indígena:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

Art. 87 - Constitui circunstância agravante de qualquer crime contra índios:

I - ser o agente funcionário do órgão indigenista ou instância federal competente;

II - ter o agente auferido vantagens materiais com a prática do crime.

Art. 88 - Sempre que atos praticados em prejuízo dos direitos das sociedades indígenas contarem com a participação de funcionários do órgão indigenista ou da instância federal competente, estes deverão ser demitidos do serviço público.

Art. 89 - A prática de qualquer ato de discriminação contra índios constitui crime de racismo, inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

Art. 90 - Nos processos criminais contra índios, o juiz ordenará a realização de perícia antropológica, que determinará o grau de consciência da ilicitude do ato praticado, para efeito da aplicação do disposto no Artigo 21 do Código Penal.

Parágrafo único - As penas de detenção e reclusão serão cumpridas em regime aberto, preferencialmente na aldeia em que vive o índio.

Art. 91 - Os crimes definidos neste capítulo são imprescritíveis e serão processados e julgados pela Justiça Federal.

TITULO VII - DA PESSOA DO INDIO

Art. 92 - Índio é todo indivíduo que se identifica como pertencente a uma sociedade indígena e é por ela reconhecida como tal.

Art. 93 - Os índios são brasileiros natos e a eles são assegurados todos os direitos civis, políticas, sociais e trabalhistas, bem como as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal.

Parágrafo único - Aos índios é assegurada a isonomia salarial, a igualdade de condições no exercício de funções e de critérios de admissão em relação aos demais trabalhadores.

Art. 94 - O órgão indigenista ou a instância federal competente manterá livros próprios para o registro administrativo de nascimento e óbito dos índios.

Parágrafo único - O registro administrativo referido no caput equivale ao registro civil do ato correspondente para todos os efeitos legais.

Art. 95 - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação e ficam revogadas as disposições em contrário, especialmente a Lei nº 6.001/73 e o artigo 6º e parágrafo único do Código Civil Brasileiro.

JUSTIFICATIVA

O presente projeto visa a reformulação da Lei nº 6.001/73, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. O seu pressuposto básico é a Constituição de 1988, que instituiu uma série de mudanças nas regras que definem as relações entre a sociedade e o Estado -nacionais e as sociedades indígenas em nosso território. Os direitos reconhecidos na nova Carta são direitos especiais e coletivos, na medida em que se referem a sociedades distintas, organizadas segundo usos, costumes e tradições próprias, e ocupantes de seus respectivos territórios, não obstante serem os seus integrantes portadores dos direitos individuais garantidos aos demais cidadãos brasileiros. Trata-se, portanto, de regulamentar esses direitos especiais e coletivos, complementando-os naquilo que a Constituição foi, e teve que ser, omissa, sempre com base nos novos parâmetros de relação entre índios e o direito brasileiro. Por isso mesmo, este projeto não é mera adaptação ou reformulação tópica da Lei 6.001/73, mas antes de tudo, uma nova lei cuja tônica principal é a sociedade indígena. O projeto algumas vezes reproduz o próprio texto constitucional (artigos 19, SQ, 20, 20 §§ 19 e 29, 213, 24, 70 e 89), para, em seguida, avançar conceitos na direção em que a Constituição aponta quanto à proteção dos direitos indígenas. É neste sentido que, por exemplo, a definição de sociedades indígenas (art. 29) é a definição da antropologia contemporânea, a qual elimina critérios raciais, inaceitáveis, e realça a continuidade histórica e a auto-identificação como definidoras da etnia.

O projeto estabelece garantias que visam substituir o regime tutelar contido no antigo Estatuto do Índio. No decorrer de sua equivocada aplicação pelo órgão indigenista, a tutela deixou de ser um mecanismo de proteção para se transformar em um instrumento de opressão às sociedades indígenas. A nova concepção- constitucional supera totalmente o entendimento de que os índios são relativamente incapazes para a realização de atos da vida civil. No entanto, face à reconhecida diversidade cultural, exige que seja dada proteção especial aos seus direitos, sem que esta proteção implique limitações à sua livre manifestação de vontade e exercício de direitos. Sendo assim, o Estatuto das Sociedades Indígenas atribui aos Índios -a gestão do seu próprio patrimônio, que passa a ser

reconhecido como bem exclusivo de cada comunidade, para que os seus rendimentos possam garantir a sustentação e desenvolvimento da economia indígena, conforme seus próprios padrões culturais.

O projeto introduz temas como o da proteção ao direito autoral e à propriedade intelectual, que visam garantir que os conhecimentos e modelos indígenas só serão utilizados, comercial ou industrialmente, com o consentimento das próprias comunidades e em seu benefício.

No tocante a terras, o projeto baseia-se exclusivamente no conceito estabelecido pela Constituição de 1988 para definir um processo de reconhecimento, cujo objetivo é evitar as constantes alterações sofridas pelos decretos do Poder Executivo que já regulamentaram a matéria, em detrimento dos direitos e interesses indígenas, gerando indefinições que, ao longo do tempo, acirraram mais e mais os conflitos existentes em torno das áreas indígenas. O novo processo administrativo de demarcação pretende ser ágil e democrático, prevendo a publicidade de cada ato e a concreta participação dos interessados, além do recurso imediato à apreciação do Poder Judiciário em caso de divergência ou, simplesmente, como via alternativa de obtenção do reconhecimento formal.

O projeto prevê ainda a demarcação imediata de todas as terras já identificadas -pelo órgão indigenista, afastando assim a necessidade de refazimento dos processos administrativos que resultaram em propostas concretas de delimitação de áreas, as quais apenas não se efetivaram em função da inação de outras instâncias do Poder Público. Sendo o processo administrativo de demarcação de terras apenas um processo de reconhecimento, não há que se pensar que o advento de uma nova lei torne necessária a repetição dos trâmites formais já contemplados pela legislação anterior. Ainda sobre terras, este projeto visa criar mecanismos que visam assegurar a garantia desses direitos por parte do Poder Público.

Da mesma forma, o projeto visa criar estímulos à preservação do meio-ambiente, introduzindo no capítulo específico a idéia de compensação econômica, que se traduza principalmente em projetos de auto-sustentação, os quais permitam às sociedades indígenas resistir às pressões indiscriminadas de que são alvo para explorarem economicamente as riquezas de seus territórios.

O Estatuto das Sociedades Indígenas incorpora também a regulamentação da exploração mineral em terras indígenas, tendo em vista prever a Constituição Federal que esta se dará através de lei ordinária. Para tanto, estabelece a forma pela qual o Congresso Nacional autorizar a pesquisa e a lavra de recursos -minerais em terras indígenas, a consulta às comunidades afetadas, sua participação nos resultados da lavra e as condições específicas em que tais atividades poderão ser desenvolvidas em terras indígenas. O mesmo faz a respeito do aproveitamento dos recursos hídricos.

O projeto refere-se também a assistência especial a ser dada aos índios na questão da saúde e da educação. No capítulo dos crimes, mais uma vez a tônica é a sociedade indígena, quando o projeto inova ao incorporar ao texto tipos penais como o do genocídio, do etnocídio e do crime sócio-ambiental, estes dois últimos, inclusive, fruto dos mais recentes entendimentos desenvolvidos pelo direito internacional e o direito dos povos. Ao final, o capítulo da pessoa do índio regulamenta alguns dispositivos de direito individual, que visam, especialmente eliminar dificuldades burocráticas e facilitar a vida do índio como cidadão.