

DE INIMPUTÁVEL À ACULTURADO: RUPTURAS E CONTINUIDADES DO SISTEMA PENAL EM FACE DOS ÍNDIOS DO BRASILⁱ.

GT: 24 – Violência, Democracia e Segurança. Defesa e Promoção de Direitos.

Linhas temáticas:

- 1- As formas de expressão da violência estrutural, política e policial nas sociedades latino-americanas;
- 2- Expressões de violência institucionalizada. Práticas de genocídio político e social.

Erika Macedo Moreiraⁱⁱ

Resumo:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/ 88 tem sido muito festejada como um novo paradigma na relação entre Estado e Povos Indígenas, tendo em vista o reconhecimento expresso dos direitos coletivos (de interesse difuso, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado), em contraposição aos direitos individuais, e, a superação da política indigenista assimilacionista, na medida em que reconhece expressamente os direitos dos índios à sua organização social, usos, costumes e tradições. No entanto, cerca de 25 anos de sua promulgação, a efetivação dos direitos coletivos, territoriais e culturais, expressos nos modos próprios de vida de cada povo, esbarra na forma como o Estado (e seus poderes) interpreta e aplica a Constituição, especialmente quando os direitos indígenas se apresentam de alguma forma conflitante com outros dispositivos constitucionais. Apesar das demandas estarem, majoritariamente, relacionadas aos conflitos de direitos coletivos territoriais x direito individual de propriedade, através de ações de demarcação de terras e suas correlatas (como nulidade de títulos de doação, possessórias, indenizatórias, etc), a pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) demonstra que há um significativo uso de instrumentos processuais demandando um posicionamento sobre a extensão e limites dos direitos indígenas em casos de incidência da norma penal. Nesse sentido, o objetivo do presente texto é analisar a forma como a Corte Constitucional vem consolidando entendimento sobre o tratamento penal atribuído aos índios. Quais os parâmetros de análise para constatar a extensão dos danos para a comunidade indígena, dos crimes praticados, por ou contra, índios? Em que medida os crimes envolvendo índios afetam os direitos indígenas? A competência para processar e julgar as ações envolvendo índios deve ser da Justiça Federal?

Palavra Chave: judiciário, análise de decisão, indígena, autoritarismo judicial.

1) O Sistema Penal e Violências contra Povos Indígenas no Brasil.

Segundo o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias/ InfoPen, do Ministério da Justiça, em Junho de 2012, haviam 982 índios presos no Brasil. Numa população total de 549.577 pessoas, talvez 0,17% possa parecer não muito significativo. Mas se consideramos os percentuais inseridos nos territórios, no âmbito dos Estados, e consideramos a análise das dinâmicas históricas das *fricções interétnicas*ⁱⁱⁱ, a leitura sobre estes números nos faz refletir sobre o papel do Estado e do direito penal diante dos direitos indígenas (vide - tabela 1: quantitativo de índios presos em Junho de 2012).

Neste universo, onde majoritários são os crimes de tráfico de entorpecentes, contra o patrimônio e contra a pessoa (incluídos aí homicídio, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei Maria da Penha), chama atenção, o quantitativo de mulheres indígenas presas e a correspondência entre os tipos de crime (vide - tabela 2: Tipos de Crime).

Considerando que Mato Grosso do Sul é área de fronteira^{iv}, vale refletir sobre o impacto da política proibicionista das drogas. Além de ser um dos principais fatores para a superlotação do sistema carcerário, tem sido utilizada ainda como instrumento potencializador do processo de criminalização dos povos indígenas (Karam, 2010). Seja nos países andinos, em função da política de erradicação da folha de coca, seja no Brasil, com o conjunto de políticas destinadas ao Polígono da Maconha (Moreira, 2008), as comunidades rurais e tradicionais são impactadas pela política de combate às drogas.

Os impactos diretos estão relacionados às limitações impostas aos modos de vida dos povos, já que para muitos deles a relação com as plantas, folha de coca e *cannabis*, tem sido componente fundamental para a manifestação cultural, religiosa, medicinal ou culinária. Enquanto os indiretos relacionam-se com os “efeitos de borda” da indústria do ilegal, com aumento de violência na área, corrupção, formação de grupos de extermínio, disputa/ dominação territorial, utilização de mão de obra barata nos plantios e colheita, etc.

Assim, estas substâncias, ao serem qualificadas como ilícitas, pela ONU (1961), afronta um conjunto de normas internacionais que garantem o direito das minorias étnicas usufruírem sua própria cultura e impõem ao Estado o dever de preservá-las. Segundo os estudos desenvolvidos pelo CTI (2008) e pela ABA (2007), a situação dos indígenas presos é reveladora da estrutura assimétrica que subjaz as práticas sociais, policiais e penais face aos índios no país e os obstáculos que estes enfrentam para ter acesso à Justiça segundo os códigos e normas previstos.

O Estado de Mato Grosso do Sul está situado na Região Centro-Oeste do Brasil, é uma das 27 unidades federativas. Tem a cidade de Campo Grande como sua capital e faz divisa com o Mato Grosso seguindo os limites naturais da região que é formada por diversos rios. Com superfície de 358.159 km², limita-se a Oeste com a Bolívia e Paraguai, ao Norte com o Mato Grosso, ao Sul com o Paraguai e o Paraná e a Leste com São Paulo, Minas Gerais e Goiás.

Em consonância com o ranking das estatísticas criminais, segundo o censo do IBGE (2010), o Estado também possui a 2ª maior população indígena do país, com 77.025 pessoas, seguido pelo Estado do Amazonas, com 183.514. No entanto, o crescimento populacional, infelizmente não é proporcional ao reconhecimento dos territórios tradicionais.

Segundo dados do IBGE (Censo Demográfico, 2010), são 517.383 indígenas vivendo em Terras Indígenas (TIs) e 379.534 vivendo fora da Terra Indígena (TIs), totalizando uma população de 896.917 pessoas. O que, com efeito, explica ou remete ao aumento dos conflitos fundiários, diante da incapacidade de suporte das reservas abrigarem, com dignidade e condições de vida, quase o dobro da população em relação ao período em que foram constituídas. Assim, supomos que, embora os conflitos fundiários estejam invisibilizados nas estatísticas oficiais da “criminalidade indígena”, estão diretamente relacionados ao deslocamento compulsório rumo aos centros urbanos.

O aumento da população indígena, com ênfase no crescimento da população urbana e diminuição da população rural, aponta para a superação do paradigma rural e urbano, já que foi constatado pelo censo uma “multilocalidade” dos indígenas, seja em função do crescimento das cidades que alcançam terras indígenas, seja a constituição de bairros ou “terras indígenas” dentro das cidades, constituindo novos territórios, nem rurais, nem urbanos – “*rururbanos*”. Demandando a consolidação de políticas públicas específicas a este grupo cultural.

Segundo os dados do Centro Indigenista Missionário/ CIMI (2010), o Estado do MS concentrou 55% dos casos de assassinatos de indígenas no País (nos últimos oito anos, 250 indígenas foram assassinados), o número elevado de suicídios^v, problemas de alcoolismo, jovens indígenas sendo usados como “mulas” para o tráfico de drogas, exploração da mão-de-obra indígena de forma degradante nas usinas de álcool^{vi}, são alguns dos indicadores das graves violações registradas no

Estado do MS, que concentra 31 acampamentos indígenas na beira de estradas, terras retomadas, ampliação das periferias urbanas.

A violência também é crescente entre os próprios índios, revelando uma realidade difícil no cotidiano das aldeias. O uso de bebida alcoólica e outras drogas, violência doméstica, são outros fatores que tem gerado conseqüências, como desagregação familiar e social.

Neste contexto, de mudanças forçadas nos hábitos dos indígenas Guarani–Kaiowá, já que surgem fenômenos que não fazem parte do modo de ser e de viver destes povos, diante da perda da relação com o elemento central que mantêm a cultura e de toda sociabilidade do povo; e, de violências institucionalizadas, vistas, reconhecidas e de forma paliativa, respondidas, o sistema penal aparece como uma das respostas que o Estado oferece^{vii}.

Desta forma, o esforço construído é no sentido de demonstrar como a dinâmica sociocultural das relações de *fricções inter-étnicas* envolve os fatos relacionados aos crimes com presença indígena.

2) Interculturalidade e Direitos Indígenas

Nas últimas décadas, países latino-americanos (Equador, Bolívia, Colômbia, Brasil, Venezuela, Peru) têm passado por profundas transformações políticas e constitucionais, impulsionadas, entre outros grupos sociais, pelo movimento indígena. Na busca pela garantia dos direitos étnicos e efetivação das políticas interculturais, diante do histórico conflito com o Estado, os Povos Indígenas acabam por recolocar em debate questões estruturantes, como democracia, governo e direito (Santos, 2010).

Esta normatividade é reflexo, no todo ou em parte, das conquistas legais, com suas contradições, produzidas no âmbito internacional. Entre elas, destaca-se a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, que foi ratificada pelo governo brasileiro através do decreto n° 5.051/2004.

A Convenção n° 169/1989 mantém relação com os debates produzidos na ONU, pelo Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da Subcomissão sobre Minorias e Discriminação da Comissão de Direitos Humanos da ONU, instituído em 1982 e que, desde então, vinha criticando a ausência de instrumentos internacionais garantidores dos direitos dos povos indígenas.

Assim, a C.169 surge das críticas à C.107 e sua perspectiva eurocêntrica, como se os índios fossem “integrar à comunhão nacional” e deixar de reivindicar um lugar diferenciado enquanto grupo sociocultural, como se todas as comunidades e sociedades humanas tivessem como objetivo integrar-se ao modo de vida europeu ocidental moderno. Por isto, a C.169 constitui mudança de paradigma ao valorizar a manutenção e o desenvolvimento dos povos indígenas como coletividades distintas, que possuem instituições, formas de vida, modelo de desenvolvimento econômico, próprias, na busca pela manutenção e fortalecimento de sua identidade, línguas e religiões (Barbosa, 2001:227).

Nesse sentido, o direito à autodeterminação, implica na livre determinação de sua condição política. O direito de determinar e elaborar suas prioridades e estratégias no direito ao desenvolvimento econômico, social e cultural (C. 169/ OIT, artigo 3º, 23 e 32), especialmente em relação a suas terras, territórios e recursos. Além do direito, que os povos e as pessoas têm de pertencerem a uma comunidade ou nação indígena, em conformidade com as tradições e costumes da comunidade ou nação em questão, não sendo permitida qualquer discriminação resultante do exercício desse direito (C. 169/ OIT, artigo 9º).

Além da C.169 da OIT, em 2007, após 22 anos de discussão, debates ideológicos, negociações diplomáticas e geopolíticas, durante a 107ª Assembléia Geral da ONU, foi aprovada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Delineando assim, um plano de ação para as

políticas de fortalecimento da diversidade cultural dos estados, governos, sociedade civil e povos indígenas que possuem o compromisso de garantir respeitar e proteger os direitos indígenas (Stavenhagen, 2010).

Ainda que a CF/88 do Brasil esteja no primeiro ciclo das reformas constitucionais pluralistas^{viii}, entendemos que seu marco normativo dialoga com os conteúdos expressos nos debates internacionais, com plena efetividade no sistema jurídico nacional, e que por isto deve ser interpretada no marco da *interculturalidade*.

O paradigma da *interculturalidade* aparece como efeito das experiências históricas vividas pelas sociedades modernas, marcada pela existência de minorias étnicas (representantes de uma pluralidade de valores) que exigem o reconhecimento de sua identidade e de suas diferenças culturais. Para Walsh (2006), deve ser entendido a partir da práxis política dos grupos sociais que buscam superar a estrutura de dominação imposta aos povos indígenas desde a colonização. Está relacionado, portanto, a capacidade de construção dos novos sentidos, olhares e práticas diante do 'outro', do diferente.

Nesse sentido, os conteúdos da diversidade cultural remetem ao reconhecimento, estímulo e valorização das formas próprias de organização social, cultural, econômica e política que os Povos Indígenas e as Populações Tradicionais produzem nos seus modos de vida, e como o Estado, organiza os espaços, mecanismos e formas de interação social que, no espaço público, legitima as novas formas de tratamento diferenciado do 'outro' (Souza Filho, 2012).

Vale destacar que ao longo do processo histórico, outros dispositivos, fruto do processo da luta dos povos indígenas, também reconheceram os direitos indígenas. No entanto, protegia-se para integrar, em supostas condições de igualdade.

Ao contrário, a CF/88 reconhece aos índios o direito de ser índio, e manter-se como índio, rompendo com toda a legislação indigenista anterior de caráter eminentemente assimilacionista e atribuindo ao Estado, a União o dever de proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas. Rosane Lacerda (2007) analisa o desenvolvimento histórico das relações inter-étnicas no Brasil Colonial, República e Constituinte, a partir da letra da lei, para demonstrar a transição do modelo de eliminação do 'Bárbaro' ou salvação do 'bom selvagem' para o protagonismo do Estado Pluriétnico, com a Constituição de 1988.

Atrelado ao paradigma da incapacidade, a política assimilacionista considerava que as comunidades indígenas encontravam-se em um nível inicial do processo de evolução, e por isso, era necessário a incorporação daquela cultura, na sociedade nacional, mais evoluída, progressista e moderna. No conjunto normativo em matéria cível, temos o juízo da incapacidade estabelecido pelo art. 6º do código civil de 1916^{ix} (e que o Código Civil de 2002 remete à legislação especial^x), o regime da tutela do art. 7 e 8 do Estatuto do Índio^{xi} (Lei 6,001/73) e a tese da incapacidade mental do Código Penal^{xii}.

Deste conjunto normativo, decorre a síntese, praticada no judiciário, de que o juízo da responsabilidade penal dos índios está atrelado ao seu desenvolvimento mental incompleto, ao grau de integração à comunhão nacional, reduzindo a dimensão e os significados dos direitos indígenas – apesar da CF/88, ter transfigurado o sentido da tutela-incapacidade para a tutela-proteção, uma vez que a diversidade das manifestações sociais e culturais passa a ser visto como fonte de riqueza cultural, que obriga o Estado a estimular e preservar.

O paradigma da tutela-proteção está relacionado, portanto, a uma visão do direito que reconhece e valoriza a diversidade social, cultural e jurídica. O que pressupõe superar a redução do direito à lei, e mais ainda, à lei de matriz ocidental, rompendo assim com o pensamento jurídico tradicional que optou por consolidar o monismo jurídico e o conceito de pluralismo jurídico associado ao paradigma da inferioridade, reduzindo o direito *consuetudinário* (ou *direito primitivo*) dos povos autóctones, ao

direito imperial/colonial. Aqueles, sempre colocados num plano de submissão e inferioridade, em relação ao último.

Na busca pela garantia dos direitos étnicos e efetivação das políticas interculturais, o histórico conflito entre Estado e Povos Indígenas, recolocou questões da filosofia política, como democracia, governo e direito, fazendo do constitucionalismo latino-americano campo teórico-prático da teoria do direito que inova ao surgir no cenário acadêmico como teoria democrática da constituição. Para Viciano Pastor, na medida em que trazem mecanismos, princípios e objetivos que permitem o avanço e a emancipação do povo, *as novas constituições radicalizam o constitucionalismo, já que a constituição é o mandato direto do poder constituinte, e por consequência, fundamento último da razão de ser do poder constituído* (2012: 20).

3) Limites da Interpretação Jurisprudencial

O levantamento de decisões na Corte Constitucional Brasileira aponta para uma significativa presença de ações judiciais relacionadas aos conteúdos dos direitos dos povos indígenas, território, modelo de desenvolvimento, cultura, etc. Dados os limites objetivos deste trabalho, o objetivo aqui será de demonstrar como a jurisprudência da Corte vem atuando no sentido de estabelecer critérios delimitadores dos direitos indígenas e dos instrumentos processuais da *interculturalidade*, nos casos em que seja parte em processo criminal.

Conforme veremos adiante, na arena principal da disputa conceitual pela limitação do sentido que o constituinte atribui aos direitos indígenas, a definição da competência jurisdicional, revela uma dimensão do acesso à justiça pelos povos indígenas.

O conflito surge especialmente a partir da edição da Súmula nº 140 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), em 18/05/95, que determina a competência da Justiça Estadual para processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima, enquanto o artigo 109, da CF/88 estabelece que, competirá à justiça federal, processar e julgar, os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (inciso IV) e a disputa sobre os direitos indígenas (inciso XI)

Vale destacar que a Súmula, surgiu em 1995, numa tentativa de uniformizar a jurisprudência assentada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos (criado pela Constituição de 1946 e extinto pela CF/88) e pelo STJ, nos seus primeiros 06 anos de vida. Refletindo, portanto, a forma de tratar da questão indígena, a partir do paradigma assimilacionista vigente daquele tempo. Endossando o conjunto normativo do tempo passado, que foi/ é muito utilizado para justificar as teses da imputabilidade, a partir do mito da “integração à comunhão nacional”, e, que em consequência, determina a competência da justiça estadual, uma vez que caracteriza-se a *tutela-incapacidade* como proteção da União.

O levantamento de dados foi realizado através do sistema de pesquisa virtual de jurisprudência do sítio do Supremo Tribunal Federal (STF). A partir da categoria *indígena*, o sistema identificou 1570 ocorrências, entre o período de 01/11/1989 à 01/01/2013. Diante do alto quantitativo, na busca por uma maior delimitação temática, optou-se pela categoria *crime indígena*. Com isto, o universo foi reduzido para 65, dividido entre decisões monocráticas, acórdãos, questões de ordem, decisões da presidência.

Com a leitura do universo foi possível excluir aquelas que não mantinham relação direta com o conteúdo (restando 53 para análise), além de: 1) verificar os tipos de ações (*habeas corpus*, recurso extraordinário, agravos de instrumento); 2), organizar tabelas, destacando, tipo de ação, o objeto das demandas, dos tipos de crime, a etnia ou TIs, o lugar de origem das demandas, data do julgamento, desembargadores-relatores; 3) evitar a repetição da informação; 4) entender, pela análise do conjunto

das decisões como se constitui o conceito/ garantia dos direitos indígenas, diante do conflito com a norma penal.

Desta forma, a partir da análise do conjunto das decisões, reagrupadas em função da temática do caso – *homicídio, estupro, tráfico, modelo de desenvolvimento próprio*^{xiii} – pude selecionar alguns casos, em que os indígenas figuram como partes, no pólo ativo e/ou passivo da ação, para refletir sobre a questão criminal e os critérios delimitadores da competência jurisdicional, a partir da compreensão do que seja “a disputa sobre direitos indígenas” (art.109, XI da CF).

A posição majoritária entende que a expressão deve ser interpretada em conjunto com o art. 231 da CF/88^{xiv}, justificando a competência da Justiça Federal apenas nos casos em que haja atentado contra a existência do grupo indígena como um todo. Afirma, que a proteção está relacionada à garantia da cultura indígena e que sua competência é de natureza civil, relacionado aos conflitos de terra (posse, invasão, ocupação, exploração, etc).

Apenas para exemplificar e refletir sobre os impactos da conduta delituosa sobre a cultura da comunidade indígena; segue decisão que trata de retenção de cartão de benefícios e apropriação de rendimentos de indígenas idosos.

Diante do exposto, há precedentes deste Tribunal que afirmam a possibilidade de deslocamento de competência em casos onde indígenas estejam envolvidos. Referidos precedentes indicam que compete à Justiça Federal somente aqueles processos que versarem sobre questões diretamente ligadas à cultura indígena e aos direitos sobre suas terras ou ainda a interesses da União (...). No caso concreto, considerando-se que discussão envolve suposta *extorsão de grupo de silvícolas*, em sua grande maioria idosos, não vislumbro, ao menos em tese, violação de bem jurídico penal que demande a incidência da jurisdição da Justiça Federal (HC 91.313/ RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25.05.07).

Extorsão de grupo de silvícolas não atinge direito inter-subjetivo? Será que a ausência dos recursos, certos e mensais, da aposentaria de um ou mais membro, não gera prejuízos à organização social? Será que não os idosos das TIs não representam uma comunidade *vulnerável* a este tipo exploração? O que é direito individual e coletivo neste caso?^{xv}

Assim, sejam demandas cíveis, sejam demandas criminais, sejam demandas relacionadas a conflitos territoriais, estejam indígenas em ambos os lados ou apenas em um, da ação, tendo ocorrido dentro ou fora da TI; para demonstrar que os crimes não estão relacionados à cultura e aos direitos coletivos dos povos indígenas, as decisões desenvolvem sua retórica jurídica baseando-se no discurso dos índios aculturados, alfabetizados, que dominam a língua portuguesa, trabalham, são eleitores, usam calças jeans, etc.

Descabimento, portanto, da assistência pela FUNAI, no caso. Sujeição do índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal, em geral, inexistindo razão para exames psicológico ou antropológico, se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade, a qual, de resto, nem chegou a ser alegada pela defesa no curso do processo. Tratando-se, por outro lado, de "índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa", como verificado pelo Juiz, não se fazia mister a presença de intérprete no processo. Cerceamento de defesa inexistente, posto haver o paciente sido defendido por

advogado por ele mesmo indicado, no interrogatório, o qual apresentou defesa prévia, antes de ser por ele destituído, havendo sido substituído, sucessivamente, por Defensor Público e por Defensor Dativo, que ofereceu alegações finais e contra-razões ao recurso de apelação, devendo-se a movimentação, portanto, ao próprio paciente, que, não obstante integrado à comunhão nacional, insistiu em ser defendido por servidores da FUNAI (HC 79530 / PA, em 16/12/99, relatado pelo Min. Ilmar Galvão).

Com isto, subvertem os sentidos da tradução e da perícia antropológica, que equivocadamente passam a estar relacionada à necessidade de auferir o desenvolvimento mental, a capacidade de entendimento do caráter ilícito do ato que lhe foi imputado. Interpretação esta que não está respaldada na legislação ou na doutrina, que busca com a determinação da perícia antropológica auferir a dimensão do dano na/ para a comunidade.

Na tentativa de *sensibilizar* o universo jurídico (Geertz, 1998) sobre o conjunto de efeitos da conduta considerada criminosa, estes instrumentos processuais, são fundamentais para o Estado que busca atuar nos marcos da *interculturalidade*. Através do exercício de tradução, pode constituir novos parâmetros para compreender a dimensão dos danos e constituir outra forma de ver, entender e julgar os conflitos indígenas. Assim, ela aparece como instrumento capaz e fundamental de realização a tradução para o universo jurídico e estabelecer um diálogo entre as sociedades diferenciadas.

Concordando com a tese majoritária de que a disputa dos direitos indígenas está relacionada à cultura indígena e que a terra/ território é carro chefe para a garantia dos direitos indígenas, importa definir como entender esta cultura e sob que dimensões ela se diferencia da nossa. Nesse sentido, vale destacar duas decisões paradigmáticas, que reconhecem o conceito aberto e dinâmico da cultura. Uma de 1994 e outra de 1996, mas que se perderam na história da jurisprudência.

De acordo, com o voto relator no RE 179.485-2/94 - AM:

O texto constitucional é de abrangência alargada (...) Não há no dispositivo, qualquer restrição (...) daí a competência a toda ação sobre direitos indígenas (gênero) ao crivo da Justiça Federal.

Voto de Francisco Rezek:

O constituinte quis confiar à judicatura federal (e sabemos todos porquê a Constituição prefere a Justiça Federal à dos Estados) os assuntos relacionados com indígenas (...) chegou-se a hipótese de genocídio contra índios não configura uma disputa sobre direitos indígenas. Cuidássemos de uma controvérsia sobre a posse da terra, ou sobre a exploração de determinado bem nessa terra, e a competência seria federal (...) mas se se cuida da própria sobrevivência da comunidade indígena, não (...) Continuo com a impressão de que isso é mais ideológico do que parece à primeira abordagem.

De acordo, com o voto relator no HC 71.835-3/ 96 - MS:

(...) fala-se aqui em disputa, e todo o processo judicial o é. Sobre direitos indígenas, e todos os direitos estão sob esta rubrica. Um caso que ocorreu atentado contra a vida, em área indígena, tendo de um e outro lado da relação conflituosa, elementos da própria comunidade. Penso que o constituinte desejou que a Justiça Federal construa uma jurisprudência sobre situações dessa índole.

Voto Maurício Corrêa:

Na verdade, sinto-me um pouco confortado com esse avanço jurisprudencial que se passa a adotar, porque no passado houve tanto conflito nesse sentido com largo prejuízo para os índios, em face de preconceitos regionais, de provincialismo, etc.(...)

A CF/88 ao inserir os direitos territoriais, culturais e coletivos, impôs o desafio de repensar as políticas públicas e a estrutura do Estado para garantir a efetivação da democracia intercultural e superar definitivamente a concepção monolítica e centralizadora do poder do Estado, diante das distintas ordens constitucionais historicamente constituídas.

Mais do que evitar a reprodução das dicotomias que sustentaram a manutenção do Estado moderno, o desafio implica reconhecer a processualidade do tempo histórico presente, onde a transição das formas históricas assumidas pelo Estado se materializa a partir da ação dos movimentos sociais. Nesse sentido, criar algo novo, além de implicar na superação da herança colonialista, pressupõe reconhecer no desenho atual, a capacidade das instituições de se reconstituir a partir do paradigma da democracia intercultural.

Desta forma, o judiciário está desafiado a pensar um modelo de acesso à justiça que se realize a partir do reconhecimento da diversidade étnica, dos significados constituídos por cada povo, diante do caso específico – seja um conflito entre índios ou entre índios e brancos, dentro ou fora das terras indígenas. Ou seja, um modelo que não se produza pela inferiorização ou descaracterização do que é ser índio.

Referências Básicas:

ABA/ Associação Brasileira de Antropologia. **Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil**. Relatório Final, em atendimento ao Edital – Projeto de Pesquisa ESMPU nº19/2006. Convênio PGR/ ABA. Brasília, 2007.

BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação**. Direito à diferença. Série: Pluralismo Jurídico. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

Carta do Comitê Nacional de Defesa dos Povos Indígenas de Mato Grosso do Sul – CONDEPI, disponível em <http://global.org.br/arquivo/noticias/ato-publico-cria-o-comite-nacional-de-defesa-dos-povos-indigenas-de-mato-grosso-do-sul-%E2%80%93-condepi/>, visitado em 25/11/2011.

CIMI/ Centro Indigenista Missionário. **Relatório Violência contra Povos Indígenas no Brasil**. Dados 2010. Brasília, 2011.

CTI/ Centro de Trabalho Indigenista. **Situação de Detentos Indígenas no Mato Grosso do Sul**. Brasília, CTI, 2008.

Dados do Ministério do Trabalho e Emprego de 2007

GEERTZ, Clifford. **O saber local**. Novos ensaios de antropologia interpretativa. Petrópolis/ RJ: Vozes, 1998.

IBGE/ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico de 2010. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_gerais_indigenas/default_caracteristicas_gerais_indigenas.shtm, visitado em 01/10/2012.

KARAM, Maria Lúcia. O proibicionismo criminalizador em matéria de drogas e a violação de direitos de povos indígenas na América Latina, in VILLARES, Luiz Fernando (Org.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2010.

LACERDA, Rosane. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. Dissertação de Mestrado. UnB, 2007.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e Costume na sociedade selvagem**. São Paulo: ed. UnB, 2003;

MINISTERIO DA JUSTIÇA/ MJ. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias/ InfoPen, disponível em www.justica.gov.br

MINISTERIO DA JUSTIÇA/ MJ. Mapa da Violência 2011, disponível em www.justica.gov.br

MINISTÉRIO DO TRABALHO e EMPREGO. Relatório 2011 do Grupo Especial de Fiscalização Móvel. (*mimeo*)

MOREIRA, Erika Macedo Moreira. Da Aldeia ao Fórum. Trabalho apresentado em Banca de Qualificação de Tese. Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da **Universidade de Brasília/ UnB**, 2011.

MOREIRA, Erika Macedo Moreira. Justiça Nacional x Justiça Indígena: as possibilidades de diálogos multiculturais como estratégia de redefinição do fato punível. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, vol. 32, nº01, jan/jun, 2008.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **O trabalho do antropólogo**. Brasília: Paralelo 15; São Paulo: Editora Unesp, 2006.

Porta de entrada da “rota caipira” do tráfico: MS é alvo de operação da PF. **Campo Grande News**, disponível em <http://www.campograndenews.com.br/cidades/porta-de-entrada-da-rota-caipira-do-traffic-ms-e-alvo-de-operacao-da-pf>, visitado em 19/04/2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación Del Estado em América Latina. Perspectivas desde uma epistemologia Del Sur**. Lima, IIDS/ RELAJU, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Como hacer que la declaracion sea efectiva, in CHARTERS, Claire; STAVENHAGEN, Rodolfo. **El desafío de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas**. Copenhague: IWGA, 2010.

VICIANO PASTOR, Roberto. Fundamento teórico Del nuevo constitucionalismo latinoamericano, in VICIANO PASTOR, Roberto (Org.). **Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**. Valencia, Tirant Lo Blanc, 2012.

Walsh (2006)

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **Pueblos Indígenas. Constituciones y Reformas Políticas em América Latina**. Lima: IIDS, 2010.

WALSH, 2006.

Legislação

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto Legislativo nº 05 de 1964.** Disponível em http://www.obid.senad.gov.br/portais/internacional/conteudo/index.php?id_conteudo=11247&rastr=ONU/Conven%C3%A7%C3%B5es

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil.** Disponível em

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 5.051 de 19 de Abril de 2004.** Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho- OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

ONU/ Organização das Nações Unidas. Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961.

ONU/ Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, 2007.

OIT/ Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 169/1989 sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/node/292>, visitado em 01/11/2012.

STJ/ Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 140 de 18/05/95, disponível em http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf, p. 170, visitado em 01/11/2012.

Processos

STF/ Supremo Tribunal Federal. RE 179.485-2/ AM, julgado em 06.12.94, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.

STF/ Supremo Tribunal Federal. HC nº 71.835/MS, julgado em 22.11.96, Rel. Min. Francisco Rezek, disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.

STF/ Supremo Tribunal Federal. HC 91.313/ RS, julgado em 25.05.07, Rel. Min. Gilmar Mendes, disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.

STF/ Supremo Tribunal Federal. HC 79530 / PA, julgado em 16/12/99, Rel. Min. Ilmar Galvão, disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.

ANEXOS – GRÁFICOS E TABELAS

Tabela I: Quantitativo de Índios presos em Junho de 2012.

Estado/ Sexo	AC	AL	AM	AP	BA	CE	DF	ES	GO	MA	MG	MS	MT	PA
Mulheres	0	0	2	**	0	3	0	1	0	0	0	12	1	4
Homens	9	6	209	**	5	56	0	11	10	0	0	157	22	161
Total	9	6	211	**	5	59	0	12	10	0	0	169	23	165
Estado/ Sexo	PB	PR	PE	PI	RJ	RN	RS	RO	RR	SC	SE	SP	TO	
Mulheres	0	1	2	0	0	0	10	0	16	2	0	1	0	
Homens	6	24	50	2	0	1	86	14	39	36	6	14	0	
Total	6	25	52	2	0	1	96	14	55	38	6	15	0	

Sistematizada por: Erika Macedo Moreira.

Fonte: Infopen/MJ. Tabelas Diversas.

Tabela 2: Tipos de Crimes

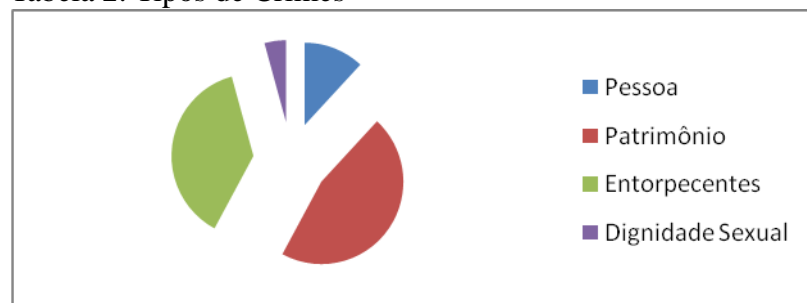


Tabela 3: População indígena por situação do domicílio:

LOCALIZAÇÃO DO DOMICÍLIO	TOTAL	URBANO	RURAL
Total	896 917	324 834	572 083
Terras Indígenas	517 383	25 963	491 420
Fora de Terras Indígenas	379 534	298 871	80 663

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010

Notas de Rodapé:

i O trabalho é resultado das pesquisas empíricas, desenvolvidas no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Brasília/UnB – Brasil, sob orientação da Profa. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, cuja temática versa sobre justiça indígena x justiça nacional: possibilidades de diálogos interculturais. A pesquisa para a tese de doutorado compreende

análise de decisões do Poder Judiciário, produzidas no Supremo Tribunal Federal Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal Regional federal da 1ª região e Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

ii Doutoranda em Direito Constitucional/ UnB; Profa. do curso de direito da Universidade Federal de Goiás/ UFG – câmpus cidade de goiás. Contato: erikamacedomoreira@hotmail.com

iii Conceito utilizado por OLIVEIRA (2006), para designar a construção de direitos, significados, práticas e concepções, constituídas a partir da relação conflituosa entre culturas distintas, como na relação entre Estado e Povos Indígenas.

iv Segundo a Polícia Federal/ BRA, o Estado é porta de entrada para o tráfico internacional, cf. Porta de entrada da “rota caipira” do tráfico: MS é alvo de operação da PF, disponível em <http://www.campograndenews.com.br/cidades/porta-de-entrada-da-rota-caipira-do-trafico-ms-e-alvo-de-operacao-da-pf>, visitado em 19/04/2012.

v Dados do Mapa da Violência 2011 do Ministério da Justiça revela ainda que a taxa de suicídios em Mato Grosso do Sul teve um crescimento vertiginoso, puxada pelos casos envolvendo indígenas. Dos cem casos registrados no Brasil no ano de 2008, cinquenta e quatro foram no Estado. A maior taxa de suicídios localiza-se em dois municípios pertencentes à área de conflito indígena, Amambai e Paranhos. A taxa de suicídios na população em geral de Mato Grosso do Sul em dez anos cresceu 39,3%. O índice de suicídios foi de 5,6 casos por cem mil habitantes em 1998 passando para 7,8 em 2008. Quando a taxa é estratificada para a população jovem, o aumento chega a 95,3%.

vi Dados do Ministério do Trabalho e Emprego de 2007 apontam que boa parte dos 1.634 trabalhadores libertados das condições degradantes de trabalho em Mato Grosso do Sul naquele ano pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego são indígenas, como no caso da fazenda DEBRASA, unidade da Companhia de Açúcar e Alcool, onde 1.011 indígenas estavam alojados em condições precárias.

vii Nesse sentido, destaca-se a importância na realização de pesquisas empíricas, que tenham como recorte entender as condições em que os indígenas estão submetidos no sistema carcerário. Ou seja, em que medida os instrumentos de garantia da interculturalidade estão sendo respeitados no curso processual da ação penal? Em que medida as dinâmicas religiosas e culturais são respeitadas durante a execução penal? Quais dimensões de dano para a comunidade indígena que o encarceramento produz? Como a saúde alimentar e a integridade física dos indígenas é assegurada?

viii Segundo Yrigoyen (2010), existem três ciclos de reformas em matéria de direitos indígenas e multiculturalismo. O primeiro ciclo, nos anos 80, que chama de *horizonte pluralista*, com a introdução da idéia de direito coletivo, do multiculturalismo. O segundo, incorpora os conteúdos da Conv. 169, com o direito a diversidade cultural e a identidade (ou auto-determinação). O terceiro, na primeira década do século XXI, o Estado Plurinacional, com bases no pluralismo jurídico igualitário (Bolívia e Equador). Para a autora, o Brasil ainda está no primeiro ciclo.

^{ix} Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: I - os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos, II - os pródigos; III - os silvícolas.

x Cf. estabelece o § 1º do art. 4º da Lei 10.406 de 2002: “A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

^{xi} Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito 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. § 1º: 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.

^{xii} Art. 26, CP: 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. Redução de pena: § 1º: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

^{xiii} Neste grande grupo estão os casos relacionados aos crimes de retenção de cartão de benefícios previdenciários, grilagem de terras, extração ilegal de madeiras ou de diamantes, des/ocupação de TIs, genocídio, etc.

^{xiv} Estabelece o Art. 231 da CF/88: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

^{xv} Cf. Moreira (2011), no município de Amambaí/ MS, chamou atenção o quantitativo de audiência no fórum de justiça relacionado a este conteúdo e aos seguros decorrentes de acidente de trânsito. Vale dizer que na entrada e saída da cidade existem duas TIs.