

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

NO BANCO DOS RÉUS, UM ÍNDIO:

CRIMINALIZAÇÃO DE INDÍGENAS NO BRASIL

TÉDNEY MOREIRA DA SILVA

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

© Desta edição – IBCCRIM

Arte, diagramação e revisão: Microart Design Editorial

Tel.: (11) 3013-2309 – microart@microart.com.br

Capa: NEURONA design e branding – www.neurona.com.br

S584n

Silva, Tédney Moreira da

No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil. / Tédney Moreira da Silva. São Paulo : IBCCRIM, 2016.

303 p. (Monografias ; 69)

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-99216-46-0

1. Povos indígenas 2. Criminalização 3. Indigenismo 4. Direito penal indígena 5. Etnocídio I. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. II. Título. III. Série

CDD: 345

CDU: 343.2(1=82)

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de Agosto, 52, 2.º andar

CEP 01018-010 – São Paulo, SP, Brasil

tel.: (xx 55 11) 3111-1040 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.org.br> – e-mail: monografia@obccrim.org.br

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

NO BANCO DOS RÉUS, UM ÍNDIO:

CRIMINALIZAÇÃO DE INDÍGENAS NO BRASIL

TÉDNEY MOREIRA DA SILVA



IBCCRIM

São Paulo
2016



Diretoria da Gestão 2015/2016

Diretoria Executiva

Presidente: Andre Pires de Andrade Kehdi

1.º Vice-Presidente: Alberto Silva Franco

2.º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna

1.º Secretário: Fábio Tofic Simantob

2.ª Secretária: Eleonora Rangel Nacif

1.ª Tesoureira: Fernanda Regina Vilarés

2.ª Tesoureira: Cecília de Souza Santos

Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Carlos Roberto Isa

Conselho Consultivo

Carlos Vico Mañas

Ivan Motta

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Sérgio Mazina Martins

Ouvidor

Yuri Felix

Suplentes da Diretoria Executiva

André Adriano Nascimento da Silva

Bruno Amabile Bracco

Daniel Zaclis

Danilo Dias Ticami

Roberto Luiz Corcioli Filho

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae: Diogo Rudge Malan

Biblioteca: Bruno Salles Pereira Ribeiro

Boletim: José Carlos Abissamra Filho

Comunicação e Marketing: Rogério Fernando Taffarello

Convênios: Matheus Pupo

Cursos: Paulo Sérgio de Oliveira

Estudos e Projetos Legislativos: Renato Stanzola Vieira

Iniciação Científica: Alexis Couto de Brito

Mesas de Estudos e Debates: Andrea Cristina D'Angelo

Monografias: Fábio Roberto D'Ávila

Núcleo de Pesquisas: Bruna Angotti

Relações Internacionais: Helena Regina Lobo da Costa

Revista Brasileira de Ciências Criminais: Marina Pinhão Coelho Araújo

Revista Liberdades: Roberto Luiz Corcioli Filho

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Código Penal: Juliana Garcia Belloque

Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos: Milene Cristina Santos

Estudos das Escolas Penais: Alexis Couto de Brito

Infância e Juventude: Giancarlo Silkunas Vay

Justiça e Segurança: Humberto Barrionuevo Fabretti

Política Nacional de Drogas: Cristiano Avila Maronna

Sistema Prisional: Bruno Shimizu

Presidentes das Comissões Organizadoras

22.º Seminário Internacional: Sérgio Salomão Shecaira

20.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM: Fábio Roberto D'Ávila

Atualização do Vocabulário Básico Controlado – VBC: Renato Watanabe de Moraes

Concessão de bolsas de estudo e desenvolvimento acadêmico: Eleonora Rangel Nacif

Comissão Especial IBCCRIM – Coimbra

Presidente: Beatriz Dias Rizzo

Secretário-geral: Rafael de Souza Lira

Comissão Organizadora do 19.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais do IBCCRIM

Presidente: Fabio Roberto D'Ávila

Comissão Julgadora: Alexandre Wunderlich, Augusto Jobim do Amaral, Bruna Angotti, Caíque Galícia, Clara Masiero, Daniel Leonhardt dos Santos, Emília Giuliani, Flávio Antônio da Cruz, Miguel Wedy, Nereu Giacomolli, Raquel Scalcon e Vilmar Pacheco.

Em homenagem aos líderes indígenas e,
em especial, a Rosivaldo Ferreira da Silva
(Cacique Babau).

Abreviaturas

- AgEx.** – Recurso criminal de agravo em execução
- Ap.** – Recurso criminal de apelação
- C107, da OIT** – Convenção 107, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes
- C169, da OIT** – Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais
- CC** – Incidente processual de conflito de competência
- CF** – Constituição Federal
- CNBB** – Confederação Nacional dos Bispos do Brasil
- CP** – Código Penal
- CPP** – Código de Processo Penal
- Depen** – Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça
- Des.** – Incidente de Desaforamento
- Funai** – Fundação Nacional do Índio
- HC** – *Habeas corpus*
- Infopen** – Sistema de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça

- ISA** – Instituto Socioambiental
- RESE** – Recurso em sentido estrito
- Rev.** – Ação de revisão criminal
- Rex.Of.** – Recurso criminal de ofício (*Recurso ex officio*)
- SDH** – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República
- SPI** – Serviço de Proteção ao Índio
- SPILTN** – Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores Nacionais
- STJ** – Superior Tribunal de Justiça
- STF** – Supremo Tribunal Federal
- TJAC** – Tribunal de Justiça do Estado do Acre
- TJAL** – Tribunal de Justiça do Estado do Alagoas
- TJAP** – Tribunal de Justiça do Estado do Amapá
- TJAM** – Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas
- TJBA** – Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
- TJCE** – Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
- TJDFT** – Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Territórios
- TJES** – Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
- TJGO** – Tribunal de Justiça do Estado do Goiás
- TJMA** – Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
- TJMT** – Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso
- TJMS** – Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
- TJMG** – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
- TJPA** – Tribunal de Justiça do Estado do Pará
- TJPB** – Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
- TJPR** – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
- TJPE** – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

- TJPI** – Tribunal de Justiça do Estado do Piauí
- TJRJ** – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
- TJRN** – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte
- TJRS** – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
- TJRO** – Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
- TJRR** – Tribunal de Justiça do Estado de Roraima
- TJSC** – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
- TJSP** – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
- TJSE** – Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
- TJTO** – Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins
- TRF1** – Tribunal Regional Federal da 1.^a Região
- TRF2** – Tribunal Regional Federal da 2.^a Região
- TRF3** – Tribunal Regional Federal da 3.^a Região
- TRF4** – Tribunal Regional Federal da 4.^a Região
- TRF5** – Tribunal Regional Federal da 5.^a Região

Ilustrações

Gráfico 1

Total de presos declarados indígenas por semestre (Fonte: Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional – Sistema de Informações Penitenciárias – Infopen. Disponível em: <<http://www.infopen.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2015).

Imagem 1

Antônio Vicente Guarani [1921?] (Fonte: HORTA BARBOSA, Luiz Bueno. Pelo índio e pela sua proteção oficial. 3. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. p. s/n).

Imagem 2

Certificado da Escola de Aprendizes Artífices do Estado do Paraná, do Ministério da Agricultura, Indústria e Commercio, para o officio de selleiro-tapeceiro, concedido a Antônio Vicente Guarani aos 29.11.1921 (Fonte: Horta Barbosa, Luiz Bueno. Pelo índio e pela sua proteção oficial. 3. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. p. s/n).

Imagem 3

Escola do Pôsto de Proteção Rodolfo Miranda, no rio Jamari, Mato Grosso [1923?] (Fonte: HORTA BARBOSA, Luiz Bueno. Pelo índio e pela sua proteção oficial. 3. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. p. s/n).

Imagem 4

Microfilme 235_01786: *Declaração de Atayde Pereira dos Santos à 6.ª Inspetoria do Serviço de Proteção aos Índios* [1963] (Fonte: Acervo do Museu do Índio).

Imagem 5

Carta dos indígenas Tenharim ao Ministro da Justiça (Fonte: Acervo do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2014).

Imagem 6

Ofício do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Eirunepé/AM (Fonte: Acervo do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2014).

Tabela 1

Total de presos declarados indígenas por semestre (Fonte: Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional – Sistema de Informações Penitenciárias – Infopen. Disponível em: <<http://www.infopen.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2015).

Sumário

Introdução	15
Epígrafe.....	20
Capítulo I – Brasil indígena	
1.1 O índio não existe.....	21
1.2 A formação da <i>brasilidade</i> pelo etnocentrismo, etnocídio e genocídio	28
1.3 O <i>último índio</i> na profecia integracionista.....	42
1.4 A penalidade civilizatória: hipótese de trabalho ...	53
Capítulo II – O Direito Penal (e o) indígena	
2.1 Direito penal indígena.....	63
2.2 Direito penal para indígenas	81
2.2.1 Punir para corrigir: o atavismo dos indígenas na criminologia etiológica.....	87
2.2.2 Tratamento penal de indígenas pela legislação brasileira	99
2.3 Considerações doutrinárias acerca da culpabilidade de indígenas	114

Capítulo III – A penalidade civilizatória de indígenas

3.1	Metodologia aplicada na análise da jurisprudência criminal	129
3.2	Jurisprudência dos Tribunais de Justiça estaduais e do Distrito Federal.....	134
3.2.1	Região Norte.....	136
3.2.2	Região Nordeste.....	145
3.2.3	Região Centro-Oeste.....	152
3.2.4	Região Sudeste	167
3.2.5	Região Sul.....	171
3.3	Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais....	183
3.3.1	TRF1.....	184
3.3.2	TRF2	186
3.3.3	TRF3	187
3.3.4	TRF4.....	188
3.3.5	TRF5	190
3.4	Jurisprudência do STJ e STF	192
3.4.1	STJ	192
3.4.2	STF	198

Capítulo IV – Indígenas (quase) brasileiros

4.1	Criminalização de lideranças indígenas	204
4.1.1	Indígenas Tenharim, em Humaitá/AM	211
4.1.2	Indígenas Kaingang, em Faxinalzinho/RS...	215
4.1.3	Indígenas Tupinambá de Olivença, na região sul da Bahia.....	219
4.1.4	Indígenas Terena, em Sidrolândia/MS	224
4.1.5	Indígenas Xukuru, em Serra de Ororubá/PE.....	226

4.2	A situação prisional dos indígenas brasileiros....	228
4.3	A resistência	236
	Conclusão	241
	Referências	252
	Anexos	266
1.	Formulário para pesquisa jurisprudencial.....	266
2.	Análise de jurisprudência dos Tribunais de Justiça estaduais	268
3.	Análise de jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais.....	280
4.	Análise de jurisprudência do STJ	282
5.	Análise de jurisprudência do STF.....	285
6.	Declaração de Atayde Pereira dos Santos à 6. ^a Inspetoria do SPI	287
7.	Carta dos indígenas Tenharim ao Ministro da Justiça	288
8.	Ofício do juízo de direito da vara única da comarca de Eirunepé/AM.....	292

Introdução

O Direito Penal, de cariz seletivo, repressivo e estigmatizante, é o instrumento de que se vale o Estado, com frequência, como primeira medida, para resolver os problemas sociais que afetam a ordem econômico-social hegemônica, em detrimento de outras funções de controle social. Ao mesmo tempo, é o mecanismo conformador de suas finalidades e orientação política, quando se faz exercer sobre indivíduos criminalizados. Não raros são os discursos de agentes públicos e políticos pelo endurecimento de penas e supressão de direitos subjetivos de investigados, acusados e condenados, como resposta à sociedade da eficaz proteção que o poder punitivo representa na repressão de condutas, em tese, lesivas por si à ordem e à paz sociais.

De última razão o Direito Penal passa à primeira, sob a pretensa economicidade de sua atuação e determinado pela característica central da principal das penas (a privativa de liberdade), que é a suspensão no tempo (pela duração) e no espaço (pela segregação) do conflito que, desta maneira, jamais é reparado ou resolvido.

A suspensão do conflito nada mais faz do que postergar sua resolução e, nestas circunstâncias, a criminalização (em todas as suas fases) constitui-se em uma estratégia política e jurídica de contenção de crises sistêmicas manifestas nas ordens social,

econômica, cultural e política. O poder de punir do Estado, considerado por muitos autores como direito subjetivo seu é, em última instância, o exercício de um poder contrário a toda contestação que se lhe faça, independentemente das fissuras que sua estrutura apresenta.

Nas questões jurídicas em que os indígenas e seus povos estejam presentes não poderia ser outra a atuação do Direito Penal, teorizado e aplicado. Se a unicidade de ordenamento jurídico, a centralização do poder político e o respeito à dignidade da pessoa humana são elementos indissolúveis da natureza estatal na contemporaneidade, resolver conflitos nos quais os indígenas se envolvam só se pode dar de maneira simbólica – e, logo, ineficaz – pois o contrário redundaria no revolver injustiças irreparadas e latentes desde sua formação. Seja pelos escassos debates dogmáticos, seja pela ignorância de sua aplicação, o Direito Penal para indígenas representa a lógica de se sustarem conflitos enraizados no próprio ato de constituição do Estado, de supedâneos etnocêntrico, etnocida e genocida.

Eis nosso objeto de estudo. Pretendemos demonstrar que a criminalização de indígenas, conforme os arcabouços teórico, legislativo e jurisprudencial predominantes na atualidade, constitui-se numa tática política de neutralização ou supressão da diversidade étnica existente, considerada elemento de resistência ou de oposição à ordem econômico-social hegemônica. Comunica-se, por meio da aplicação da pena, que a integração dos indígenas à dita “sociedade nacional” completou-se, com o consequente desaparecimento destes sujeitos de direitos, sem aprofundamento quanto à culpabilidade dos indígenas criminalizados ou questionamentos acerca das funções da pena e diferenças culturais existentes.

Entendemos que o ideal integracionista da legislação especial sobre indígenas (Lei 6.001, de 19.12.1973 – denominada “Estatuto do Índio”), para além de cumprir a justificação do regime tutelar de Estado cumpre uma função política de controle social da alteridade indígena – razão pela qual se manteve nos discursos jurídico-penais, velada ou abertamente, apesar

de ter sido superado pelo Texto Constitucional e por tratado internacional de direitos humanos, ratificado e promulgado pelo País, sobre a temática.

Tendo por pressuposto teórico a criminologia crítica, com especial relevo à criminologia liberacionista desenvolvida para análise da realidade latino-americana, propõe-se o estudo da criminalização de indígenas produzida pelas agências policiais, judiciais e de reprodução ideológica (doutrina jurídica), nos percalços das razões que levam ao reforço do ideal integracionista e à ignorância quanto à diversidade étnica daqueles sujeitos de direitos, estigmatizando-os.

Analisar-se-á, portanto, como o Direito Penal é pensado e exercido para concretização do silêncio, isto é, para promoção da supressão discursiva de sujeitos de direitos e seus embates, sem aprofundamento capaz de abalar a própria estrutura do Estado. Busca responder por que a solução de tais conflitos é adiável e quais os objetivos, também silentes, desta orientação político-jurídica.

Este estudo se divide em quatro capítulos.

O capítulo I (“Brasil Indígena”) aborda os processos de construção das identidades sociais de indígenas e não indígenas, pela oposição conflituosa de uns aos outros, e que conduziram, por vezes, à estigmatização daqueles, considerados como “atrasados” e “selvagens”. Estuda como este paradigma etiológico marcou a legislação indigenista ainda vigente, determinando o regime tutelar e o ideal de integração (assimilação) dos indígenas à “sociedade nacional” (sociedade de Estado ou não indígena), expondo, assim, o caráter etnocêntrico, etnocida e genocida de toda formação estatal, voltada que está para a adoção de estratégias de unificação das diferenças culturais. Nele, por fim, elaboramos nossa hipótese de trabalho (penalidade civilizatória), segundo a qual a criminalização de indígenas, tal qual promovida pelas agências doutrinárias, judiciais e policiais contemporâneas, corresponde a uma tática política de neutralização ou supressão da diversidade étnica, sem que haja fissura ao sistema penal ou abalo à ordem econômico-social

predominante, por meio da comunicação de atualização no investigado ou acusado do ideal integracionista.

O capítulo II (“O Direito Penal (e o) indígena”) trata das reflexões sobre o denominado Direito Penal indígena, pretendendo-se desvelar com tal descrição os elementos de interpretação acerca do Direito Penal aplicado aos indígenas em nosso País, identificando-os, sempre, como sujeitos primitivos a quem cabe o instituto de tutela estatal. Debruçamo-nos, ainda, sobre os primeiros estudos criminológicos desenvolvidos sobre a “natureza” dos indígenas e como seus resultados influenciaram a elaboração da doutrina jurídica e legislação indigenistas do século XX, bem como a análise de sua culpabilidade, feita, majoritariamente, a partir do critério de inimputabilidade.

O capítulo III (“A penalidade civilizatória de indígenas”) aborda os resultados de pesquisa jurisprudencial por nós realizada sobre o tratamento jurídico-penal de indígenas efetuado pelos Tribunais de Justiça estaduais e do Distrito Federal, pelos Tribunais Regionais Federais, pelo STJ e pelo STF, por meio de consulta ao seu acervo, disponibilizado, virtualmente, na rede mundial de computadores. Seu objetivo é desvelar a interpretação judicial predominante, bem como seu embasamento ideológico e doutrinário, sobre quais seriam as características individuais e sociais que denotariam a diversidade étnica do investigado, acusado ou condenado, para o reconhecimento ou declaração de seus direitos *sui generis*, expondo-se, desse modo, o viés racista no ato de atribuição judicial da identidade indígena.

O capítulo IV (“Indígenas (quase) brasileiros”) promove o estudo de casos em que a criminalização de líderes indígenas correspondeu ao sufocamento de demandas por direitos originários de seus povos, notoriamente relacionados ao reconhecimento de terras indígenas, pretendendo-se indicar como serve a criminalização à supressão ou neutralização de agentes contrários à manutenção da realidade que os oprime. Trata, ainda, da situação prisional de indígenas no País, segundo dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça, e os desafios postos à execução de suas penas.

Para elaboração deste trabalho, além do estudo da jurisprudência mencionado, privilegiou-se a consulta à bibliografia criminológica e dogmática do Direito Penal (passada e presente), detendo-se sobre os posicionamentos quanto às questões indígenas. Foi realizado, ainda, o estudo de textos legais aplicáveis ao tratamento jurídico-penal desses sujeitos, principalmente daqueles incidentes no curso do século XX (de origem republicana), trazendo-os ao corpo do estudo sempre que necessário, mantendo-se a grafia original.

Sobre os casos de criminalização de lideranças indígenas, tratados no Capítulo IV (“Indígenas (quase) brasileiros”), partiu-se, quando possível, de peças administrativas e processuais pertinentes, bem como de material produzido em jornais e revistas (com indicação das fontes ao final), agradecendo-se, desde logo, a contribuição afável e essencial do Secretariado Nacional do Conselho Indigenista Missionário e, em especial, de sua assessoria jurídica, representada pelo Advogado Adelar Cupsinski.

Apenas pelo desvelamento do pensamento filosófico e pela compreensão antropológica da diversidade humana atuantes é que se pode empreender crítica aos construtos do sistema de justiça penal em andamento. Propusemo-nos, no entanto, a realizar um estudo eminentemente criminológico, buscando, desse modo, contribuir para a crítica do sistema penal vigente.

Meus irmãos, chegou a hora de nós levantarmos a voz pela sobrevivência da nossa gente, que antigamente foi um povo feliz, um povo despreocupado. Somos um povo que já teve pátria e que não tem mais pátria. Vivemos em terras invadidas, intrusadas. Nossas leis são feitas por pessoal lá de cima, que dizem que nós temos direitos. Nós temos direito no papel, mas onde está a realidade?

(Discurso de Marçal Guarani, abril de 1977. PREZIA, Benedito. *Marçal Guarani: a voz que não pode ser esquecida*. São Paulo: Expressão Popular, 2006. p. 49).

1

Brasil Indígena

1.1 O índio não existe

O encontro inicial entre invasores das terras americanas e povos indígenas foi marcado pelo estabelecimento de identidades sociais opostas: de um lado, a sociedade cristianizada, com poder político centralizado e hierarquizado, desenvolvendo um racionalismo científico e cultural, com economia mercantil em expansão e estamentos sociais predefinidos. De outro, uma multidão de “gentes” a definir.¹

“Em 1500, Caminha viu ‘gente’ em Vera Cruz. Falava-se então de homens e mulheres. O escambo povoou a terra de ‘brasis’ e ‘brasileiros’. Os engenhos distinguiram o ‘gentio’ insubmisso do ‘índio’ e do ‘negro da terra’ que trabalhavam. Os franceses que não conseguiram se firmar na terra, viram ‘selvagens’.

Pelo fim do século, estão consolidadas, na realidade, duas imagens de índios que só muito tenuamente se recobrem: a francesa que o exalta

-
1. Afirmando que a trágica história de conquista da América ainda não se findou, Augusto Sánchez Sandoval aponta, como origem da “questão indígena”, o próprio contato inicial entre os povos. *“El problema se inicia en la conquista de América, con el choque de dos civilizaciones diversas, de dos culturas y dos conceptos diferentes sobre la vida y sobre las cosas”* (2000, p. 105).

e a ibérica, que o deprecia. Uma imagem de viajante, outra de colono” (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 200).

As conclusões sobre a identidade dos povos indígenas foram mutáveis à medida que novos olhares dela se aperceberam. Ainda que tenhamos partido de uma etnografia de gabinete para uma etnologia que é cada vez mais exigente em sua metodologia e resultados, fato é que o estabelecimento da identidade indígena pressupôs uma abstração e generalidade das quais ainda não se pode desprender totalmente.²

A definição de quem seja o índio torna-se extensível para singulares (e, pois, distintos) indivíduos e coletividades, segundo critérios eleitos pelo definidor como imprescindíveis para tal caracterização.

Para além de qualquer dúvida, porém, estudar o índio é (res) significar o estudioso, formulando-se nas ciências sociais anglo-saxônicas o conceito de etnicidade, com o objetivo de explicar os “(...) *processos de atribuição categorial e de organização das relações sociais a partir de diferenças culturais presumidas essenciais*” (POUTIGNAT e STREIFF-FERNART, 2011, p. 17) – conceito que foi constantemente reformulado para compreender a permanência de identidades étnicas diversas nos processos de interação social.

Duas são as hipóteses históricas que explicam a utilização do termo “índio” para se reportar à vastidão de gentes que cá viviam.

A primeira delas sugere a confusão que os navegadores aportados teriam feito entre o continente americano e a Índia, já

-
2. Já Carl Friedrich Philipp von Martius (1794-1868), botânico alemão que integrou missão científica enviada ao Brasil, concluiria que a classificação dos índios se deu por vacilantes critérios do observador europeu: “*Os índios que podiam compreender-se reciprocamente foram classificados como pertencentes a uma e mesma nação, si bem que de tribus ou hordas diversas. Mas é da propria natureza do assumpto que a simples opinião sobre o numero, a distribuição e o parentesco de taes grupos humanos, unidos pela mesma lingua ou por dialectos apparentados, nem antigamente nem hoje pode ser considerada definitiva ou admittida como uma verdade geral*” ([1938?], p. 21).

conhecida e explorada. Considera que as terras americanas não foram invadidas, mas sim descobertas³ num desvio inadvertido na trajetória das navegações. Seus habitantes seriam, portanto, índios.

A segunda causa explicativa remete a utilização do termo aos padres católicos e jesuítas já instalados nas terras americanas: haveria uma crença de que missionários cristãos teriam habitado o continente entre os séculos VI e X, na tarefa de evangelização dos nativos da terra. Explicam-nas semelhanças entre rituais sagrados cristãos e de alguns povos indígenas catequizados (como o batismo), bem como entre a fonética do nome da entidade divina Sumé ou Tumé (outras designações para Tupã) e São Tomé, que partira às Índias para divulgação do cristianismo. Daí que os nativos americanos seriam também índios. A fonte desta hipótese é a presença na narrativa dos colonizadores de que pela mata brasileira haveria uma longa estrada feita pelos indígenas, chamada de Peabiru (“O Caminho”), e que, segundo eles, fora aberta por Sumé, um “deus branco” (ABREU, 1987, p. 59).

Mas a generalização de povos inteiros e seus membros como índios não se deu apenas por uma nomenclatura. Antes, esta serviu apenas para categorizar sociedades que se distinguiam política, social, cultural e economicamente das sociedades dos exploradores europeus, estabelecendo um marco divisório entre a civilização, a barbárie e a selvageria – valendo-nos de termos

3. A utilização do termo “descoberta” para se referir à conquista das terras americanas por portugueses e espanhóis, em especial, é, antes de qualquer supedâneo ideológico, equivocada, uma vez que não se pode “descobrir” algo que não seja até então ignorado, desconhecido, e que, portanto, tenha por essência o próprio ineditismo. Se o continente americano já era habitado do extremo norte ao extremo sul, falar em “descobrimento” é referendar tão só a importância histórica que se dá aos conquistadores, em detrimento daquela dos seus habitantes originários. A América e suas terras não foram descobertas, mas invadidas, tomadas de seus moradores e exploradas economicamente, geralmente com a escravização de seus povos, tornando-se unidades de colonização e extensões de territórios no ultramar (JENNINGS, 1975).

posteriormente reunidos sob a teoria do evolucionismo social spenceriana, de pretensão científica.⁴

É a formulação arquetípica de quem seja o índio que exerce o papel primeiro de criação da identidade indígena, que, por sua vez, é criada conforme interesses políticos que se queiram assegurar. A atribuição genérica de características raciais, de práticas sociais estereotipadas ou de elementos definidores de uma natureza boa ou má dos indígenas é, em outros termos, o exercício de um poder dado pela própria capacidade de definir, opondo o definidor (sujeito cognoscente) do definido (objeto cognoscível). Desse modo, “[a] política indígena é (...) uma elaboração ativa que permanentemente articula práticas sociais e cosmologias com situações específicas” (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 130), constituindo-se em processo marcado pela intensidade do contato interétnico estabelecido. No relato dos cronistas seiscentistas, por exemplo, a diferenciação entre os indígenas com boas e más qualidades decorria de seu maior ou menor grau de proximidade com os portugueses (FAUSTO, 2008, p. 38), de sorte que:

“(...) os aimorés, que se destacaram pela eficiência militar e pela rebeldia, foram sempre apresentados de forma desfavorável. De acordo com os mesmos relatos, em geral, os índios viviam em casas, mas os aimorés viviam como animais na floresta. Os tupinambás comiam os inimigos por vingança; os aimorés, porque apreciavam carne humana. Quando a Coroa publicou a primeira lei em que se proibia

-
4. Herbert Spencer (1820-1903), engenheiro ferroviário, transpôs à sociologia a teoria da seleção natural, de Charles Darwin (1809-1882) – daí porque o evolucionismo spenceriano ser também chamado de darwinismo social. Parte Spencer de uma concepção orgânica da sociedade e de sua evolução por meio da seleção de humanos bem-dotados biologicamente. Seu discurso legitimava o neocolonialismo, pois que as raças mais evoluídas (europeias) teriam a missão de salvar a humanidade. É considerado um “racista otimista” em comparação a Arthur de Gobineau (1816-1882), diplomata francês que viveu dois anos no Brasil, que via com pessimismo a mestiçagem, vaticinando que esta levaria o povo brasileiro à extinção, por esterilidade (ZAFFARONI, 2012, p. 93-94).

a escravização dos índios (1570), só os aimorés foram especificamente excluídos da proibição” (idem, ibidem).

Embora sujeito a variações, o índio arquetípico é considerado universal (reportando-se a inumeráveis indivíduos e coletividades) e atemporal (pois que persiste a visão de remanência destes indivíduos e sociedades: os índios de hoje vivem como os antepassados). Qualidades como bondade, ingenuidade, singeleza, economia solidária e integração à natureza, dentre outras, são positivamente de um caráter genericamente atribuído a todos os indígenas, em todos os tempos, e disputam a primazia de definição de quem seja o índio com negatividades que, paralelamente, também têm força nos discursos sustentados: maldade, maledicência, primitivismo, economia subsistente (entendida como precária) e selvageria, vez ou outra, são proferidas para determinar a natureza do índio. Além do abundante ou aquém do ínfimo, o índio arquetípico é o ser da desmedida.

Estas caracterizações têm reflexo nos discursos político-jurídicos que se pretendem efetivar historicamente: a inocência dos “gentios”, para os jesuítas, justificava sua catequização e proteção oficial pela Coroa portuguesa. A animosidade dos “bravios inimigos”, para os moradores, amparava as guerras justas. O conhecimento ímpar da terra dos “gentios de paz” explicava o reconhecimento pela Coroa de sua soberania, nos começos da colonização. A sagacidade e o embrutecimento dos “bugres” ou “negros da terra” possibilitavam, no Império, a expulsão e tomada de suas terras, com extermínios como tática. O romantismo de cunho nacionalista do século XIX requeria a proteção dos novos “órfãos” desgarrados do Estado. O positivismo filosófico e as denúncias internacionais de morticínios de povos inteiros ensejaram a tutela dos “silvícolas” pela recente República brasileira. O fortalecimento da democracia e a concretização dos ideais republicanos exigem o respeito à diversidade étnica e cultural dos “indígenas”.⁵

5. Há, portanto, uma dificuldade linguística inerente às questões indígenas: a supressão de toda diversidade nominativa em prol de uma terminologia

“Antropólogos, etnólogos, sociólogos, cientistas culturais, políticos e indigenistas chegam a diferentes definições, conforme o interesse de seu conhecimento ou sua intenção. Uma definição válida, uniforme, interdisciplinar, consensual e que seja capaz até mesmo de ultrapassar fronteiras, não parece ser possível” (KAYSER, 2010, p. 36).

Como resultado de uma identidade social e historicamente construída, o índio esteve sujeito a diversos tratamentos jurídicos no tempo: aliados ou inimigos, livres ou cativos, donos da terra ou invasores – à definição de sua essência uma definição de seu direito. Em outras palavras, categorizar quem é e quem não é indígena é reconhecer ou não a necessária incidência de uma tutela jurídica específica. A constante ressignificação do ser do índio está sujeita ao alvedrio das circunstâncias históricas e político-jurídicas dos seus definidores.

Pela abstração e generalidade de seus contornos, sempre alteráveis, é que se pode afirmar que o índio – se compreendido como espécie de uma identidade que é universal e atemporal e distinta de uma humanidade comum – nunca existiu. Trata-se de um signo que permite o exercício de um poder-saber determinado, seja para reconhecer direitos, seja para exigí-los, na medida em que a identidade indígena é também assumida pelos povos e indivíduos assim definidos, como pressuposto do contato interétnico, para fazerem valer sua existência digna.

Esta configuração não é desconhecida dos definidores. Segundo levantamento feito por Beatriz Perrone-Moisés,

única. Cada povo indígena e cada um de seus membros não se enxergam como “indígenas” enquanto não confrontados com os “brancos” – o que é próprio das relações interétnicas, analisadas em seu dinamismo, segundo Fredrik Barth. Geralmente, as expressões são dadas pelo olhar etnocêntrico e discriminador do observador e estão marcadas pelo evolucionismo social. Feita a ressalva de que não será esta a orientação do estudo, utilizaremos o termo “indígena” para nos referirmos aos sujeitos de direitos cultural e socialmente diferenciados, que se reconhecem como tais, a partir das relações interétnicas, sobre os quais se exerce um poder-saber determinado e que são considerados elementos de resistência à planificação de um modelo político, econômico, social e cultural específico.

comuns e concorrentes no tempo foram as fontes normativas da Coroa portuguesa, por exemplo, que ora encaravam os indígenas como aliados, ora como inimigos, reconhecendo-se, pois, sua liberdade ou sua escravidão (CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 117).

Entretanto, a continuidade na categorização de quem seja o índio – se não cientificamente sustentável – possibilita o seu controle e, logo, o exercício de um poder sobre sua destinação: dizer quem é índio é dizer quem não é índio, isto é, é dizer quem tem ou não direitos indígenas.

Se há índios, há direitos assegurados constitucionalmente: organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, nos termos da Constituição Federal de 1988. Se não há índios, o caminho está aberto para toda sorte de violações que, desse modo, nem serão encaradas, pois que inexistem os seus destinatários. Para rebaixar ou enaltecer, a identidade de índio precisa ser mantida, ainda que não haja consenso sobre ela.

Neste jogo de vaivém, com uma identidade estereotipada e estigmatizada, os indígenas participam dos benefícios e malefícios (mais dos malefícios) da vida social e econômica circundante, sem, contudo, serem considerados cidadãos. Tornam-se o que **Darcy Ribeiro** denominou de “índios genéricos”, frutos de uma transfiguração étnica (1993, p. 441).

Para esse antropólogo, a transfiguração étnica é o processo de formação e transformação de etnias indígenas na passagem de sua condição de isolamento à de integração à “sociedade nacional”, causado por fenômenos sociais de origem ecológica, biótica, tecnológica-cultural, socioeconômica e ideológica. Há uma mutação cultural e social dos indivíduos que têm o *ethos* redefinido, transformando-se de “índios-tribais” em “índios-genéricos”. Estes, por sua vez, não são considerados como civilizados e, ao mesmo tempo, afastam-se das vivências culturais passadas. Tornam-se indivíduos sem identidade social definida (RIBEIRO, 1993, p. 441).

Às margens de um denominado “processo civilizatório” a que são submetidos e distantes de seus próprios valores, por

vezes perdidos, os “índios genéricos” ficam sujeitos aos discursos político-jurídicos que sobre eles se fazem e que lhes possibilita ou veda a continuação de sua existência física, social e cultural.

1.2 A formação da *brasilidade* pelo etnocentrismo, etnocídio e genocídio

Foi no curso do projeto civilizatório das terras brasileiras, então colonizadas, que os indígenas ver-se-iam inscritos, pela primeira vez, num processo de transfiguração de sua identidade étnica, cooptados a integrarem a nação que se queria criar.

A formação dos brasileiros, como descreve **Darcy Ribeiro**, caracterizou-se como um “moinho de gentes”, em que a tentativa frustrada de homogeneização das variadas matrizes que cá constituíram o povo (sendo as principais a indígena, a lusitana e a africana) acabou por resultar na conservação de valores deculturados, fazendo dos “neobrasileiros” uma nova “romanidade”.⁶

“Nesse sentido, o Brasil é a realização derradeira e penosa dessas gentes tupis, chegadas à costa atlântica um ou dois séculos antes dos portugueses, e que, desfeitas e transfiguradas, vieram dar no que somos: uns latinos tardios de além-mar, amorenados na fusão com brancos e com pretos, deculturados das tradições de suas matrizes ancestrais, mas carregando sobrevivências delas que ajudam a nos contrastar tanto com os lusitanos” (RIBEIRO, 1997, p. 130).

Os esforços para a criação de uma nacionalidade brasileira não foram poucos, sendo consentâneos (principalmente no período monárquico) ao ideal de fortalecimento do Estado brasileiro, uma vez que nação e soberania constituiriam seus pilares.

6. “É certo que a colonização do Brasil se fez como esforço persistente, teimoso, de implantar aqui uma europeidade adaptada nesses trópicos e encarnada nessas mestiçagens. Mas esbarrou, sempre, com a resistência birrenta da natureza e com os caprichos da história, que nos fez a nós mesmos, apesar daqueles designios, tal qual somos, tão opostos a branquitudes e civilidades, tão interiorizadamente deseuropeus como desíndios e desafrós” (RIBEIRO, 1997, p. 70).

A construção da nacionalidade brasileira possibilitaria o exercício do poder soberano num território já arduamente conquistado após o afastamento de ataques estrangeiros, no período colonial, e a supressão de movimentos populares separatistas, durante o Império. Isto porque nação, centralização e soberania de exercício do poder e a delimitação de um território eram, à luz do entendimento filosófico-político aplicado aos Estados Modernos, os signos distintivos do verdadeiro Estado.

Se para erigi-lo era necessário constituir uma nação homogênea, propostas para tal empreendimento foram apresentadas ao longo do período colonial, tendo sido dois os principais regramentos.

O primeiro deles proveio do Alvará de 04.04.1755, pelo qual se declarava que os “vassalos do Reino” que se casassem com índias não ficariam com infâmia alguma, mas seriam preferidos nas terras em que se estabelecessem “(...) *para aqueles lugares, e ocupações, que couberem na graduação das suas pessoas*” (NIZZA DA SILVA, 1986, p. 225). Além disso, o “Directório que se deve observar nas povoações dos índios do Pará e Maranhão”, de 03.05.1757, aboliu a interferência jesuítica, proibiu a utilização do nheengatu (língua geral), definiu em que termos haveria a ocupação dos aldeamentos pelos “moradores” (assim chamados os colonizadores)⁷ e estipulava a atribuição de sobrenomes

7. A colonização do Brasil vai de 1500 a 1822, com sua Independência e formação do Primeiro Reinado. Divide-se, normalmente, em três períodos distintos: o primeiro se inicia com a chegada de Cabral e vai até a formação do Governo Geral, em 1549, aproximadamente; o segundo, da instauração daquele Governo até fins do século XVIII, marcado pelos grandes ciclos econômicos de atividades agrícolas e mineradoras; o terceiro período estende-se de fins do século XVIII até a Independência, em 1822. Durante a Colônia, o Brasil foi regido pelas Ordenações Afonsinas (até 1514), pelas Ordenações Manoelinas (até 1603) e pelas Ordenações Filipinas (até 1823 e, parcialmente, até 1917, com a revogação total pelo Código Civil de 1916). Além destas, uma série de leis específicas às necessidades da colônia foram elaboradas, sendo elas as Leis, os Alvarás, os Regimentos dos Governadores Gerais das capitanias hereditárias e as Cartas Régias.

portugueses aos indígenas, como estímulo às populações brancas pobres para a miscigenação. Para **Ísis Kantor**, “[n]a avaliação de Manuela Carneiro da Cunha, a lusitanização dos patronímicos serviria, 100 anos mais tarde, como pretexto à espoliação das terras atribuídas às sesmarias indígenas. Após a Lei de Terras, em 1850, as aldeias indígenas de Goiás, Ceará, Sergipe, Pernambuco e Rio de Janeiro foram declaradas extintas, sob alegação de ser sua população apenas mestiça” (KOERNER, 2006, p. 33-34).

Esses regramentos caracterizaram o período do pragmatismo pombalino⁸ que, segundo **Gizlene Neder**, representou um esforço do Estado lusitano de se fortalecer e modernizar, sem, contudo, alterar a estrutura hierarquizada da sociedade, acenando, de certo modo, para o ingresso do iluminismo em Portugal. “Implantou-se [em Portugal, no período pombalino] uma nova mentalidade na elite política, que, entretanto, não se generalizou; não permeou a sociedade como um todo” (2007, p. 110).

O Diretório pombalino só foi abolido por meio da Carta Régia de 12.05.1798, declarando os indígenas como “vassalos livres”, o que ocasionou não apenas sua maior vulnerabilidade frente à retomada incontida das práticas de descimentos e guerras justas, empreendidas por colonos, como, também, o início de nova situação jurídica junto às autoridades públicas. Segundo **Ísis Kantor**, “[o]s índios passavam a ser considerados como órfãos perante a lei, deixando de ser tutelados por diretores nomeados pelo governador para ser tutelados pelos ouvidores e juizes de paz” (KOERNER, 2006, p. 36).

Posteriormente, esse entendimento seria alterado. A Carta Régia, de 05.11.1808, permitia a qualquer morador o aprisionamento de indígenas por até quinze anos, destinando-os

8. Sebastião José de Carvalho e Melo, ou Marquês de Pombal (1699-1782), foi Secretário de Estado do Reino de Portugal, ocupando este cargo após a morte do Rei Dom João V. Empreendeu, inspirado pelo Iluminismo, uma série de reformas objetivando a revitalização econômica de Portugal, então dependente do quanto produzido por suas colônias.

aos serviços que se quisessem – o que, depois, sofreria vedação, pela leitura do art. 3.º da Lei de 27.10.1831, que desonerou da servidão todos os indígenas (NIZZA DA SILVA, 1986, p. 43).

A contribuição de **Andrada e Silva**, em seus *Apontamentos para civilização dos índios bravos do Império do Brasil*, dirigida à Assembleia Geral Constituinte do Império, constituída em 1823, apontava dificuldades que se deveriam superar para a “domesticação” dos indígenas. Para ele, “(...) *o homem primitivo não é bom, nem é mau naturalmente, é um mero autômato, cujas molas podem ser postas em ação pelo exemplo, educação e benefícios*” (2005, p. 96).

Eis apenas alguns exemplos de atuação da Coroa e do Império na tentativa de constituir uma nação que fosse o supedâneo do Estado, partindo de uma população composta de diversas matrizes étnicas. Mas, “(...) *o Estado pode proclamar-se detentor exclusivo do poder, quando as pessoas sobre as quais se exerce a autoridade (...) falam a mesma língua que ele. Esse processo de integração passa evidentemente pela supressão das diferenças*” (CLASTRES, 2004, p. 88).

Portanto, o Estado surge como ente causador de desigualdades política, social, cultural e econômica entre os povos ao se propor a supressão de diferenças extremas e a aglutinação por valores comuns, ao mesmo tempo em que se impõe como fim de toda organização social.

Afonso Arinos de Mello Franco (1937) pretendeu demonstrar que houve grande influência dos indígenas sul-americanos, entre os séculos XVI e XVII, na elaboração das ideias centrais dos escritos filosófico-políticos de autores clássicos franceses, como **Montaigne**, nos *Ensaio*s, e **Jean-Jacques Rousseau**, no *Contrato Social*. Segundo o autor, as sucessivas levadas migratórias de indígenas das terras brasileiras à Europa⁹ possibilitaram a formulação da teoria rousseauiniana

9. Evento notável foi a denominada “Festa Brasileira de Rouen”, ocorrida em 1550, na Cidade de Normandia, que preparara a encenação sobre o *modus vivendi* dos indígenas para recepcionar o rei Henrique II e sua esposa, Catarina de Médicis. Indígenas brasileiros representavam

da “bondade natural”, que caracterizou o pensamento liberal setecentista e inspirou, ao fim, a Revolução Francesa. À teoria da “bondade natural” concorreu outra, hobbesiana, pela degeneração da natureza humana e necessidade de seu controle social coercitivo – concorrendo ambas, de todo modo e segundo o autor, para a autorização ou o freio à empreitada política de imposição do Estado (FRANCO, 1937, p. 28).

Às teorias contratualistas (em especial no pensamento hobbesiano), o Estado proviria da abdicação livre e consciente dos indivíduos de sua própria liberdade em prol do bem estar comum e da pacificação dos conflitos sociais. Transfere-se àquele ente a tarefa de, soberanamente, proteger seus jurisdicionados de si mesmos (pois que seriam lobos uns dos outros, num estado natural de selvageria),¹⁰ por meio da transferência também do poder de punir, detendo o Estado, exclusivamente, a coerção para tanto. Dada a complexidade inerente à sua organização, o Estado foi considerado uma etapa na evolução da natureza humana, na qual predominaria a vontade do mais forte.

Por esta razão, as sociedades indígenas foram categorizadas como primitivas, uma vez que, nelas, o poder não estava

tupinambás e tabajaras, num confronto simulado, sendo a *Festa* presenciada, também, por outras importantes autoridades europeias, como a rainha escocesa, Maria Stuart (FRANCO, 1937, p. 76).

10. “Quando se faz um pacto em que ninguém cumpre imediatamente a sua parte, e uns confiam nos outros, na condição de simples natureza (que é uma condição de guerra de todos os homens contra todos os homens), a menor suspeita razoável torna nulo esse pacto. Mas se houver um poder comum situado acima dos contratantes, com direito e força suficiente para impor o seu cumprimento, ele não é nulo. Pois aquele que cumpre primeiro não tem nenhuma garantia de que o outro também cumprirá depois, porque os vínculos das palavras são demasiado fracos para refrear a ambição, a avareza, a cólera e outras paixões dos homens, se não houver o medo de algum poder coercitivo – coisa impossível de supor na condição de simples natureza, em que os homens são todos iguais, e juizes do acerto dos seus próprios temores. Portanto, aquele que cumpre primeiro não faz mais do que entregar-se ao seu inimigo, contrariamente ao direito (que jamais pode abandonar) de defender a sua vida e os seus meios de sobrevivência” (HOBBS, 2008, p. 118-119).

centralizado numa entidade ficcional (porém burocrática) alheia aos membros, nem estava dissociado do corpo social, mas, ao contrário, encontrava-se nele enraizado. A fórmula de viajantes dos séculos XVI e XVII sobre tais povos como sociedades “sem fé, sem lei e sem rei” é exemplar, pois que caracteriza as organizações sociais indígenas pela negação dos três principais elementos constitutivos dos Estados modernos europeus: a Igreja, a Lei e a Monarquia.

Essa definição é, no entanto, tão-somente etnocêntrica.

Entende-se por etnocentrismo a “(...) *vocação de avaliar as diferenças pelo padrão da própria cultura*”, o que “(...) *aparece então como a coisa do mundo mais bem distribuída e, desse ponto de vista pelo menos, a cultura do Ocidente não se distingue das outras*” (CLASTRES, 2004, p. 85-86). Como propriedade formal de toda cultura, entretanto, justifica-se sua ocorrência somente para padrões culturais – não científicos¹¹.

Embora o etnocentrismo seja uma propriedade formal de todas as culturas, para Pierre Clastres é apenas na cultura

11. Eis a dificuldade de superação das ciências sociais de critérios que induzam à separação entre o primitivismo e a civilização. Como faces de uma mesma moeda, ambas as categorias são ínsitas ao pensamento filosófico-político desenvolvido até então, na esteira de paradigmas culturais. Di-lo o filósofo-antropólogo Pierre Clastres: “*Talvez esteja aí a dificuldade da reflexão clássica sobre o poder: é impossível pensar o apolítico sem o político, o controle social imediato sem a mediação, em uma palavra, a sociedade sem o poder. O obstáculo epistemológico que a ‘politicologia’ não soube até o momento ultrapassar, nós acreditamos tê-lo descoberto no etnocentrismo do pensamento ocidental, ele mesmo ligado a uma visão exótica das sociedades não ocidentais. Se nos obstinamos em refletir sobre o poder a partir da certeza de que a sua forma verdadeira se encontra realizada na nossa cultura, se persistimos em fazer dessa forma a medida de todas as outras, até mesmo o seu telos, então seguramente renunciaremos à coerência do discurso, e deixamos a ciência degradar-se em opinião. A ciência do homem talvez não seja necessária. Mas desde que queiramos constituí-la e articular o discurso etnológico, então convém mostrarmos um pouco de respeito às culturas arcaicas e nos interrogarmos sobre a validade de categorias como aquelas de economia de subsistência ou de controle social imediato*” (CLASTRES, 2003, p. 36).

ocidental europeia que se opera uma vocação etnocida e genocida, isto é, de supressão das diferenças culturais julgadas inferiores pelo olhar etnocêntrico, o que o autor identifica como uma redução “do múltiplo no Um”. Assim, “[o] Estado quer e se proclama o centro da sociedade, o todo do corpo social, o mestre absoluto dos diversos órgãos desse corpo. Descobre-se, assim, no núcleo mesmo da substância do Estado, a força atuante do Um, a vocação de recusa do múltiplo, o temor e o horror da diferença. Nesse nível formal em que nos situamos atualmente, constata-se que a prática etnocida e a máquina estatal funcionam da mesma maneira e produzem os mesmos efeitos: sob as espécies da civilização ocidental ou do Estado, revelam-se sempre a vontade de redução da diferença e da alteridade, o sentido e o gosto do idêntico e do Um” (CLASTRES, 2004, p. 87).

Assim, o Estado tal qual estruturado é, além de etnocêntrico (pois que cinde as sociedades em atrasadas e evoluídas), etnocida, pois promove o expurgo da diferença como uma contraposição indesejável ao seu projeto maior que é o de sedimentar seu poder absoluto, soberano, numa única nação.

Caracterizar as sociedades indígenas como imersas num estado de natureza, entregues à selvageria e à barbárie, é caracterizá-las sob um viés filosófico-político que permite, uma vez mais, o seu controle e opressão pelo observador, que tentará “melhorá-las para a civilização”, impedindo a formação de uma “contracorrente” (CLASTRES, 2004, p. 201) ao modelo e pensamento tradicionais adotados.

Em suas obras de antropologia política, **Clastres** estuda a organização social dos povos indígenas sul-americanos para investigar a origem do poder político por eles exercido e que não se configura como coercitivo. A menção às lideranças indígenas como “chefes sem poder” enaltece o conceito etnocêntrico de poder político, na medida em que, tradicionalmente, à essência do poder vincular-se-ia a opressão e a desigualdade entre quem ordena e quem obedece. O poder que não é coercitivo não é poder.

Reforça-se, pois, o argumento de primitivismo dos indígenas: sociedades sem controle (leia-se “sem coerção”) são

sociedades selvagens, num estágio atrasado de evolução ou organização político-social. São sociedades a civilizar por meio de sua inserção no Estado (único detentor do poder de polícia, do poder de punir).

Opõem-se as sociedades indígenas às sociedades estatais, tornando aquelas “sociedades contra o Estado” (CLASTRES, 2003), porque este representa justamente a instauração de um regime político de desigualdades em todos os seus níveis e no qual o poder-saber, antes inscrito nos corpos (por meio de seus rituais iniciáticos) e condição de coexistência pacífica, passa a ser concentrado numa autoridade, individual ou oligárquica, apartada da sociedade mesma.

Estas conclusões sugerem não apenas uma revisão necessária dos construtos da filosofia política tradicional (CLASTRES, 2003, p. 40) como também que a definição de indígenas como primitivos serve de amparo à supremacia do Estado. Elas explicam como a ausência de poder coercitivo nas sociedades indígenas conduz à sua referência de primitivismo, pois que, ao pensamento político vigente, civilizadas são somente as sociedades que transferem o domínio do poder político ao Uno – a que Étienne de la Boétie (1530-1564) se referiu no “Discurso da Servidão Voluntária (O nome do Um)”.

O opúsculo tentou responder o porquê de uma multidão de indivíduos submeter-se aos comandos do “Um” (de um tirano ou qualquer outro superior hierárquico). Esta “servidão voluntária” justifica-se na medida em que os subjugados veem-se como portadores do “nome do Um”, constituindo uma “cadeia de tiranetes” que ampara a tirania do soberano.

Promove-se uma desnaturação do humano, pois os subordinados se colocam abaixo dos próprios animais irracionais, já que estes, “(...) desde los más grandes hasta los más pequeños, cuando son capturados, oponen tal resistencia con garras, cuernos, pico y patas, que declaran suficientemente con ello cuánto estiman lo que pierden” (BOÉTIE, 2008, p. 33).

Pelo rebaixamento de sua condição existencial, os subordinados tornam-se inomináveis – nem humanos, nem

animais. Pergunta **Boétie**: “(...) *¿qué desgracia ha sido esta que ha podido desnaturalizar tanto al hombre, el único verdaderamente nacido para vivir libremente, y hacerle perder el recuerdo de su primer ser y el deseo de recuperarlo?*” (BOÉTIE, 2008, p. 34). Para **Pierre Clastres**, a esta forma de organização política se oporiam as sociedades indígenas.

O poder dissociado do corpo social é reflexo de uma configuração histórica que privilegia a desigualdade entre os indivíduos, sendo a civilização antes um argumento de validade do que um efetivo grau atingido ou a sê-lo, necessariamente. É possível que o poder político seja exercido sem coerção, mas reconhecer esta possibilidade implica questionar o porquê de se organizarem sociedades inteiras por meios exclusivamente coercitivos.

Para que as sociedades assim constituídas estendessem seu poderio, era necessária a promoção do etnocídio dos nativos (quando não o genocídio), como condição de permanência do modelo autoritário e desigual. Eis, aliás, as duas formas principais de se conseguir que não haja mais índios.

O genocídio refere-se às condutas ilícitas que tenham por finalidade destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. O termo foi cunhado por **Raphael Lemkin**, em 1944, para reportar-se ao extermínio de judeus, no regime nazista, e está previsto na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Dec. 30.822, de 06.05.1952.

O etnocídio, por sua vez, refere-se ao morticínio de povos indígenas, segundo conceito de **Robert Jaulin** e outros etnólogos, e difere do genocídio na medida em que este opera um extermínio do corpo, enquanto o etnocídio promove um extermínio do espírito (CLASTRES, 2004, p. 83) – isto é, configura-se como toda atividade que conduza à não aceitação da diversidade e às tentativas de modificá-la, quando não suprimi-la.

Pode-se compreender como etnocida o ideal integracionista do Estatuto do Índio – Lei 6.001, de 19.12.1973 (em verdade,

intuito assimilacionista¹²), pois que prevê, em seu art. 1.º, que “[e]sta 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”. Há preservação de sua cultura e demais direitos até que se integrem à sociedade não indígena – ocasião em que perderiam totalmente os vínculos étnicos.

O Estatuto do Índio estabelece, ainda, as seguintes definições:

“Art. 3.º 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;*

II – Comunidade Indígena ou Grupo Tribal – *É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.*

Art. 4.º Os índios são considerados:

I – Isolados – *Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;*

II – 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;*

12. Os conceitos de integração e assimilação confundem-se, por vezes, nos discursos aplicados às relações interétnicas. Para Manuela Carneiro da Cunha, integração refere-se à articulação entre as sociedades indígenas e não indígenas, sem que haja a diluição daquela nesta – prática esta que redundaria no processo assimilacionista, com perda ou minoração das identidades étnicas distintas (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 26).

III – Integrados – *Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura*”.

A definição jurídica de índio é já inicialmente vinculada à imagem de habitante das selvas (ou “silvícola”), num inadvertido desconhecimento da realidade socioambiental que caracteriza a maioria dos povos indígenas no País e que reforça seu lugar de selvageria. Mas outros elementos advêm desta definição que expõem a influência da ideologia do evolucionismo social spenceriano.

Assim, para a lei, o índio é o indivíduo de ascendência pré-colombiana cujas características culturais o opõem à “sociedade nacional”, isto é, à sociedade não indígena ou à sociedade de Estado. A menção à ancestralidade significa que o índio é o indivíduo não submetido ao processo de miscigenação, bem como aquele cujos usos e costumes pouco diferem de seus antepassados que habitavam as terras americanas antes da chegada de Colombo – o que faz ressaltar a ideia de que os indígenas são povos que estancaram no tempo. A lei, porém, exige que ele se identifique e seja identificado pelo grupo ao qual se vincula como sendo indígena.

“Isso significa que dos três critérios incluídos na definição legal de índio apenas o da identificação por si mesmo e pelos outros é estritamente correto do ponto de vista antropológico: ele engloba os outros dois, na medida em que são consequência e mecanismos dele e não critérios independentes” (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 25).

Já o art. 4.º classifica os indígenas segundo os níveis do contato interétnico mantido. São considerados “isolados” quando há “poucos e vagos informes” sobre eles, por meio de contatos eventualmente estabelecidos com a “sociedade nacional”. Sendo estes intermitentes ou permanentes, os índios são considerados “em vias de integração”, pois que cada vez mais necessitam da relação com a “sociedade nacional” para a sua sobrevivência. Por fim, são considerados “integrados” os já “incorporados à comunhão nacional”, reconhecendo-se a eles todos os direitos civis, ainda que mantenham seus usos, costumes e tradições peculiares.

Essa taxonomia proveniente do contato interétnico levou às formulações discursivas, veladas ou declaradas, sobre “índios aculturados” ou “índios de verdade” (SANTILLI, 2000, p. 50), que seriam apenas os “isolados” e sobre os quais deve recair o máximo possível de tutela estatal. Os índios “em vias de integração” e, principalmente, os “integrados” teriam perdido seus valores culturais originais e aprendido um novo código de conduta mais afeito ao da “sociedade nacional” – e, logo, não seriam mais “tão indígenas” como costumavam ser.

É desse modo que a identidade indígena, confundida com o estereótipo racista e idílico propagado pelo imaginário social,¹³ é reconhecida ou negada conforme a interpretação dada ao contato interétnico estabelecido, ao grau de dependência dos indígenas em relação a tais contatos e, principalmente, em conformidade ao seu pouco ou largo conhecimento do padrão cultural não indígena.

É preciso reconhecer, no entanto, que à época de sua elaboração, o Estatuto do Índio atendia às reflexões sobre a temática indígena.

O Código Civil vigente (Lei 3.071, de 01.01.1916) considerava os “silvícolas” como relativamente incapazes a certos atos ou à maneira de exercê-los (art. 6.º, III), sujeitando-os ao regime tutelar que cessaria à medida que fossem se “adaptando à civilização do País” (art. 6.º, parágrafo único) – adaptação que correspondia à convicção positivista de transitoriedade da sua existência como consequência de leis naturais inalteráveis de evolução (KAYSER, 2010, p.160).

13. Em pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo e pelo Instituto Rosa Luxemburg, entre 2010 e 2011, denominada “Indígenas no Brasil – Demandas dos Povos e Percepções da Opinião Pública”, demonstra-se que, apesar de 80% da população não indígena reconhecer que existe discriminação contra os indígenas, 96% afirmam não terem preconceito algum, paradoxalmente. 79% dos indígenas afirmam que são os brancos os que mais têm preconceito, o que se aproxima da percepção de não indígenas sobre o mesmo fato – 81% dos entrevistados (VENTURI e BOKANY, 2013, p. 118).

Com essa orientação, foi formulado o Dec. 5.484, de 27.06.1928, que regulava a situação jurídica dos índios nascidos no território nacional, segundo sugestão encaminhada pelo Ministro da Agricultura, Indústria e Comércio, Pedro de Toledo, que fizera contar, em relatório anual, as mudanças necessárias para pleno desenvolvimento do projeto integracionista perseguido pelo Serviço de Proteção ao Índio – SPI.

Segundo esse diploma, classificavam-se os indígenas em quatro categorias, similares àquelas que seriam reproduzidas pelo Estatuto do Índio vigente:

“Art. 2.º Para os efeitos da presente lei são classificados nas seguintes categorias os índios do Brasil:

1.ª Índios nômades;

2.ª Índios arranchados ou aldeados;

3.ª Índios pertencentes a povoações indígenas;

4.ª Índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados.

Art. 5.º A capacidade, de facto, dos índios sofrerá as restrições prescriptas nesta lei, enquanto não se incorporarem elles á sociedade civilizada.

Art. 6.º Os índios de qualquer categoria não inteiramente adaptados ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o gráo de adaptação de cada um, por intermédio dos inspectores do Serviço de Protecção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionaes, sendo facultado aos ditos inspectores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos índios, perante á justiça e autoridades, praticando para o referido fim todos os actos permittidos em direito.

§ 1.º Cada ajudante ou auxiliar do Serviço de Protecção aos Índios receberá uma portaria do inspector, autorizando-o a substituil-o em caso de necessidade, nas funções de que trata este artigo.

§ 2.º Em casos especiaes póde o inspector, mediante procuração, delegar poderes a qualquer pessoa para o substituir nas sobreditas funções”.

As Constituições anteriores a 1988 também se orientavam pelo ideal de integração ou incorporação dos indígenas à

“sociedade nacional”. A Constituição da República de 1934 previa no art. 5.º, XIX, *m*, a competência privativa da União para legislar sobre a incorporação dos “silvícolas à comunhão nacional”. A Constituição outorgada em 1937 foi omissa quanto ao projeto de integração, que só foi retomado em 1946, com a promulgação de nova Constituição, conforme se prevê no seu art. 5.º, XV, *r* (competência da União para dispor sobre a incorporação dos povos indígenas). Por fim, também a Constituição Federal de 1967, em seu art. 8.º, XVII, *o*, previa como competência da União o ato de legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

Esta tutela do Estado era conforme também às discussões que se empreendiam no plano internacional. A Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho, em 1957, recomendava aos Estados assistência aos povos indígenas para sua integração: “*Governments shall have the primary responsibility for developing co-ordinated and systematic action for the protection of the populations concerned and their progressive integration into the life of their respective countries*” (art. 2.º, 1). A sua Revisão Parcial resultou na atual Convenção 169 – Sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes – C169, da OIT, adotada em 1989, ratificada e promulgada no País por meio do Dec. 5.051, de 19.04.2004.

Todos esses regramentos pressupunham a separação dos indígenas dos demais brasileiros na constituição da nação, circunstância que acabaria por selar o seu lugar no Estado, que é sempre de marginalização.

Nos termos do art. 9.º do Estatuto do Índio, serão considerados integrados ou “emancipados” aqueles que, requerendo em juízo, comprovarem a plenitude da capacidade civil, que se dará pelo preenchimento cumulativo de idade mínima de vinte e um anos, conhecimento da língua portuguesa, habilitação para o exercício de atividade útil na comunhão nacional e razoável compreensão dos usos e costumes desta.

Prevê ainda, o art. 11, que por decreto presidencial uma comunidade indígena pode ser considerada emancipada do

regime tutelar, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada sua plena integração na “sociedade nacional”.

Na verdade, o ato de emancipação “(...) *descaracteriza como indígenas certas sociedades [e] é um poderoso meio de eliminar os sujeitos de direitos territoriais*” (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 15).

Em resumo, quando não se promove o extermínio dos corpos (genocídio), promove-se o extermínio de sujeitos de direitos (etnocídio), circunstância, aliás, amparada por opiniões racistas que fazem desaparecer os indígenas quando estes têm acesso a produtos, tecnologias e estilos de vida próprios da sociedade de Estado. Índios que possuem celulares, vestem *jeans*, falam a língua portuguesa, habitam, trabalham ou transitam nos espaços urbanos não são mais índios. Anulam-se os sujeitos de direitos aí implicados como se os processos de aculturação levassem à progressiva extinção dos vínculos étnicos dos indivíduos (SANTILLI, 2000, p. 28-29).

Em outras palavras, a extinção dos povos indígenas não deve ser pensada somente do plano físico-biológico: não reconhecer o direito a existir como diferente engendra os mesmos efeitos.

“O homem que impõe aos outros a própria cultura tem um motivo. Isso não significa que ele saiba sempre identificar esse motivo. O motivo mais profundo e mais constante da expansão cultural está ligado à supervalorização da própria cultura e a uma inconsciente inclinação a condenar as formas culturais divergentes. O motivo consciente e verbalizado é naturalmente outro. A difusão da própria cultura é concebida como um serviço prestado aos outros, ou como o cumprimento de um dever” (SACCO, 2013, p. 76).

1.3 O último índio na profecia integracionista

Em fins do século XIX, foi publicada uma nota na *Revista do Museu Paulista*, sob direção de **Hermann von Ihering**, versando sobre os povos indígenas e, em especial, os Kaingang. Seu conteúdo questionava o papel que estes representavam ou

que poderiam exercer no recente regime republicano instaurado, e concluía que “[o]s actuaes índios do Estado de S. Paulo não representam um elemento de trabalho e de progresso. Como tambem nos outros Estados do Brazil, não se pode esperar trabalho sério e continuado dos índios civilisados e como os Caingangs selvagens são um impecilio para a colonização das regiões do sertão que habitam, parece que não há outro meio, de que se possa lançar mão, senão o seu extermínio”.¹⁴

A nota expressava um questionamento corrente. Colocava-se à nascente República a necessidade de adotar, oficialmente, uma política indigenista consentânea ao progresso social, numa comunidade política que custosamente se pretendia unificar. Se os indígenas eram renitentes à incorporação, o seu extermínio parecia ser a única solução.

Entretanto, ao lado desta proposta figuraram outras, até mesmo de elaborações anteriores, que ora pleiteavam o reconhecimento de certa soberania destas “populações fetichistas”, ora requeriam reforços na obstinada tentativa de integrá-los aos nacionais (não indígenas), porém de forma pacífica e gradual.

Assim, como exemplo da primeira postura, o projeto de Constituição positivista, de 1890. Em seu art. 1.º, declarava que a República compunha-se de dois Estados confederados: os Estados Ocidentais Brasileiros, provenientes da fusão de europeus, africanos e ameríndios, e os Estados Americanos Brasileiros – formados por “(...) hordas fetichistas esparsas pelo território de toda a República”. Estes teriam a função de garantir a proteção do governo federal, bem como a de manter relações amistosas com os Estados Ocidentais Brasileiros (CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 136).

O projeto, porém, não foi recepcionado na elaboração da Constituição Federal de 1891. Andrada e Silva afirmava

14. Declaração de Hermann Von Ihering, na *Revista Museu Paulista*, v. VIII, p. 215. *Apud* ALMEIDA, Silvio. *Divagações. O Estado de S. Paulo*. 12.10.1908 (Fonte: Arquivo do Estado de São Paulo).

a mestiçagem como meio hábil à criação de uma identidade nacional homogênea. De mesma orientação, o Alvará de 04.04.1755 (NIZZA DA SILVA, 1986, p. 225).

Três, pois, as alternativas de política indigenista postas à escolha do Estado brasileiro nos seus primeiros passos republicanos: reconhecer aos povos indígenas seu direito à autodeterminação e à sua organização social peculiar; tentar a civilização dos seus membros, incorporando-os aos antagônicos brasileiros (a “sociedade nacional”, conforme a legislação indigenista vigente) ou, por fim, exterminá-los, como dantes já se determinara na execução das guerras justas, empreendidas contra os grupos indígenas que não se aliavam à ocupação portuguesa no período colonial, notadamente contra os Botocudos.¹⁵

A postura adotada pelo Estado já é sabida: a política integracionista, com fins de assimilação, passou a considerá-los como os tutelados do Estado no novo regime republicano, buscando preservar-lhes os costumes, as crenças, os rituais, os bens e as terras tradicionais até que se emancipassem como brasileiros.

Na Mensagem do primeiro Presidente da República, **Marechal Deodoro da Fonseca**, encaminhada à Abertura da Primeira Sessão da Primeira Legislatura do Congresso Nacional, aos 15.06.1891, recomendava-se “(...) *a catechese das tribos indígenas, que, em grande número, vagueiam pelas nossas regiões desertas e que, não raramente, invadem terras cultivadas, devastam-as e assim estorvam o trabalho agrícola da população*

15. Como exemplo, as ordens de Matias da Cunha, Governador Geral do Brasil, de junho de 1687 a outubro de 1688. Segundo Beatriz Perrone-Moisés: “(...) *Uma Carta do governador geral do Brasil sobre a assim chamada Guerra dos Bárbaros na capitania do Rio Grande, de 14.03.1688, recomenda a um dos capitães-mores que 'dirija a entrada e guerra que há de fazer aos bárbaros como bem entender que possa ser mais ofensiva degolando-os, e seguindo-os até os extinguir, de maneira que fique exemplo desse castigo a todas as mais nações que confederadas com eles não temiam as armas de sua majestade'*” (apud CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 126).

civilizada”. Concluía, ainda, que “[c]umpre enviaar esforços para abrandar-lhes os costumes selvagens e, quanto possível, attrahil-as ao trabalho” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1978, p. 24).

Estas disposições não foram inovações do regime republicano: já a Lei de 27.10.1831 revogava a Carta Régia, de 05.11.1808, que instituiu as guerras justas contra indígenas resistentes, e passava a considerá-los como órfãos, conforme redação do art. 4.º desta Lei: “*Serão considerados como orphams, e entregues aos respectivos juizes, para lhes applicarem as providencias da Ordenação Livro primeiro Titulo oitenta e oito*” – correspondente às regras para assentamento de registros e outras providências de natureza civil (MENDES JR., 1912, p. 53).

A autonomia dos povos indígenas, reconhecida pela Provisão de 09.03.1718,¹⁶ seria reduzida por força do Dec. 246, de 24.07.1845, conhecido como o Regulamento das Missões. Nesse documento, em cada aldeamento seria instituído um “maioral de índios”, com a função de realizar relatórios anuais sobre a catequese e civilização dos indígenas, doutriná-los na educação religiosa e civil, edificar igrejas e escolas, policiar a região e ministrar aulas sobre ofícios mecânicos (MENDES JR., 1912, p. 54).

A atuação da Primeira República não era, pois, uma inovação, muito embora tivesse contado com Cândido Mariano da Silva Rondon (posteriormente conhecido por sua patente de Marechal), então designado para compor a comissão construtora de linhas telegráficas que conectariam o Rio de Janeiro aos territórios de Goiás, Amazonas e Acre (ROQUETTE-PINTO, 1935, p. 53).

16. Por meio dela, declaravam-se os indígenas homens livres e isentos da jurisdição da Coroa, salvo quando andassem nus, não tivessem líder político ou “atropelassem as leis da natureza” – ocasião em que seriam submetidos às leis da Coroa Portuguesa. “*Esta restrição, assim como outras cláusulas e excepções, abriram pretexto à caçada e escravização dos índios; mas, a verdade é que ficou firmado o principio da autonomia das tribus, desde que o proprio rei de Portugal as declarava isentos de sua jurisdição*” (MENDES JR., 1912, p. 30).

Essa comissão, além de contribuir para o conhecimento de pontos isolados do território brasileiro e possibilitar o estabelecimento de meios de comunicação com estes, atendia à necessidade do Ministério da Guerra de manter vigilância sobre os pontos estratégicos em contato com a Bolívia e o Paraguai (LINS, 1967, p. 544). E, “[n]o desempenho dessa importante comissão em que construiu, de 1900 a 1906, uma rede de 1.746 quilômetros, servindo 17 estações, não se limitou Rondon a executar as obras indispensáveis à já de si dificultosíssima instalação dos serviços telegráficos” (LINS, 1967, p. 545), pois que coibia ataques aos povos indígenas encontrados.

No governo de Afonso Pena (1906-1909), Rondon foi convocado para ligar o Acre ao Cuiabá. Ampliando suas funções, tornou a nova expedição telegráfica (desta feita conhecida como Comissão Rondon) também uma expedição científica, reunindo o maior número possível de dados geográficos, botânicos, antropológicos e zoológicos.

Como resposta, ainda, à pretensão de extermínio dos indígenas anteriormente aventada por **von Ihering**, e às acusações de massacres realizados pelo Estado brasileiro, proferidas no XVI Congresso de Americanistas, em 1908, na Áustria, foi criado o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPILTN, por força do Dec. 8.072, de 20.06.1910.

Segundo **Antônio Carlos de Souza Lima**, inicialmente submetido ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, o SPILTN correspondia ao necessário processo de construção burocrático-administrativa da República, que passou a centralizar serviços então dispersos noutros aparelhos não estatais, como as missões de cunho religioso (*apud* CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 156). Além disso, alicerçado sobre o trabalho livre, o Ministério abarcou as demandas do antigo Serviço Nacional de Agricultura, de caráter privado, cujo intuito era representar os interesses de segmentos agrícolas (*idem*, p. 157).

Ulteriormente modificado pelo Dec. 9.214, de 15.12.1911 e pela Lei Orçamentária 3.454, de 06.01.1918, o SPILTN tornava-se apenas Serviço de Proteção ao Índio – SPI,

passando a localização de trabalhadores nacionais ao Serviço de Povoamento.¹⁷ Mas, “[a]inda que tal tenha se dado, a proteção oficial *manteria ao longo de toda a existência do Serviço a intenção de transformar os índios em pequenos produtores rurais capazes de se auto-sustentarem (...)*” (idem, p. 158-159).

Com **Rondon** como um dos fundadores e seu primeiro presidente, o SPI tinha como meta fixar no campo a mão de obra rural brasileira, supostamente descendente de escravos, bem como atrair indígenas considerados hostis aos centros agrícolas, unidades de treinamento de técnicas de trabalho rural, onde poderiam aprender o necessário à sua progressiva integração aos brasileiros (idem, p. 156).

Para **Luís Bueno Horta Barbosa**, diretor daquele órgão de 1918 a 1921, o verdadeiro objetivo do SPI era o de melhorar as condições de vida e de trabalho dos indígenas, facilitando-lhes os progressos de ordem moral e intelectual “(...) *mediante, não só a vigilância e a disciplina das suas relações com os civilizados, mas também pela implementação de um ensino, tão ativo, quanto possível, de artes, ofícios e primeiras letras*” (1947, p. 20).

Embora com viés humanitário, a adoção destas estratégias representaria a primeira etapa da política etnocida do Estado republicano o que, para **Ivan Lins** (1967), representou a incontestável influência do positivismo no País.

17. Em introdução ao relatório anual de atividades do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, de 1912, o Ministro Pedro de Toledo ressaltou a importância do SPI na pacificação de indígenas, sem deixar de ressaltar sua atuação na localização de trabalhadores rurais: “*Não se descure. também este Ministério, dentro das forças do orçamento, das providências tendentes a tornar uma realidade a existência de numerosos centros agrícolas em que se possam localizar utilmente trabalhadores nacionais nos Estados onde menos frequente e quasi nulla é a imigração estrangeira e maior se me afigura a conveniência de manter braços para os serviços dos campos, frequentemente despovoados pela sabida dos que, acossados pelas necessidades da vida e outras causas oriundas da falta de regular organização do trabalho agrícola no Brazil, fogem para as cidades, em busca de melhor sorte*” (MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO, 1912, p. 50).

Imagens 1 e 2.



Legendas

Imagem 1 (à esquerda): Antônio Vicente Guarani [1921?].

Imagem 2 (à direita): Certificado da Escola de Aprendizes Artífices do Estado do Paraná, do Ministério da Agricultura, Indústria e Commercio, para o officio de selleiro-tapeceiro, concedido a Antônio Vicente Guarani aos 29 de novembro de 1921.

(Fonte: HORTA BARBOSA, Luiz Bueno. *Pelo índio e pela sua proteção oficial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. p. s/n).

O SPI destinava-se, inicialmente, a fixar mão de obra nos territórios que ocupava, garantindo, ao mesmo tempo, a ocupação de terras consideradas valiosas e necessárias para a ampliação da agricultura.

Sob a inspiração do positivismo comteano, pautava-se pelas ideias de evolução e progresso da humanidade, desenvolvendo atividades que deveriam possibilitar a integração dos povos indígenas à sociedade de Estado. Sustentava-se, contudo, não buscar a assimilação ou doutrinação religiosa do indígena, mas, antes, seu aperfeiçoamento segundo o exemplo do trabalho e

da disciplina e, desse modo, “(...) *melhorar tudo quanto ele tem e que constitui o fundo mesmo de toda a existência social. E de todo esse trabalho, resulta que o índio torna-se um melhor índio, e não um mísero ente sem classificação social possível, por ter perdido a civilização a que pertencia sem ter conseguido entrar naquela para onde o queriam levar*” (HORTA BARBOSA, 1947, p. 22).

Imagem 3.



Legenda: *Escola do Posto de Proteção Rodolfo Miranda, no rio Jamari, Mato Grosso [1923?].*

(Fonte: HORTA BARBOSA, Luiz Bueno. *Pelo índio e pela sua proteção oficial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. p. s/n).

Segundo **Antônio Carlos de Souza Lima**, as áreas necessárias para a fixação dos povos pacificados pelo SPI eram solicitadas aos Estados federados, “(...) *tal implicando uma maior margem de barganha política e demandando inevitáveis alianças e conchavos regionalmente diferenciados*” (apud CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 160).

Assim, a criação e manutenção da política tutelar indigenista correspondia a interesses diversos da mera tutela, o que justificava sua constante realocação em pautas ministeriais distintas, passando do Ministério da Agricultura, em 1931, ao

Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e, em 1932, ao Ministério da Guerra, compondo, inicialmente, a Inspetoria Especial de Fronteiras e, posteriormente, o Exército, com especial atenção aos povos fronteiriços (idem, p. 165). A presença de militares na Comissão Rondon garantia, simultaneamente, a realização de uma atração dos indígenas e o treinamento dos soldados do Exército.

“[T]ratava-se de atrair e pacificar, conquistar terras sem destruir os ocupantes indígenas, obtendo, assim, a mão de obra necessária à execução dos ideais de Couto de Magalhães, de desbravamento e preparação das terras não colonizadas (para uma posterior ocupação definitiva por brancos), por meio de populações ‘aclimatadas’ aos trópicos. Realizar-se-ia o duplo movimento de conhecimento-apossamento dos espaços grafados como desconhecidos nos mapas da época, e a transformação do índio em trabalhador nacional” (idem, p. 160-161).

Apenas em 1942, o SPI seria novamente submetido ao Ministério da Agricultura, embora continuasse o ideal de pacificação, compreendida como a fusão dos povos indígenas aos brasileiros numa única massa, a de trabalhadores rurais.

O fracasso desta tutela, entretanto, sempre foi iminente: uma *“obstinada consciência”* (RIBEIRO, 1993, p. 53) de ser indígena é o que define o vínculo étnico de um indivíduo com seu povo, um núcleo duro de identificação comunitária – o que, por si, não se pode substituir por outra configuração qualquer que se entenda como melhor, dada certa visão etnocêntrica. Além disso, o Estado foi um *“mau tutor”* (SANTILLI, 2000, p. 28), relegando povos indígenas inteiros à condição de miserabilidade e a verdadeiro morticínio, praticado, por vezes, sob seu consentimento ou omissão. Mesmo a substituição da estrutura do SPI pela da Fundação Nacional do Índio – Funai (Lei 5.371, de 05.12.1967) e a promulgação de um Estatuto do Índio não foram suficientes para uma alteração do paradigma integracionista do Estado, que só veio com o Texto Constitucional de 1988.

No decorrer do século XX, carnificinas contra os povos indígenas em território brasileiro seriam divulgadas nacional e

internacionalmente. Grande parte dos confrontos ocorreu em virtude de uma intensa e caótica expansão econômica. A maior parte dos relatos compõe o denominado “Relatório Figueiredo”, fruto de uma Comissão de Inquérito, instituída pelo Ministério do Interior por força da Portaria 154, de 24.07.1967 e presidida pelo Procurador Jader de Figueiredo Correia, para apurar as irregularidades do SPI, conforme denúncias colhidas em Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados.

Um desses eventos ficou conhecido como o Massacre do Paralelo 11, em que os Cinta Larga, localizados nos atuais Estados de Mato Grosso e Rondônia, foram abruptamente chacinados pela ação de pistoleiros, mediante paga de interessados na ocupação de suas terras e com a participação de funcionários do SPI.

Querendo coibir a propagação internacional das acusações de genocídio e maus tratos do País em relação aos povos indígenas, o Estado brasileiro adotaria uma série de outros remédios, como a realização de uma “campanha de esclarecimento” sobre sua política indigenista.¹⁸

18. *“O Ministério das Relações Exteriores e o Ministério do Interior estão preparando, por intermédio da Funai, uma campanha de esclarecimento da opinião pública internacional a fim de neutralizar as informações negativas sobre a política indigenista brasileira que são levadas ao Exterior por entidades ligadas à questão indígena. O presidente da Funai, Romero Jucá, afirmou, após uma audiência com o Ministro das Relações Exteriores, Abreu Sodré, que não é justo que, com o objetivo de arrancar recursos junto ao estrangeiro, se deturpe a atuação do governo brasileiro com relação aos índios’. Segundo Jucá, o índio tem sido utilizado como ‘instrumento para garantir a sobrevivência financeira de entidades que, na maioria dos casos, pouco ou nada fazem pelo bem-estar efetivo dos grupos indígenas’. O que o governo brasileiro pretende, segundo Jucá, é colocar por terra ‘a ideia de que o índio brasileiro é massacrado, difundida no Exterior por grupos que têm o objetivo único e exclusivo de angariar receitas em moedas fortes’. Com ironia, o presidente da Funai disse que no Brasil ‘não há uma entidade que promova estas campanhas, porque o público brasileiro já tem um grau de consciência bastante elevado quanto ao tratamento que o governo vem dando à questão indígena”* (BRASIL quer neutralizar campanhas sobre índios. O Estado

Com a promulgação de novo Texto Constitucional, em 1988, os povos indígenas passaram a ter um diferente tratamento jurídico, reconhecendo-se seus direitos à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cabendo à União sua demarcação, proteção e respeito a todos os seus bens, conforme redação do art. 231. Já o art. 232 considera-os, bem como suas comunidades e organizações, partes legítimas para o ingresso em juízo em defesa de seus direitos e interesses, com intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo, pois que é sua função institucional (art. 129, V, da CF).

Sob esta ótica, abandona-se o ideal de integração como assimilação forçada dos indígenas à “sociedade nacional” e se reconhece sua condição como sujeitos de direitos. Ainda assim, a visão de transitoriedade dos indígenas prevaleceu, orientando-se o Estado à progressiva e harmônica integração dos índios.

Esta postura não é defensável do ponto de vista científico. Categorizar indígenas como primitivos e objetivar integrá-los à “sociedade nacional” são instrumentos conceituais que servem àqueles interesses de supremacia estatal e de manutenção da ordem constituída, mas nada explicam as diferenças existentes. Tais argumentos não se restringem à filosofia política ou à antropologia política: espriam-se para as outras ciências que são cooptadas a respaldar o poder político coercitivo e a instauração de um regime de desigualdades.

O direito – se encarado como fundamentador da existência do próprio Estado – reproduz estas noções etnocêntricas e é pensado e exercido como universalmente dotado das mesmas singulares características, sob pena de ter que reconhecer a multiplicidade de sistemas normativos que, inevitavelmente, convivem no espaço e no tempo. E o Direito Penal – como

de S. Paulo. Noticiário Geral. Terça-feira, 12.03.1988. [s/p.]. Fonte: Arquivo do Estado de São Paulo).

ciência jurídica concernente ao poder punitivo do Estado – não poderia apartar-se desta orientação, instituindo por vezes, em relação aos indígenas, uma penalidade civilizatória.

1.4 A penalidade civilizatória: hipótese de trabalho

Traçados os elementos que caracterizaram a política indigenista republicana brasileira como eminentemente integracionista (assimilacionista), até sua alteração com a Constituição Federal de 1988, propomo-nos empreender o estudo dos efeitos daquela nos arcabouços legislativo, doutrinário e jurisprudencial predominantes na atualidade.

Nosso objetivo é o de investigar em que termos essa ruptura conceitual representou uma reelaboração discursiva, no plano jurídico, sobre as relações interétnicas. Detemo-nos, particularmente, sobre a criminalização de indígenas (com especial relevo à criminalização secundária), pretendendo averiguar se a legislação e a dogmática penal sofreram alteração paradigmática.

Cabe-nos investigar se as agências de reprodução ideológica (doutrina jurídica), judiciais e policiais (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 60-61) acompanharam a dissolução do ideal integracionista, promovido pela Constituição Federal de 1988, e se renovaram seus instrumentos, de sorte a considerar os indígenas como sujeitos de direitos e não como objetos de uma tutela estatal ultrapassada.

Nossa hipótese é a de que, com poucas exceções, os discursos jurídico-penais contemporâneos sobre o tratamento a ser dispensado aos indígenas criminalizados não se alterou. Pelo contrário: explicita-se uma doutrina jurídica avessa à crítica de seus próprios construtos por meio de decisões judiciais omissas quanto à investigação ou elucidamento da identidade étnica dos investigados, acusados ou condenados e de seu impacto na análise dos elementos constituintes do delito (*lato senso*) imputado, notadamente relativos à tipicidade e à culpabilidade da conduta ilícita.

A criminalização de indígenas acaba por considerar, por vezes, realizado o ideal integracionista da legislação ordinária ou parte desta para definir os direitos submetidos a julgamento. Trata-se, assim, do exercício de uma penalidade civilizatória, isto é, de uma tática política etnocida de neutralização ou, mesmo, de supressão da diversidade étnica, que se faz presente no investigado ou acusado, por meio da comunicação de um discurso jurídico que afirma completo o seu processo de assimilação à “sociedade nacional”, com o consequente abandono do reconhecimento de seus direitos inerentes à temática penal ou de execução da pena.

Isso se evidencia pela omissão doutrinária e jurisprudencial acerca do tratamento jurídico-penal dos indígenas no que toca à sua culpabilidade. Majoritariamente, a doutrina penal os considera inimputáveis, seguindo entendimento da criminologia etiológica e referendada por **Nelson Hungria** (1958). Para tanto, basta que não se tenha concretizado a sua integração à sociedade, nos termos do Estatuto do Índio.¹⁹ A caracterização da responsabilidade penal dos indígenas, em geral, dispensa a produção de laudo antropológico,²⁰ sendo suficientes a utilização, domínio ou contato com a língua portuguesa,²¹ o exercício de

19. “Responsabilidade penal – Silvícola – Condição que por si só, não exclui a imputabilidade – Indígena já integrado e adaptado ao meio civilizado – Condenação mantida. A condição de silvícola, por si só, não exclui a imputabilidade, mormente se o agente é índio integrado e adaptado ao meio civilizado” (Revista dos Tribunais 694/364, 1993).
20. “Imputabilidade penal – Prova – Índio – Prescindibilidade de laudo antropológico e psicológico se comprovado inequivocamente que o indígena é completamente integrado na civilização, sendo fluente no idioma nacional, eleitor, habilitado para dirigir veículo, correntista de banco e empresário. Havendo prova inequívoca de ser o índio completamente integrado na civilização, fluente no idioma nacional, eleitor, habilitado para dirigir veículo, correntista de banco e empresário, pode o juiz prescindir de laudo antropológico ou psicológico para aferir a imputabilidade penal” (Revista dos Tribunais 775/489, 2000).
21. “Inimputabilidade – Inocorrência – Índio – Silvícola integrado à sociedade, inclusive alfabetizado – Impossibilidade de excluir-lhe a responsabilidade penal pela prática de ato delituoso. O índio integrado à sociedade, inclusive

trabalho remunerado e a posse de documentos públicos²² para afastar a consideração de seus direitos peculiares.²³

Mesmo a questão sobre a definição da competência²⁴ para julgamento dos crimes que envolvam indígenas, como vítimas ou acusados, é controversa, dificultando a resolução célere dos conflitos.

Este silêncio legislativo, doutrinário e jurisprudencial²⁵ legitima o exercício de um controle social, de uma intervenção

alfabetizado, não pode ser considerado inimputável, de molde a excluir sua responsabilidade penal pela prática de ato delituoso” (Revista dos Tribunais 797/642, 2002).

22. *“Interrogatório – Índio alfabetizado, eleitor, integrado à civilização e fluente no idioma nacional – Desnecessidade da presença de intérprete – Inteligência do art. 193 do CPP. A presença de intérprete no interrogatório é necessária somente nos casos em que o acusado não fale ou não compreenda a língua portuguesa, conforme dispõe o art. 193 do CPP, sendo, portanto, desnecessária sua presença se o réu for índio alfabetizado, eleitor, integrado à civilização e fluente no idioma nacional” (Revista dos Tribunais 694/539, 1993).*
23. *“Índio – Silvícola totalmente integrado à sociedade – Pretendida aplicação dos benefícios previstos no art. 56, caput, e par. ún., da Lei 6.001/1973 – Inadmissibilidade se a pena-base foi fixada no mínimo legal e o regime prisional somente poderá ser o integralmente fechado, por tratar-se de condenação por crime hediondo. Os benefícios previstos no art. 56, caput e par. ún., da Lei 6.001/1973 são destinados ao índio em fase de aculturação, razão pela qual não podem ser aplicados ao silvícola totalmente integrado à sociedade, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal e cujo regime prisional somente poderá ser o integralmente fechado, por tratar-se de condenação por crime hediondo” (Revista dos Tribunais 787/560, 2001).*
24. *“Competência – Infrações penais cometidas por ou contra índios – Julgamento afeto à Justiça federal. A Justiça estadual não está legitimada a conhecer das infrações penais cometidas por ou contra índios, cuja tutela, por ser de interesse da União, desloca a competência para a Justiça federal” (Revista dos Tribunais 746/647, 1997).*
25. Cabe aqui a crítica de Rosa del Olmo à criminologia etiológica produzida na América Latina, caracterizada por irrefletida importação das ideias europeias para controle dos “resistentes” à ordem econômico-social dominante. Segundo a autora, “[n]a América Latina (...), o silêncio histórico é a norma, respondendo ao característico mimetismo de suas classes dominantes. A imitação necessita a amnésia” (2004, p. 18) – indicando que o silêncio discursivo da criminologia tradicional hegemônica sobre a

estatal sobre indivíduos considerados “resistentes” à ordem hegemônica (OLMO, 2004, p. 22) e possibilita a atualização de uma criminalização feita sem a revisão de seu próprio conteúdo, pois que baseada em critérios racistas, etnocidas e estigmatizantes²⁶ contra os quais não caberia refutação jurídica, já que restariam comprovados por um saber científico de que a criminologia positivista se nutria.²⁷

Esta prática é própria da “racialização” das relações humanas ainda fundadas na distinção entre colonizadores e colonizados e que, segundo Anibal Quijano, provém da noção de raça, um construto moderno que “(...) *sin nada que ver con nada en la previa realidad [fue] generado para naturalizar las relaciones sociales de dominación producidas por la conquista, [y] se constituye en la piedra basal del nuevo sistema de dominación (...)*” (2014, p. 637).

A superficialidade da argumentação que criminaliza os indígenas a partir da definição de sua identidade étnica provém de uma criminologia etiológica que atribuiu a prática de crimes por índios “(...) *ao seu atraso e ignorância, segundo os ‘especialistas’ da época, em razão de características congênicas que os impediam de se superar, e não à exploração de que haviam sido objeto durante séculos*” (OLMO, 2004, p. 175).

realidade que pretende explicar é, já em si, uma tática de controle social, por negar-lhe a existência.

26. “*Se o racismo foi uma invenção da colonização, segundo Foucault, a partir do século XIX ele vira discurso científico. As teorias de Darwin, que em 1830 buscavam o elo perdido em nosso continente, naturalizavam a inferioridade, possibilitavam sua transposição para as ciências sociais como fez Spencer, inspirando o evolucionismo social. O conceito de degenerescência é fundamental para entendermos como nossa mestiçagem iria ocupar ‘naturalmente’ os andares inferiores na evolução humana*” (BATISTA, 2011, p. 42).
27. A criminologia etiológica ou positivista tem, segundo Alessandro Baratta, três principais vertentes europeias: a “Escola Social” alemã, com relevo para Franz Von Liszt; a “Escola Sociológica” francesa, de Gabriel Tarde e a “Escola Positiva” italiana, com destaque para Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo – em que o determinismo biopsicológico é apresentado como a causalidade do comportamento criminal (BARATTA, 2002, p. 32).

Tal entendimento não foi abandonado na atualidade, embora permaneça velado. Por meio dele, justifica-se a prática do crime a partir de falhas na formação do indivíduo e, logo, sua responsabilidade penal é feita de acordo com sua superação ou não.

Em resumo, conclui-se que os indígenas que houverem resistido ao processo de integração à sociedade terão sua responsabilidade penal afastada ou reduzida em razão de sua inimputabilidade (desenvolvimento mental incompleto ou retardado), ao passo que aqueles que apresentarem indícios de integração serão imputáveis.

“Passados mais de 30 anos do Estatuto do Índio a classificação – ‘isolado, em vias de integração ou integrado’ – ainda é presente na jurisprudência para reconhecer ao índio maior ou menor capacidade de entendimento e de autodeterminação [REsp 737.285/PB]. Muitas vezes é necessária a produção de exame antropológico, com estudo psicossocial, para aferir-se o grau de integração do indígena [HC 40.884/PR]. Não obstante há jurisprudência do STJ dizendo desnecessária a realização do exame na hipótese de índio ostensivamente integrado à ‘civilização’ [HC 30.113/MA]” (JUNQUEIRA e FULLER, 2010, p. 126-7).

Desse modo é que decisões judiciais genéricas e açodadas sobre a culpabilidade de indígenas, que os reconheçam penalmente responsáveis a partir da análise superficial de seu contato interétnico, são instrumentos políticos de neutralização ou supressão da diversidade étnica, pois sinalizam o sucesso da política integracionista e consequente desaparecimento de sujeitos que seriam marcados por falhas no processo de socialização. Segundo **Rosane Freire Lacerda**, *“o discurso da inimputabilidade dos indígenas no Brasil tanto é juridicamente equivocado quanto social e politicamente perverso. Desconectado de qualquer base legal, tem servido à perpetuação de discursos racistas que veem as práticas indígenas como fruto de uma ausência de capacidade mental. Sob este discurso esconde-se uma realidade crescente de processos criminais contra indígenas e a sua inclusão na população penitenciária, cujo sistema é reconhecidamente cruel e falido. É*

urgente que se dê visibilidade a esta realidade, não apenas para torná-la conhecida, mas principalmente para que seja radicalmente modificada” (apud CIMI, 2011, p. 23).

A integração (assimilação) dos índios, almejada na imposição do regime tutelar, é atualizada pela aplicação da pena (penalidade civilizatória), que simboliza, ainda que pela punição, que aquela foi finalmente realizada – partindo do “(...) positivismo [que] configurou, modelou o poder punitivo e suas racionalidades, programas e tecnologias governamentais na América Latina” (BATISTA, 2012, p. 47), não sem razão de ser:

“(...) As classes dominantes latino-americanas sentiam a necessidade de romper com o passado colonial espanhol [e português] e de encontrar alternativas para impor a ordem. Necessitavam de meios de controle distintos dos do passado, adequados à nova ideologia liberal. As ideias evolucionistas e raciais, tão em moda nessa época, eram a principal sustentação da antropologia criminal. Para as classes dominantes da América Latina, seria a melhor explicação para justificar o surgimento dos ‘resistentes’ à ‘ordem’, cumprindo assim esta nova ciência uma importante função ideológica, precisamente porque estes países eram formados por diferentes grupos raciais” (OLMO, 2004, p. 173).

Eis a razão pela qual pensamos que o discurso da criminologia etiológica ou positivista é, ainda, utilizado como instrumento político de contenção e repressão dos “resistentes” à ordem estabelecida, habilitando um poder verticalizador que é comum nas sociedades colonizadas, em que “(...) o poder punitivo ou repressor foi empregado para convertê-las em imensos campos de concentração para os nativos (dado que todos eram considerados biologicamente inferiores)” (ZAFFARONI, 2007, p. 46).

O discurso penal e criminológico sobre indígenas, de cariz positivista, os reduziu, por vezes, à condição de selvagens, justificando-se a necessidade de conversão, pela intervenção do Estado, dos mais rebeldes, então considerados como verdadeiros “inimigos” (idem, p. 47).

A criminalização de indígenas segundo tais critérios tem por suporte legislativo o Estatuto do Índio que, mesmo sem ter

sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, continua a autorizar o exercício de um poder punitivo etiológico, que considera os indígenas sob diversos graus de evolução, informados pelo contato interétnico, para reconhecer ou não seus direitos. Esta função não manifesta do Estatuto torna-o uma “*lei penal latente*” (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 89) e, “(...) *quando elas são reconhecidas, devem passar a fazer parte do objeto de interpretação do Direito Penal como saber jurídico, porque consubstanciam casos de criminalização indevidamente subtraídos dos limites do Direito Penal, que este deve recuperar para exercer sua função limitativa, ainda que seja apenas para proclamar sua inconstitucionalidade (...)*” (idem).

Segundo **Zaffaroni e Batista**, a interpretação do modelo punitivo adotado pelo Estado para a resolução de conflitos deve levar em consideração não só as “funções manifestas” (declaradas, públicas) atribuídas pelo poder estatal às instituições para o exercício desse poder de punir, como, também, as “funções latentes” ou “funções reais”, não expressas pela lei, que habilitam o exercício punitivo de modo muito mais incisivo e, portanto, devem ser submetidas a controle (idem, p. 88).

As agências políticas – compreendidas como “(...) *os parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos*” (idem, p. 60) – institucionalizam seu programa punitivo por meio de leis penais (criminalização primária) que contêm, assim, manifestamente aquela função. Mas, o conceito de lei penal deve ser ampliado, abrigo toda lei que, embora declaradamente não punitiva (como são as leis assistenciais e tutelares), habilita uma intervenção estatal cujos efeitos conduzem à redução de liberdades públicas e, logo, reforçam um Estado autoritário, apenas contido pelo modelo de Estado de Direito (idem, p. 90).

Adotamos, portanto, como marco epistemológico, a criminologia crítica, em razão de sua missão desmistificadora ou decodificadora do sistema penal ao “(...) *investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática*” (BATISTA, 2011, p.32).

Por criminologia crítica entende-se o conjunto de teorias da criminalidade e da reação penal que se oferecem como alternativas à hegemônica criminologia positivista, marcada pela explicação biopsicológica e causal dos comportamentos criminalizados. É “[o]pondo ao enfoque biopsicológico o enfoque macrossociológico, [que] a criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais (...)” (BARATTA, 2002, p. 160).

Nossa diretriz metodológica, dentro da criminologia crítica, é a criminologia da libertação (ou criminologia liberacionista), cujo propósito é o de empreender uma teoria crítica do controle social que se detenha “(...) sobre a realidade sociopolítica concreta do continente” (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 21) latino-americano, desvelando a influência de uma “ideologia ocultadora” (idem, p. 55) que serve à manutenção da ordem hegemônica segundo preceitos da criminologia etiológica produzida nos países europeus.

Ela promove uma “transmodernidade” (ELBERT, 2012, p. 113), na medida em que permite um “pensar descolonial” sobre as teorias críticas desenvolvidas como parâmetros da modernidade, tanto em **Marx** como na Escola Crítica frankfurtiana, com o objetivo de voltar-se “(...) a um pensamento crítico de fronteira, ao pretender descolonizar o saber e o ser, sem ver uma ruptura epistêmica no sentido de Foucault, ou em uma mudança paradigmática no sentido de Kuhn” (idem).

Além disso, a criminologia da libertação exerce um papel transformador – e não reprodutor – da realidade analisada, pois, conforme **Lola Aniyar de Castro**, “[s]e a auto-reflexão é esclarecedora, porque transforma em transparência a opacidade do discurso ideológico necessário para legitimar o sistema, e essa transparência destrói, por sua vez, a opressão, então a prática teórica é transformadora e emancipadora” (2005, p. 62). Transformação que se volta à desconstituição do saber colonial, proveniente de uma importação acrítica da visão eurocêntrica, e que engendra relações desiguais e de exploração. Mesmo porque, conforme

Carlos Alberto Elbert, “[a] lógica colonial vem a ser, então, um padrão de poder colonial, sendo preciso, para romper com ele, gerar uma ruptura epistêmico-espacial, mediante uma epistemologia localizada, que habite a memória, a língua e os costumes locais, ou seja, um ‘ser onde se pensa’” (2012, p. 112-113).

Entendemos, assim, que desvelar a função latente de criminalização de indígenas (por essência etnocida e racista), desempenhada pela legislação indigenista vigente, pela dogmática e jurisprudência penais majoritárias contribui para a sua superação e acena à possibilidade de construção de alternativas que sejam consentâneas ao respeito à diversidade étnica e à condição de sujeitos de direitos que constitucionalmente se asseguram aos povos indígenas e seus membros. Destacamos, para a realização deste trabalho, três elementos constituintes desta metodologia crítica:

a) a problematização do objeto de estudo conforme suas circunstâncias históricas e sociais, analisando as fontes doutrinárias e normativas que desempenham papel central na criminalização de indígenas;

b) o exercício de uma “compreensão intuitiva” e não de uma “racionalidade tecnocrática”, de sorte a se poder analisar o controle social segundo seus propósitos não revelados e, por fim;

c) o comprometimento com uma “prática teórica transformadora”, que seja conscientizadora da dominação exercida pelas formas implícitas de controle social e, pois, libertadora (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 62-63).

“Libertação das estruturas exploradoras; especialmente, mas não exclusivamente, através de uma libertação da ocultação das relações de poder e do funcionamento mascarado dos interesses. Libertação do discurso educativo, religioso, artístico, jurídico e criminológico, vinculados àquelas relações de poder. Libertação da razão tecnológica que contrabandeia para nossos países um conceito artificial de desenvolvimento. Tudo isso em benefício do valorativo, em função do homem e de sua expansão material e espiritual ao mesmo tempo” (idem, p. 110).

Guiados por tais diretrizes, passaremos à análise dos discursos criminológicos e dogmático-penais sobre indígenas, produzidos pelas agências de reprodução ideológica e que são o suporte de decisões judiciais sobre o tema, com a finalidade de averiguar se tais agências alteraram seu arcabouço conceitual ou se mantiveram inalterado o paradigma de explicação causal da criminologia etiológica ou positivista.

2

O Direito Penal (e o) Indígena

2.1 Direito penal indígena

A busca por critérios de universalização do direito (compreendido em seu viés positivado como a organização sistêmica de normas escritas, elaboradas por um poder constituído, dotadas de coercibilidade e de caráter abstrato e generalizante) sucumbe às diversas manifestações políticas e de organização social que, interna e externamente, concorrem à realidade do Estado.

Embora não constituam mônadas, dado seu interrelacionamento, as diversas manifestações do político e jurídico se apresentam como autossuficientes, à medida que se bastam em si para refletir a noção de jurídico dos grupos aos quais se vinculam.

Afinal, “[d]ireito (ius, droit, Recht, Law, pravo) é uma noção que não tem correspondente preciso em todas as culturas. A sharia islâmica, o fa da tradição chinesa, o dharma indiano não coincidem totalmente com o ‘direito’. Devemos, portanto, saber da presença não universal da categoria ocidental ‘direito’” (SACCO, 2013, p. 10).

Mesmo porque, como ensina **José Eduardo Faria**, “[a] percepção da lei como objeto único do fenômeno jurídico nada mais é do que um reducionismo vinculado a uma tradição ideológica

identificável com a consolidação do Estado liberal” (apud BATISTA, 2013, p. 56).

O pluralismo jurídico é uma realidade da qual o jurista não pode prescindir, considerando-se que a realidade estatista e legalista do direito não é universal, nem a única vigente para a regulamentação das relações múltiplas na sociedade. Opõe-se, portanto, ao monismo, na medida em que o pluralismo, reconhecendo a diversidade, representa a “(...) existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si” (WOLKMER, 2001, p. 171-172).

Por essa razão, “[o] pluralismo jurídico focaliza sua atenção nos subgrupos sociais, na interação entre a ordem das comunidades locais e a ordem normativa superior, nos tratamentos diversificados dos conflitos que se apresentam no interior do grupo restrito e daqueles que ocorrem entre grupos diversos; contrapõe o direito oficial e o não oficial e toma como alvo a identificação do direito com o Estado” (SACCO, 2013, p. 94).

Sem a pretensão, entretanto, de proceder ao estudo das diversas organizações sociais dos povos indígenas no Brasil, analisaremos o Direito Penal indígena, tal como descrito pela doutrina jurídica, com o intuito de desvelar os argumentos centrais que sustentam, simultaneamente, a inaplicabilidade de suas normas pelo Poder Judiciário e a ideia de inferioridade dos indígenas.

Procedendo à comparação²⁸ entre as normas produzidas pela sociedade estatal e aquelas decorrentes da organização das sociedades indígenas, diversos juristas brasileiros enxergaram

28. Rodolfo Sacco diferencia a antropologia jurídica do método de comparação jurídica. Segundo o autor, embora ambas tenham um mesmo objeto, diferem pelo fato de que aquela ciência estuda o homem em sua diversidade para conhecê-lo em sua totalidade, ao passo que o jurista, como intérprete, avalia entre as culturas comparadas o que é benéfico ser ou não mantido para o direito de sua própria localidade (SACCO, 2013, p. 17).

nas etnologias produzidas em fins dos séculos XVIII e XIX um compêndio de regras às quais seria possível reportar-se como formadoras de um Direito Penal indígena. Analisado segundo os critérios do dogmatismo jurídico, é ele reconhecido quase unanimemente como pouco influente na definição dos contornos das normas penais do Estado, embora se lhe atribua o mérito de descrever características que seriam comuns a todos os povos indígenas, vinculadas a seu suposto primitivismo.

Assim é que, analisando as legislações penais que precederam o Código Penal de 1940, **Osman Loureiro** escreveu que, ainda que se pudesse reconhecer na organização dos indígenas preceitos de um direito público e direito internacional, a influência destas normas não teria sobrevivido “(...) *ao toque do direito metropolitano. Este, como já se tem dito, desbancou por completo as instituições dos autóctones, de modo a que dos costumes jurídicos dos brasis não restaram vestígios incrustados na legislação pátria*” (1955, p. 8). Nesse sentido, **E. Magalhães Noronha**: “*É intuitivo que as práticas punitivas dos homens, que aqui habitavam, em nada podiam influir sobre a legislação que nos regeia, após o descobrimento*” (1959, p. 76).

Para **Francisco de Assis Toledo**, “[o] *Direito Penal dos povos indígenas, nas terras brasileiras, na época do descobrimento (século XVI), era tão primitivo e rudimentar quanto a formação cultural dos aborígenes que habitavam esta parte do continente americano*” (2010, p. 55). **Júlio Fabbrini Mirabete** reporta-se à noção de evolução dos indígenas para rejeitar a influência de seu direito. Para o autor, “[q]uando se processou a colonização do Brasil, embora as tribos aqui existentes apresentassem diferentes estágios de evolução, as ideias de Direito Penal que podem ser atribuídas aos indígenas estavam ligadas ao direito costumeiro, encontrando-se nele a vingança privada, a vingança coletiva e o talião” (MIRABETE, 2003, p. 42).

Álvaro Mayrink Costa reforça esse quadro de primitivismo dos indígenas, ao afirmar que “[n]o Brasil, a incultura do povo nativo, a falta de governantes e de justiça organizada o mantiveram nos primeiros degraus em matéria repressiva” (2009, p. 259). Esse também é o entendimento de **José Henrique Pierangeli**, para

quem “(...) o *Direito Penal indígena, pelo seu primitivismo, em nenhum momento chegou a influir no desenvolvimento do nosso Direito Penal*” (2004, p. 44), e de **José Honório Rodrigues**, para quem a “suavidade brasileira na punição do crime de furto” não deve referir-se à influência dos ameríndios sobre o europeu, considerando que aqueles puniam os crimes contra a propriedade individual com maior rigor do que puniam os crimes contra a vida. “*Por isso também é que se diz, com acerto, que reinava no sertão muito maior respeito pela propriedade do que pela vida humana. Ladrão era e ainda é hoje o mais afrontoso dos epítetos*” (RODRIGUES, 1969, p. 158).

Nem todos relegaram o Direito Penal indígena a este estado de inferioridade. Para **Rodrigo Otávio**, por exemplo, não é possível dizer que os indígenas seiscentistas não conheciam lei. Prova-o a existência de rituais em tempos de paz e guerra, como batismos, casamentos, celebrações fúnebres, punição e aprisionamento de inimigos, sob condução de lideranças incontestes (“morubixabas”) – de sorte que “[d]epois desse conjunto de tradições e costumes, não se poderá dizer que os selvagens não possuísem, mesmo em estado de esboço, um sistema jurídico (...)” (OTÁVIO, 1946, p. 29). Mesma opinião tinha **Roberto Lyra**, que, em compêndio de textos sobre os costumes indígenas, concluiu “(...) que os índios, sobretudo as tribos mais adiantadas, como os tupis, tinham nos costumes a nítida imagem de um Direito Penal e de um direito judiciário penal e que até o perdão e a assistência aos menores abandonados esboçaram-se nessas sociedades” (apud SOUZA FILHO, 1992, p. 136).

Contudo, a maioria da doutrina jurídica considera o Direito Penal indígena como produto de uma organização social ínfima e precária. Mesmo baseando-se na suposta inferioridade intelectual dos indígenas no Brasil, **Pierangelli** afirmou que “(...) o direito, como um todo, e também o Direito Penal, era encontrável na consciência dos índios, e que, forjado nos costumes e tradições, era sempre religiosamente respeitado” (2004, p. 42). Por esta razão, a coação da pena era despicienda: a liberdade de atuação do indígena não encontrava como limite a repressão de uma pena,

pois na medida em que, com seus atos, lesasse interesse alheio, ver-se-ia entregue à sorte determinada pelo ofendido ou seria banido do grupo, a depender da gravidade da sua conduta. Os crimes mais graves, ainda conforme **Pierangelli**, eram o homicídio, as lesões corporais, o furto, o rapto (sequestro com fins libidinosos), o adultério da mulher e a deserção (idem). Por outro lado, a prática do aborto era costumeira e os crimes patrimoniais não assumiam grande importância (idem, p. 43).

Os autores, em geral, ao se debruçarem sobre o Direito Penal indígena, encontram por norte as considerações de **João Bernardino Gonzaga**, em monografia voltada à investigação da penalidade nas sociedades indígenas à época da invasão das terras brasileiras, no século XVI.

Na obra de **João Bernardino Gonzaga**, intitulada *O Direito Penal indígena – à época do descobrimento do Brasil*, o autor parte da noção de que o direito está (como sempre esteve) presente em todo agrupamento humano, daí que se propõe a investigar a penalidade dos povos indígenas a partir de relatos de viajantes, missionários e colonizadores nos séculos XVI e XVII, quando da colonização das terras brasileiras.

Aponta como dificuldades para o desenvolvimento do tema o fato de serem os indígenas “incultos” (pois que não teriam deixado documentos que descrevessem suas próprias leis), bem como a presença de um “imenso desnível” entre as civilizações comparadas, tanto que os indígenas brasileiros não teriam influenciado o direito de seus conquistadores (GONZAGA, s.d., p. 12).

Outra dificuldade por **Gonzaga** apontada é também a multiplicidade de povos indígenas e, logo, a variação de seus regramentos e costumes. Ainda assim, apoiando-se em **Martius**,²⁹ fala em “nação tupi” e “sociedades menores” – os

29. Em uma nota de rodapé, após reconhecer que já a etnologia desenvolvida a seu tempo vedava toda generalização, afirmou Gonzaga que há certos pontos comuns a todos os grupos que permitiriam “razoável generalização” (s.d., p. 14). Baseia-se numa observação feita

“tapuias”, decidindo-se por basear seu Direito Penal indígena quanto às informações sobre o primeiro grupo.

Assim, dispensa a análise detida de peculiaridades de cada população e cultura por não a entender possível sequer necessária. Chega a duvidar da veracidade de suas fontes de estudo, pois que os cronistas teriam sido viajantes de ligeiro contato com os povos indígenas descritos, além de que não teriam se preocupado em compreender as diferenças nos costumes cotejados, mas em anotar “curiosidades”. Esta modificação da “*disposição de espírito*” (idem, p. 15) de um autor para outro, faria com que muito se soubesse sobre aspectos da vida material e religiosa dos habitantes originários e muito pouco sobre a organização social dos tupis e tapuias.

Diante desse quadro que o autor reconhece como “*fragmentário e incompleto*” (idem), **Gonzaga** cita **João Ribeiro** e **Gilberto Freyre** para complementar seu estudo. Sendo “*gente da mais ínfima civilização*” (RIBEIRO, 1935, p. 49), os “tupis” estavam imersos num “*profundo atraso*” (GONZAGA, s.d., p. 18), o que justificava designá-los como “(...) *uma das populações mais rasteiras do Continente*” (FREYRE, 1969, p. 126), estando ainda atrás deles muitos outros grupos que se encontravam em estágio “*inferior ao da maior parte das áreas de cultura africana*”, de onde – completa **Gonzaga** – foram importados escravos ao Brasil (idem, *ibidem*).

por Martius quanto à imensa variabilidade de povos e seus costumes e que se transcreve por completo a seguir: “*Encontramos no Brasil uma população indígena pouco numerosa e irregularmente distribuída, de aspecto physico, temperamento, inclinação moral, costumes e modo de vida mais ou menos idênticos, mas que, em suas línguas, apresenta uma diversidade effectivamente surpreendente. Não só grupos maiores e estensas tribus destes selvagens se assimilham na língua ou se approximam nos dialectos mas, muitas vezes, uma língua é limitada a poucos indivíduos apparentados, sendo uma verdadeira instituição familiar que isola áquelles que a uzam de todos os outros povos, próximos ou distantes, e isso tão completamente, que exclue toda a possibilidade de uma comprehensão recíproca por seu intermédio*” (MARTIUS, [1938?], p. 20).

Dessa sorte, diz o autor, entre os indígenas brasileiros “(...) *jamais houve a estabilidade que é uma das condições propiciadoras do progresso*” e, vivendo “(...) em plena idade da pedra lascada”, com economia de subsistência, “(...) *nessa ‘cultura de floresta tropical’, estagnada e vegetativa, não se vislumbra nenhum dinamismo, nenhuma semente de progresso, que justifique falar-se em autêntica organização jurídico-social*” (idem, p. 19). Marcados pelo nomadismo – um “(...) *permanente deambular sem rumo, uma vida instável, um eterno render-se à natureza, em vez de procurar dominá-la*” (idem, p. 18) – os povos indígenas careceriam também de governo e chefia (só presente nas situações de guerra, não de paz).

Gonzaga reconhece que os grupos estudados, tal como vistos pelos cronistas, podem ter tido suas peculiaridades exageradas, a ponto de serem sufocadas suas “qualidades” – mas, conclui, “(...) *em nada impede reconhecer que o seu grau de cultura era baixíssimo*” (idem, p. 20). Sequer poderiam ser comparados aos antigos germanos, pois que estes tinham governo e tribunais constituídos por assembleias de homens livres, bem como demonstravam possuir “forças do progresso” como resultado da impregnação da civilização romana, enquanto que os “[n]ossos indígenas, ao revés, *jamais se mostraram aptos para trilhar igual evolução*” (idem).

Certo de que não seria possível apontar coesão na organização jurídico-social dos indígenas, o autor refutou também a posição defendida por **Roberto Lyra** (quanto à possibilidade de se falar não só em direito indígena como também em subdivisões deste – em Direito Penal, Direito Internacional, Direito Penal Militar e Direito Judiciário Penal).³⁰ Para **Gonzaga**, “[n]a verdade, *essas fontes não revelam a instituição de órgãos judiciários, nem a existência de um direito como conjunto de normas, ainda que orais e consuetudinárias, racionalmente*

30. Roberto Lyra considera, aliás, que “[a]s normas consuetudinárias dos índios eram mais humanas do que as normas escritas dos colonizadores” (LYRA, 1977, p. 35).

organizadas e impostas metodicamente por um Poder superior, para assegurar a justiça e a disciplina social. O que encontramos, mais modestamente, são meros costumes, tradições oralmente conservadas, em geral de natureza mística; e simples regras de convivência, fruto das necessidades naturais, como forçosamente tem de existir em todo agregado humano” (idem, p. 21).

Ainda assim, seria possível apontar como que uma incipiente organização político-social dos tupis, sempre tendo em conta o quanto nos relataram os cronistas: distribuída a “nação tupi” em aldeias ou tabas, suas habitações coletivas (malocas) presenciariam a maioria dos atos públicos da comunidade, ocorrentes no “terreiro” em que se localizavam. Nelas, a família, comandada pelo marido, ocuparia a posição maior da hierarquia de poder. Outras personalidades teriam também destaque: o “principal” da maloca; o “cacique” ou “morubixaba”, como chefe da comunidade; o líder guerreiro; a influência dos mais velhos; o “pajé”, simultaneamente curandeiro e líder religioso. Porém, para **Gonzaga**, “[o] regime igualitário em que viviam os indígenas era outro obstáculo à formação de um tribunal investido de tais poderes” (idem, p. 32), referindo-se aos exercidos com função judicial nas comunidades.

O que contribuía para a manutenção da ordem social – que, como reconhece o autor, “(...) *independia da presença de órgãos governamentais e judiciários*” (idem, p. 37) – era não só o estreito círculo de convivência do indivíduo com toda a coletividade como também o “ultra-conservadorismo” destas sociedades, apegadas às tradições e obedientes aos ensinamentos de seus antecessores. Soma-se, ainda, seu misticismo acentuado, pois que “[s]em possibilidade de compreender a tessitura causal que entrelaça os fenômenos da natureza, preso a superstições, [o indígena] não dispunha de meios para discernir qualquer diferença entre o plano natural e o sobrenatural, que se confundiam na sua mente” (idem, p. 42) – o que revelaria ser ele “um homem mentalmente atormentado” (idem).

Apesar disto – prosseguirá o autor – a ausência de “fatores criminógenos” nesses povos é uma constante nos relatos dos

cronistas, justificável pelo conservadorismo extremado e pelas condições materiais de existência.

“De fato, dentro da nossa concepção de valores individuais e sociais, – que crimes esperar de gente que desconhecia o dinheiro, que se contentava com o estritamente necessário para uma subsistência frugal, em que não havia patrimônios particulares, mas em que os bens de consumo eram igualmente partilhados, em que a totalidade das pessoas estava nivelada por idêntica simplicidade; cuja vida afetiva se unia no matrimônio por laços tão frágeis e que não tinha noção de pudor; que crimes esperar de homens sem nenhuma ambição, nenhuma paixão, se não a da glória à custa do inimigo comum?” (idem, p. 48).

Diante desta descrição fragmentária de seu objeto de estudo, o autor antecipa-se a responder a dúvida sobre o que permitiria apontar, então, a ocorrência de um Direito Penal indígena nestas sociedades consideradas precárias. E a resposta estaria na própria rudeza.

Segundo **Gonzaga**, “(...) devido à pobreza dos seus esquemas de relações pessoais, uns poucos costumes se revelam suficientes para disciplinar a vida do agregado. São tradições, convencionalismos, tabus, que têm como pano de fundo concepções místicas” (idem, p. 56). Estes regramentos (“mores”) impregnam a consciência da coletividade, “(...) aos quais todos prestam natural e inconsciente obediência” (idem) e dispensam o estabelecimento de regras sobre a ordenação da vida social em tempos de paz, sendo exceções as regras que visam punir aqueles que transgridem tais convencionalismos.

O momento da infração seria o único que suscitaria uma reação do grupo – e, logo, a punição seria, para o autor, o fato histórico representativo dos “primeiros rudimentos de atividade jurídica” (idem, p. 57). Eis a essência do Direito Penal indígena.

Esse direito, no entanto, não poderia ser compreendido como um sistema, ao menos não como concebemos um: para o autor, o indígena careceria de logicidade em suas conclusões, sendo sempre orientado por uma mente “mística e pré-lógica”, em que as “forças ocultas” definiriam seu pensar, sentir e agir.

Distante de compreender a lei da causalidade, o indígena veria na causa apenas uma “ocasião” daquelas “forças”, não sua razão (idem, p. 65), em decorrência de seu modo de vida integrado à natureza.

“(...) Assim, quando algum mais dotado procede a sistematizações e a novas descobertas nesse campo, encontra fácil receptividade por parte dos demais. O que inegavelmente falta, entretanto, é igual vocação e a mesma receptividade para as construções lógico-abstratas, que constituem o alicerce do pensamento jurídico. Esse o motivo do profundo atraso em que se acham todas as instituições primitivas que dependam a priori de tal tipo de raciocínio. E, quando consegue algum povo alçar-se nesse domínio, aí está um sinal seguro de que começa a emergir do estado bruto” (idem, p. 67-68).

O autor não chega a sobrepor “ciência” à “magia”. Compreende-as como modos distintos de ordenação da realidade circundante, variável pelos moldes culturais e por “duas estruturas de pensamento” também diversas. Os guiados pela “magia” apenas denotariam em suas conclusões a afetividade que possuiriam em relação a tudo no universo, concebendo-o não por relações causais, mas por um jogo de imagem e semelhança de seus sentimentos com ocorrências externas – promovendo o fenômeno de “espiritualização de toda a natureza”. Diz **Gonzaga**:

“O ponto de partida da cultura primitiva está, pois, nessa afetividade, sobre a qual entretanto repousa um raciocínio que se desdobra coerentemente. As conclusões que tira são logicamente válidas. As premissas de que partem é que se revelam falsas” (idem, p. 72).

Os tabus teriam também influência decisiva na formulação dos “mores” e na aplicação das sanções e, desse modo, os tupis trabalhariam com “tipos criminais completamente abertos”, pois, como afirmava **Gonzaga**, nas sociedades indígenas *“(...) será delituosa qualquer ação que, eventualmente, se reputar responsável pelo desencadeamento das forças mágicas”* (idem, p. 81), independentemente da observância da lei de causalidade que, para o autor, constituiria o cerne do pensamento jurídico.

Gonzaga ressaltava ainda a “insensibilidade física e moral” dos indígenas (vista em rituais de iniciação espiritual, descritos como ferozes pelos cronistas) como traço de sua personalidade criminosa, secundando as observações de **Lombroso** (idem, p. 83).

Sendo “*grosseiros e estóicos*” (idem, p. 84), os indígenas apresentariam esta característica por sua conformidade ao misticismo, que impor a negação de toda sensação de infelicidade aos seus seguidores – já que a infelicidade, nesses grupos, desqualificaria moralmente o sofredor que, logo, aceitaria em silêncio o seu castigo. Tais descrições representariam nada mais que a primeira etapa da “*evolução do conceito de responsabilidade penal*”.

Para **Gonzaga**, só se justifica a aplicação da lei penal quando são somados os seguintes requisitos: (a) “imputabilidade” (concebida como a exigência de pessoa mentalmente capaz de ser sancionada); (b) “causalidade física” (compreendida como o nexo entre a conduta livre do agente e o fato a ser reprimido) e, por fim, (c) “causalidade psíquica” (entendida como a projeção de uma atitude espiritual do agente, por dolo ou culpa, num evento delituoso, o que autor define como “culpabilidade”) (idem, p. 95).

O Direito Penal construído sobre tais alicerces abrigaria em si o “princípio da personalidade da responsabilidade criminal”, já que não puniria todo e qualquer evento lesivo à tessitura social, mas tão somente aqueles causados intencionalmente por um agente ou por sua negligência, imprudência ou imperícia. Além do mais, sua aplicação não se daria por critérios subjetivistas, dado que a um poder sancionador seria atribuída a tarefa de fazê-lo efetivo.

O Direito Penal indígena, por sua vez, seria confundido com a vingança privada, traduzindo o “princípio da responsabilidade objetiva”, de feição coletiva, em que pouco importam a participação da vontade do agente, mas sua presença na ocasião dos fatos. Isto, para **Gonzaga**, ressoa no senso comum, inclinado à responsabilização criminal a todo custo daqueles que ocasionam um fato delituoso, ainda que sequer culposamente. Esta vingança privada “(...) *pode persistir e teve aceitação popular*

porque representava também a sobrevivência de formas arcaicas de reação contra o crime, profundamente enraizadas em imemoriais costumes e nos instintos humanos” (idem, p. 97).

Por fim, também se pode enxergar o primitivismo do Direito Penal indígena nas punições passadas a faltas de caráter religioso ou divinatório, como aquelas descritas pelas Ordenações Filipinas quanto aos crimes de lesa-majestade. Conclui **Gonzaga**: “Assim, será remontando à mentalidade primitiva, onde se vão encontrar as matrizes das quais se originaram essas concepções, que compreenderemos muita coisa do que se passou com o Direito Penal em sua longa trajetória” (idem, p. 98).

Feito o apanhado geral do conteúdo da obra de **Gonzaga**, passamos aos seus alicerces e alcance, tendo em vista seu aproveitamento por outros autores.

O primeiro ponto a ser considerado é o de que, embora o autor coteje ao longo de sua pesquisa as informações sobre a organização social dos povos indígenas no Brasil, colhidas de crônicas seiscentistas e setecentistas, com fontes então mais recentes de etnologia e etnografia, a escolha do âmbito temporal de estudo (séculos de invasão e colonização territorial) como basilar para o desenvolvimento de sua pesquisa faz ressaltar a ideia de que os povos indígenas não são sujeitos históricos.

Isto porque, na visão de **Gonzaga**, seriam eles povos remanescentes e que, portanto, continuariam a reproduzir a vida de seus antepassados sem alterações. Os indígenas teriam parado no tempo. Operariam sempre um *modus vivendi* estacionário, o que se reforça pelo persistente critério de taxonomia dos povos indígenas como componentes de graus inferiores da civilização e divididos em dois grandes grupos – tupis e tapuias – desmentidos pela etnologia contemporânea.

A história seria marcada pelo progresso e evolução retilínea, ascendente, posta em marcha pela civilidade europeia ocidental e desconhecida do primitivismo marcante nestes povos originários, despossuídos das “forças de progresso”. Eis a mesma orientação de **Pierangelli**, que em suas considerações refere-se sempre aos indígenas no passado de nossa história.

Em segundo lugar – e apenas como uma prolongação da tese anterior – chega o autor a concluir que não se poderia falar propriamente em direito entre os indígenas, pois que na sua organização social o elemento de poder político restaria ausente. Ou melhor: a coercibilidade, aí confundida com a natureza do poder, estaria ausente nos escritos de cronistas. Esta identificação primeira entre poder e coerção é o que, aliás, determina a caracterização destas sociedades como apolíticas: sem chefia, sem governo, sem Estado (desdobramentos do velho mote “sem fé, sem lei, sem rei”).

Evoluídas e civilizadas seriam as sociedades com chefia, com leis, com Estado, com economia de produção (excedente) e consumo – sociedades, enfim, distantes de um estágio primitivo (primeiro) de indistinção entre os homens, iguais pela ausência de poder coercitivo e pela inexistência de uma economia de mercado. Definidas pela negatividade (mesmo quando se diz que possuem economia de subsistência, dada sempre como precária e rudimentar, nunca como o que significa em si – economia do suficiente), as sociedades indígenas são encaradas como atrasadas na evolução humana – determinada, ao contrário, por aquelas positivamente.

Para **Gonzaga**, o direito seria o conjunto de normas escritas, orais ou consuetudinárias, organizadas racional e metodicamente, e aplicadas por um poder central com o fim de assegurar a justiça e a disciplina social (idem, p. 21).

Afirma, ao longo do estudo, haver nas sociedades indígenas regras, costumes e tradições que mantinham coeso o grupo (os “mores”). Por igual modo, reconhece-lhes a logicidade de suas construções – ainda que baseadas, a seu ver, em premissas errôneas, dadas pelo misticismo. Por fim, conclui que “[o] *Direito assim constituído será forçosamente esquemático, nebuloso, mas nem por isso deixa de representar um instrumento de conservação da ordem pública*” (idem, p. 123). O Direito Penal indígena apresenta, portanto, todos os elementos que outrora o autor reconheceu como indispensáveis para a configuração do direito: estão presentes normas consuetudinárias, organizadas racional

e metodicamente, que asseguram a justiça e disciplina social. Falta-lhe, entretanto, um elemento central: a coerção.

É possível concluir, portanto, que, para o autor, o que afasta deste direito o seu caráter de racionalidade é justamente a ausência de um poder coercitivo que o aplique perenemente, em tempos de guerra e de paz, desconsiderando que a hierarquização entre os membros, assegurada por um poder coercitivo dissociado do corpo social, não estava presente no cotidiano das sociedades indígenas, mas tão só em períodos de turbulência, em que a sobrevivência do grupo se arriscava.

Eis a razão pela qual **Gonzaga** chega a afirmar que “[o] regime igualitário em que viviam os indígenas era outro obstáculo à formação de um tribunal investido de tais poderes” (idem, p. 32). A coercibilidade é, portanto, a nota distintiva do direito, na visão do autor. Ao passo que reconhecia a existência nas sociedades indígenas de regras consuetudinárias (ainda que “místicas”), negava sua configuração como propriamente jurídicas, em decorrência da inexistência formal daquele poder-coerção como núcleo irradiador da ordem.

Afinal, para o autor, “[n]ão cabe estranhar a ausência de governantes entre os nossos silvícolas, por ser isso freqüente nos povos que se situam em baixos níveis de civilização” (idem, p. 22). Um argumento tautológico: os povos indígenas compõem os “baixos níveis de civilização” por não terem governo próprio que os comande. E não o têm justamente por ocuparem os “baixos níveis de civilização”.

O primitivismo de seu Direito Penal indígena restaria comprovado pela própria evolução social, e que vincularia todos os povos, tendo por ponto máximo de progresso a concentração do poder de punição num órgão central. Assim:

“O que varia é o modo de realizar-se a vingança. Se, num primeiro momento, permanece em larga margem entregue à discrição da vítima, o progresso neste terreno consiste em restringir-se cada vez mais a liberdade com que é exercida: na medida em que se aperfeiçoa a organização coletiva, da anárquica vingança privada, emotiva e gerador de excessos, o aparecimento de um Poder central

leva para a composição pecuniária; opõem-se limites à intensidade da reação, indicam-se aqueles que poderão sofrê-la; e chega-se afinal à substituição da vingança pela pena, a cargo exclusivamente do Poder Público” (idem, p. 123).

Desta forma, o Direito Penal indígena, dada a falta de um poder central que o aplique e de uma organização judiciária institucionalizada, é, para **Gonzaga**, o quadro da primeira etapa evolutiva dos sistemas punitivos em geral e resultado de povos que se “(...) *mantiveram nos primeiros degraus em matéria repressiva. As idéias fundamentais por que se regia o indígena a esse respeito são facilmente perceptíveis, porque coincidentes com as do seu estágio de civilização*” (idem, p. 123-124).

Significa dizer, por outro lado, que segundo uma interpretação de evolução da sociedade, o progresso da humanidade civilizada estaria assentado na dissociação do poder político do corpo social, sendo entregue ao Estado como o único detentor do poder de punir. São conclusões, pois, etnocêntricas e etnocidas as que marcam o lugar das sociedades indígenas sempre abaixo da civilização europeia; são elas sempre inferiores, sempre atrasadas. Esta inferioridade sobreviria, entretanto, não somente de sua organização político-social. Esta, aliás, seria o reflexo de outro fenômeno: a inferior constituição biopsíquica dos seus membros.

Ao ingressar propriamente no estudo do que entende por Direito Penal indígena, **Gonzaga** se detém sobre a constituição psíquica dos membros daquela “nação tupi” e, em termos gerais, dos indígenas, marcados por uma “mentalidade primitiva”, “atormentada”, “mística e pré-lógica”. Tais qualidades é que impediriam a ascensão desses grupos a um nível maior de civilidade, pois as construções lógico-abstratas constituiriam o “alicerce do pensamento jurídico”. Sem estas, os indígenas estariam fadados a permanecer num grau inferior, exceto quando um ou outro indivíduo, mais “dotado”, percebesse relações causais na Natureza e as passasse aos conterrâneos – ocasião em que encontraria neles “fácil receptividade” de suas ideias.

“Exatamente porque não conseguiram levar avante qualquer reflexão lógico-abstrata, permaneceram em estado de embrutecimento, suas necessidades se conservaram muito limitadas, jamais progrediram. A economia manteve-se paupérrima, imediatista, de mera subsistência. A tecnologia, extremamente rudimentar. A lavoura, diz Thevet, ‘é fruto apenas do suor e esforço puramente humano’” (idem, p. 70).

Mesmo assim, faltaria sempre o essencial nestas sistematizações indígenas: a logicidade e abstração em seus raciocínios. Embora o autor não tivesse sobreposto “ciência” à “magia”, afirmou que as premissas da segunda seriam falsas e aí o engano dos indígenas que por elas se guiariam. *“E quando consegue algum povo alçar-se nesse domínio [o de logicidade e abstração], aí está um sinal seguro de que começa a emergir do estado bruto” (idem, p. 68).*

Chega o autor a afirmar que se a tortura, entre os indígenas, tivesse sido descrita pelos cronistas como mecanismo de investigação, serviria como um paradoxal exemplo daquela ascensão da “mentalidade primitiva”, pois estaria próxima de um sistema inquisitorial que é, ao menos, pautado ideologicamente por uma busca à verdade causal (idem, p. 128).

Sem que o tivesse acatado em aberto, o argumento de rebaixamento da condição humana dos indígenas seria reforçado nas suas conclusões finais. Nelas se pode apreender a negação de alterabilidade de uma natureza do indígena, identificada com um primitivismo insuperável.

“Homem que vivia em mundo quase inteiramente diferente do nosso. Com valores que hoje não compreendemos. Com sentimentos, raciocínios, necessidades muito diversos dos que atualmente existem. E que, de conseguinte, se desfigura quando lhe vestem trajes de civilizado. É lá no seu meio natural, no seu ambiente físico, na sua formação espiritual, que o iremos encontrar como ele era realmente. Para estudá-lo, em suma, não podemos obrigar o índio a vir até nós. Devemos sair-lhe ao encontro; e somente então conseguiremos, quiçá, desvendar o sentido, a alma, as razões do seu direito, distanciado do nosso por muitos séculos de progresso” (idem, p. 165-166).

Como não podia prescindir da organização político-social entre os indígenas (sem a qual o Direito Penal indígena ruiria), avançou **Gonzaga** em colher todo tipo de descrição dos relatos sobre a “nação tupi” – objeto de estudo. Mas a bipartição dos mais variados grupos indígenas em “tupis” e “tapuias” – e a oposição entre ambos os grupos, colocando os segundos abaixo dos primeiros – não encontra rigor sequer entre os cronistas seiscentistas e setecentistas de que se valera.

Além de reconhecer como inexato o conteúdo do Direito Penal indígena, dadas as múltiplas variações (e exceções) encontradas entre um povo e outro, **Gonzaga** declarou que mesmo na “nação tupi” haveria grande alterabilidade de regramentos. Esta circunstância também fora apontada por **Assis Ribeiro**:

“Há tantas controvérsias sobre os verdadeiros princípios da ‘moral indígena’ em terras brasileiras; são, às vezes, tão desconhecidas as notícias a respeito dos índios que ficamos numa situação de insegurança ao afirmar ou contraditar certas questões pertinentes aos costumes dos selvagens, sob o ponto de vista jurídico” (RIBEIRO, 1943, p. 49).

Em conclusão, pode-se afirmar que o Direito Penal indígena de **João Bernardino Gonzaga**, nascente de conteúdo incerto, destinava-se desde o início a ser um mero apanhado de curiosidades – como aquelas mencionadas pelo próprio autor em crítica aos cronistas europeus.

A literatura sobre o Direito Penal indígena quer conhecer a penalidade aplicada por variados povos a partir do reconhecimento de determinados elementos do arcabouço jurídico do observador, com seus valores construídos para uma sociedade civil cujo poder é de si separado e transferido ao Estado, como centro irradiador da ordem jurídica e único detentor do poder de punir.

Esta, aliás, é a principal característica que define a penalidade indígena como precária aos observadores, dado que entre os povos indígenas estudados o poder não é exercido coercitivamente por uma autoridade, coletiva ou individual, separada do corpo social e que se encontra a ela submetida por uma estrutura social hierárquica.

Afasta-se o caráter de juridicidade das suas normas, pois só se considera jurídico aquilo que se produziu sob o crivo da lei escrita, positivada, e se aplicou sob (ameaça de) coerção por um poder externo, identificado como a essência do poder político³¹ – o que, para **Max Schmidt**, ao relatar sua convivência com os índios da etnia Guató, em 1901, é um equívoco, pois este “direito executivo”, isto é, essa capacidade de se fazer cumprir a norma no corpo social, deveria ser investigado, “(...) *na maior parte, no terreno psicológico*” (1942, p. 264), pois que a ordenação social defluiria deste.

“(...) A consequência pouco prática dessa determinação de conceito [da normatividade] resulta do fato de não podermos assinalar com a expressão ‘artigo de lei’ as normas que regem as relações de uma comunidade, quando elas estão firmemente fundadas que são seguidas sem exceção, de tal modo que chegam a excluir a necessidade de uma força sancionadora contra a violação. Enquanto não houver clareza

-
31. Para Carlos Frederico Marés de Souza Filho, considerar como direito indígena tão só o que foi produzido antes da invasão das terras americanas reproduz a “interpretação etnocêntrica” dos juristas que se debruçam sobre o tema, pois que esta “(...) *pressupõe a unicidade do direito estatal de tal forma que só admite direitos das sociedades indígenas enquanto não houve Estado, português ou brasileiro, que providenciasse um direito único com sua fonte exclusiva ou, pelo menos prioritária, a Lei*”. E ainda, quanto à obra de João Bernardino Gonzaga referida, conclui que o autor, “(...) *admitindo a existência do direito em povos não organizados estatalmente, já a partir do título que deu a seu trabalho: ‘O direito penal indígena à Época do Descobrimento do Brasil’, descarta a possibilidade daquelas normas e sanções estarem sendo aplicadas ainda hoje pelos remanescentes indígenas. Além disso, a leitura do livro ressalta todo o preconceito da sociedade europeia em relação aos povos americanos, são constantes termos como ‘primitivismo’, ‘estado tosco de organização social’ etc. Mas o grande equívoco em relação às análises do Direito Indígena é a tentativa de encontrar traços comuns a todas as Nações, fazendo tabula rasa das profundas diferenças sociais e culturais de cada um dos povos indígenas que viviam e vivem em território brasileiro. João Bernardino Gonzaga faz expressa referência a este fato, afirmando ser muito difícil o estudo do direito penal indígena exatamente porque são ‘incontáveis os grupos’ existentes. Ainda assim se propõe a fixar idéias comuns a todos eles*” (apud GRUPIONI, 1992, p. 154-155).

também neste ponto, que é o fundamento geral da definição jurídica, haverá grande dificuldade no trabalho conjunto da etnologia com a jurisprudência, que, ultimamente, cada vez mais lhe vai estendendo a mão” (SCHMIDT, 1942, p 264-265).

O Direito Penal indígena de **Gonzaga** resta influenciado, no mais das vezes, por um olhar evolucionista, que tenta enxergar nos regramentos dos povos indígenas a primeira de várias etapas evolutivas e que, desenvolvidas no seu mais alto grau, têm como modelo de organização jurídico-social o mesmo de seus analisadores.

A variabilidade de preceitos, procedimentos e regramentos entre os povos é descartada do estudo de **Gonzaga**, que teima por enxergar no múltiplo o uno, do mesmo modo como conceitua o indígena (arquetípico) dentre uma amplidão de indivíduos.

Assim, a generalidade e a superficialidade dos discursos sobre os indígenas, seus costumes e culturas, não são consequência de esquecimento ou desconhecimento de seus estudiosos, mas, antes, pressupostos científico-filosóficos de uma análise que está voltada à identificação de estágios e progressos na evolução daqueles sujeitos, segundo os padrões do observador, de modo a mantê-los sempre sob o controle de um poder-saber que dominaríamos.

Ignorar ou omitir a diversidade étnica que caracteriza os indígenas, quando da construção dogmática de conceitos, compõe o método de interpretação aplicado às questões jurídicas em que estão envolvidos, reafirmando seu lugar de objetos (e não de sujeitos) de direitos. Portanto, constitui-se em etapa intencional de formulação daqueles discursos, pois, do contrário, seria preciso não só abandonar o bojo teórico do evolucionismo social como também empreender profunda alteração paradigmática de estudo do direito, que se propõe ser universal e unidimensional.

2.2 Direito penal para indígenas

Se a teoria do evolucionismo social pouco revela sobre a estrutura do Direito Penal indígena – por considerá-lo a primeira

etapa de organização político-social da humanidade – por outro lado, revela-nos a principal característica do Direito Penal das sociedades não indígenas, isto é, a concentração do poder de punir numa entidade diversa do corpo social.

O argumento se constrói por oposições.

As sociedades indígenas são primitivas, pois apresentam organização social precária, assim compreendida aquela que prescinde de policiamento e coerção. São sociedades atrasadas porque não há chefia em tempos de paz e, se há, não é esta respeitada. Os indígenas são selvagens, pois não preveem mecanismos de uma tutela penal coercitiva, não regram condutas por lei (positivada) e são desprovidos de razão.

Coerção, lei e razão, ao contrário, são fundamentos do direito das sociedades civilizadas: oferecem critérios de abstração, generalidade e taxatividade exigíveis para o regramento das relações sociais. Aparentemente livres (pois que sempre vigiadas), as sociedades, consideradas evoluídas, dissociam o poder de punir do seu próprio corpo e transferem-no para uma estrutura ficcional delimitada, mas de alta complexidade. Nesses termos é que o Estado se coloca como o mais alto grau de desenvolvimento das sociedades, abarcando, tutelando, promovendo, corrigindo e punindo todas as relações humanas, quando entender necessário.

Esse conjunto de premissas conduz ao entendimento de que os indígenas devem ser considerados objetos de direitos. Caberá ao Estado tutelá-los até que, progressiva e harmoniosamente (segundo o Estatuto do Índio vigente), integrem-se à “sociedade nacional”, permitindo, ao fim, lembrando **Andrada e Silva**, a “(...) *civilização e prosperidade dos miseráveis índios, para que tanto devemos concorrer, até por utilidade nossa, como cidadãos, e como cristãos*” (2005, p. 121).

Essa construção argumentativa constitui-se em tática política de controle da diversidade étnica e de sua potencial adversidade ao poder político do Estado. Tem por base as conclusões de **Herbert Spencer** (1820-1903), para quem a sociedade deve ser encarada como um organismo e, logo, ser

submetida às leis de catástrofes naturais geológicas, fazendo com que sua evolução proceda da sobrevivência dos mais fortes.

Distinguindo as sociedades segundo seus níveis evolutivos, **Spencer** legitimava o neocolonialismo europeu, “(...) *na crença de que, com a devida tutela europeia, as outras raças poderiam evoluir e em uns milênios alcançar o grau de desenvolvimento biológico delas*” (ZAFFARONI, 2012, p. 93).

Inegável foi sua influência no País, fazendo com que, em fins do século XIX e início do século XX, diversos estudos antropológicos e sociológicos fossem desenvolvidos para explicar a inferioridade de indígenas e mestiços, segundo o critério racial. Por isso, “[o] *spencerianismo legitimava o neocolonialismo e deslegitimava a escravidão, mas no interior do próprio centro também legitimava a exploração impiedosa das classes subalternas, com o que completava sua hábil engenharia de legitimações funcionais*” (idem, p. 96).

No campo criminológico, esse objetivo valeu-se do instrumental da criminologia positivista ou etiológica, nascida na segunda metade do século XVIII, e que é, majoritariamente, compreendida como o nascedouro, mesmo, da criminologia.³²

32. Embora antecedida pela escola liberal clássica do Direito Penal, a manualística costuma reportar-se à escola positiva como o local de nascimento da criminologia como ciência autônoma. “*Quando se fala da escola liberal clássica como um antecedente ou como a ‘época dos pioneiros’ da moderna criminologia, se faz referência a teorias sobre o crime, sobre o direito penal e sobre a pena, desenvolvidas em diversos países europeus no século XVIII e princípios do século XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica. Faz-se referência, particularmente, à obra de Jeremy Bentham na Inglaterra, de Anselm von Feuerbach na Alemanha, de Cesare Beccaria e da escola clássica de direito penal na Itália. Quando se fala da criminologia positivista como a primeira fase do desenvolvimento da criminologia, entendida como disciplina autônoma, se faz referência a teorias desenvolvidas na Europa entre o final do século XIX e o começo do século XX, no âmbito da filosofia e da sociologia do positivismo naturalista. Com isso se alude, em particular, à escola sociológica francesa (Gabriel Tarde) e à ‘Escola social’ na Alemanha (Franz von Liszt), mas especialmente à ‘Escola positiva’ na Itália (Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo)*” (BARATTA, 2002, p. 29).

Seus métodos de análise e objeto de estudo são distintos daqueles desenvolvidos pela denominada escola liberal clássica, fruto do liberalismo político e filosófico, pois que esta se detinha sobre o delito em seu conceito jurídico (como violação do direito e do pacto social) e justificava a pena não como mecanismo de modificação da natureza de seu agente, mas como instrumento legal que o persuadia a não cometer delito algum, seguindo princípios de humanização, legalidade e utilidade da pena, em contraposição ao *ancien régime*.

“Para os adeptos das teorias da escola clássica, o agente criminoso deve responder perante a sociedade pelas agressões a esta intentada, uma vez que, iluminado pela razão, soube e pôde discernir entre o bem e o mal e escolher entre o certo e o errado, o direito e o torto, o justo e o injusto, o legal e o ilegal, agindo, portanto, livremente. Aliás, um de seus pressupostos é o de que todo ser humano é dotado de liberdade e igualdade. O livre-arbítrio constitui um de seus dogmas nucleares” (SÁ, 1996, p. 87-88).

À escola liberal clássica opõem-se as doutrinas terapêuticas de defesa social, referendadas pela escola positiva italiana. Nesta, busca-se com a aplicação da pena ou de medidas de segurança uma dupla finalidade: tratamento ou cura dos condenados (considerados doentes ou anormais) e sua segregação ou neutralização, em razão do perigo que oferecem à ordem social. A elaboração de discursos científicos, assentada no determinismo da criminologia positivista, permitia o estudo dos indivíduos e a intervenção sobre estes, pretendendo-se investigar as razões de sua inadequação à vida social, sem enfrentar, criticamente, os fenômenos sociais que garantiam os interesses da classe hegemônica.³³

33. *“Na verdade, a Escola Positiva foi fruto de um processo de radicalização social, em que as classes dominantes tentavam encontrar, num momento de agudização da luta de classe, um meio de estender a hegemonia deste seu poder, através de uma nova afirmação ideológica de dominação social. E a criminologia, em nosso entender, representa a ‘ponte’ de que se serve o Estado para legitimar, através dos canais ideológicos próprios, a ação da polícia e da Justiça, assim como a do Estado em seu todo”* (TÓRTIMA, 2002, p. 45).

“Para os cultores da postura desenvolvida pela escola positiva, o agente criminoso não responde pelos atos de ação ou omissão com os quais agride a sociedade. A responsabilidade penal cessa para o criminalmente indiciado. E por quê? Por causa do pressuposto de que o homem criminoso é um ser doente, um enfermo. Doente em decorrência de atavismos que lhe afetam a vontade e o discernimento, em suma, a lucidez racional. Ou doente em decorrência de fatores sociais, que lhe reproduzem efeitos semelhantes” (idem, p. 88).

Logo, as penas tornam-se medidas necessárias à defesa social, constituindo-se em intervenções *“(...) terapêutico-repressivas, cirúrgico-eliminatórias, dependendo do tipo de delinquente – ocasionais, passionais, habituais, loucos ou natos – e dos fatores sociais, psicológicos e antropológicos do crime”* (FERRAJOLI, 2010, p. 248-249).

Em resumo, a criminologia positivista voltava seus estudos para as causas do crime, a partir da análise biopsicológica do indivíduo “criminoso”, caracterizado por sua natureza inferior, *“(...) mais ou menos pervertido ou degenerado, e (...), portanto, o problema da pena equivale àquele das defesas socialmente mais adequadas ao perigo que o mesmo representa”* (idem, p. 248).

“A novidade de sua maneira de enfrentar o problema da criminalidade e da resposta penal a esta era constituída pela pretensa possibilidade de individualizar ‘sinais’ antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim ‘assinalados’ em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social (as instituições totais, ou seja, o cárcere e o manicômio judiciário). A este fato novo na história da ciência pode-se associar o início de uma nova disciplina científica. Por isso, tende-se a ver nas escolas positivistas o começo da criminologia como uma nova disciplina, isto é, um universo de discurso autônomo (...)” (BARATTA, 2002, p. 29).

Para **Francisco de Assis Toledo**, *“[o] grande equívoco de Lombroso – e de outros positivistas – foi pensar que a natureza, ou o que quer que seja, produza, de quando em vez, um ser humano antissocial”* (2010, p. 321). Mas esta concepção das causas do crime legitimava a repressão penal de indivíduos considerados inferiores ou perigosos, segundo uma *“racionalidade classificatória”*

(OLMO, 2004, p. 39). “*Em outras palavras, se não era possível com as leis da economia, pelo menos com a lei moral – por meio da disciplina – buscava-se submeter estes indivíduos delinquentes, para proteger o capital, conservar a ordem e não perturbar o ‘progresso’*” (idem).

Sua larga recepção na América Latina não foi sem razão: permitiu o exercício da política intervencionista neocolonial e serviu aos interesses de uma classe dominante em ascensão, cujos membros “(...) *sabiam que deviam resolver seus problemas locais e que necessitavam da lei e da ordem para se incorporar ao sistema internacional, mas buscavam nos países industriais a forma de obtê-lo*” (idem, p. 159).

“(...) *Todo o clima convulsivo que caracterizou em maior ou menor grau os países latino-americanos no século XIX resultaria na implantação do Estado ‘oligárquico’, que seguiria os postulados do positivismo como Estado de ‘ordem e progresso’. A emancipação política deveria estar acompanhada da ‘emancipação mental’ que a filosofia positivista apregoava, e que seria vista pelas minorias ilustradas como ‘a salvadora’ da América Latina. Uma de suas primeiras tarefas seria a de forjar um marco jurídico-político adequado no qual seria inserida a nova ciência de controle social*” (idem, p. 165).

Segundo **Vera Malaguti Batista**, quanto à influência do positivismo no Brasil, esta corrente foi não apenas um modo de pensar as práticas sociais no País, mas, principalmente, “(...) *uma maneira de sentir o povo, sempre inferiorizado, patologizado, discriminado e, por fim, criminalizado. Funcionou e funciona como um grande catalisador da violência e da desigualdade características do processo de incorporação da nossa margem ao capitalismo central*” (2012, p. 48).

Por essa razão, entre nós, a construção discursiva do índio arquetípico, segundo usos e costumes estigmatizados; a atribuição de graus de evolução dos indígenas para definição de seus direitos, bem como a manutenção do arcabouço teórico de cariz etiológico são instrumentos utilizados na criminalização de indígenas e refletem-se nas leis, nos julgados e em sua interpretação doutrinária, pois se cumpre, assim, uma função legitimadora da ordem hegemônica por meio da criminologia e da dogmática penal

que, quando unicamente reproduzem, de maneira acrítica, o teor da legislação positivada, tornam-se mecanismos pretensamente científicos justificadores da ordem posta.

Essa “ideologia ocultadora” ou “filosofia da dominação” (ANYAR DE CASTRO, 2005, p. 48) apoia-se, geralmente, em contribuições de argumentos biopsicológicos da criminologia positivista, preocupando-se em servir como mera descrição do fenômeno crime, sem submetê-lo à crítica. “*O direito, portanto, e a dogmática penal, a nascente ciência jurídica, eram suficientes, por sua capacidade de convencimento e, portanto, de autoridade, de aglutinar um consenso em torno do sistema*” (idem, p. 45).

Passamos, então, ao estudo das fontes criminológicas e dogmáticas do Direito Penal para indígenas – segundo essa lógica de controle social da diversidade étnica promovida por uma penalidade civilizatória.

2.2.1 Punir para corrigir: o atavismo dos indígenas na criminologia etiológica

Para o estudo da influência da criminologia etiológica sobre nossa legislação, doutrina e jurisprudência penais aplicáveis aos indígenas, faz-se necessário breve resumo das ideias centrais de três principais autores propagandistas da linha criminológica italiana, conhecida como “escola positiva”: **Cesare Lombroso**, **Raffaele Garofalo** e **Enrico Ferri**.

Cesare Lombroso (1836-1909) é considerado o inaugurador da antropologia criminal, por ter publicado, em 1876, a obra *L'uomo delinquente*, na qual lançou a tese do “criminoso nato”, reportando-se aos indivíduos que não teriam desenvolvido plenamente o ciclo evolutivo da espécie humana. Equiparavam-se aos “(...) selvagens colonizados, a quem faltavam o último arremate, pois ainda não haviam alcançado a evolução filogenética dos europeus colonizadores, que faltava aos primeiros por algum acidente biológico excepcional, produzido entre seres da raça mais evoluída” (ZAFFARONI, 2012, p. 100).

Baseando sua teoria na descrição anatômica de indivíduos encarcerados,³⁴ com inspiração na frenologia,³⁵ desenvolvida por **Franz Joseph Gall**, **Lombroso** sustentou haver traços em comum em todos eles que poderiam alertar possíveis transgressões futuras, sugerindo que a prática de crimes estava associada à existência de patologias humanas – em especial ao atavismo que, em termos biológicos, corresponde ao reaparecimento de certas características ancestrais ausentes na formação das espécies por longo tempo. Mas, em verdade, “[o] erro de *Lombroso* foi interpretar esses signos como causa do delito, quando na maioria dos casos eram a causa da criminalização” (ZAFFARONI, 2012, p. 101). Posteriormente, seus estudos foram sendo radicalmente modificados, a ponto de **Lombroso** atribuir à prática do crime inúmeras causas, que exigiriam mais que o reconhecimento do “criminoso nato”. Assim, dentre sua tipologia, foram incluídos os criminosos por paixão, por epilepsia, ocasionais e loucos.

De todo modo, **Lombroso** concluiu que o “criminoso nato” seria aquele afetado por atavismo – seguindo o modelo biológico de **Charles Darwin** – e, portanto, seria um indivíduo não plenamente desenvolvido na escala evolutiva, mas a ela recalcitrante (ainda em seu estado selvagem).

34. “Um furor classificatório e de descrição, medição e contagem invade o mundo científico, numa miscelânea de tipos de narizes, orelhas, frentes e queixos, que, combinados a outros sinais, enquadrariam o indivíduo nesta ou naquela categoria. A rigor, *Lombroso*, sua antropologia criminal e suas concepções de atavismo do crime tiveram apoio em concepções anteriores, como a fisiognomonia de *Johann Kasper Lavater*, cujas teorias pseudocientíficas legitimavam, segundo os conhecimentos do momento, as antigas crenças populares, profundamente arraigadas no imaginário popular. Talvez o sucesso e a aceitação da fisiognomonia estivessem nessa curiosa simbiose, dando a chance científica e a linguagem competente a um saber popular” (PESAVENTO, 2009, p. 65).

35. A frenologia, desenvolvida pelo médico alemão *Franz Joseph Gall*, em 1800, propunha-se a ser a ciência por meio da qual seria possível determinar a personalidade e o grau de criminalidade de um indivíduo pela análise do formato de sua cabeça.

Rafaele Garofalo (1851-1934), apartando-se dos naturalistas que pretendiam explicar o delito por meio da definição dos delinquentes, tentou, ontologicamente, delimitar o conceito de delito – isto é, buscou responder se não “(...) *haber[ia] um certo numero de actos que a consciencia popular em determinadas condições considere sempre criminosos*” (1925, p.28) – o denominado “delito natural”. Embora entendesse ser possível identificar, em todos os tempos e lugares, um conjunto de atos puníveis ou reprováveis (como o parricídio e o homicídio), **Garofalo** renunciou a esse método e passou a tentar definir o “delito natural” pela análise não dos atos, mas dos “sentimentos”, já que, “(...) *no conceito do delicto apparece sempre a lesão de algum d’aquelles sentimentos mais profundamente radicados no espírito humano e [que] no seu conjuncto formam o que se chama senso moral*”³⁶ (idem, p. 30).

Recorrendo ao evolucionismo spenceriano, **Garofalo** afirmou que “(...) *todas as raças possuem actualmente uma certa somma de instinctos moraes innatos, não devidos ao raciocínio individual, mas, como o typo physico, [são] patrimônio hereditário commun*” (idem, p. 32).

Logo, o “senso moral” constituiria parte do organismo, criado na espécie humana por evolução hereditária, sendo deficiente nos indivíduos de entendimento fraco ou podendo perder-se por doença ou por “monstruosidade” atribuída ao atavismo (GAROFALO, 1925, p. 33-34). E, na tarefa de investigar, no tempo e no espaço, o grau de oscilação do senso moral, **Garofalo** definiu quais sociedades seriam objeto de seu estudo:

“*Pondo de parte o homem prehistorico, porque é absolutamente impossível conhecer a seu respeito o [que] quer que seja de interessante para o assumpto, e as tribus selvagens degeneradas ou insusceptíveis*

36. Enrico Ferri definiu o senso moral como algo que “(...) *non si deve intendere come un senso speciale, che anticamente si diceva senso del giusto e dell'ingiusto, dell'onesto e del disonesto; ma che si deve intendere alla luce della psicologia come la tempra generale dell'individuo, che in um dato modo risponde alle tentazioni dell'ambiente secondo che egli abbia una costituzione morale forte e normale o anormale ed atrofica*” (FERRI, 1901, p. 132).

de desenvolvimento, porque constituem uma anomalia na espécie humana, prosseguiremos, tentando discriminar e isolar, de todos os outros, aqueles sentimentos morais que possam considerar-se definitivamente adquiridos pela parte civilizada da humanidade e que formam a verdadeira moral contemporânea, não susceptível de perder-se, mas, pelo contrario, de progredir incessantemente” (idem, p. 34).

Garofalo, portanto, excluiu de seu campo de pesquisa a parte da humanidade que considerava não ter ou não ser apta a adquirir (organicamente) os “sentimentos morais” da parte civilizada. “Homens pré-históricos” e “tribos selvagens degeneradas”, correspondentes aos povos indígenas, eram, para ele, anomalias da espécie humana e, conseqüentemente, desprovidos dos sentimentos morais das sociedades civilizadas que são base da “verdadeira moral” – fonte da qual se poderia delimitar o conceito de “delito natural”.

Assentando-o nos sentimentos de probidade e piedade, **Garofalo** afirmou que este, aliás, “(...) *constitue uma aquisição definitiva para a humanidade que atingiu aquelle grau de evolução a que apenas ficaram estranhas as poucas tribus dispersas que não representam para a especie senão anomalias e phenomenos excepcionaes*” (idem, p. 51-52).

Portanto, por serem dotados de entendimento fraco ou padecerem de um organismo atávico, estes indivíduos seriam, naturalmente, na visão de **Garofalo**, tendentes à prática delitiva – o que faz com que o autor reforçasse os argumentos de uma causalidade biopsicológica do criminoso para a definição do “delito natural”, ainda que deles tivesse se afastado, inicialmente.

Por fim, **Enrico Ferri** (1856-1929) é considerado o jurista do positivismo, por diferenciar o “delinquente” em seu sentido ético-social (“terreno naturalístico”) daquele no sentido jurídico. Neste, o “delinquente” é considerado “(...) *autor duma ação qualificada crime ou delito pela lei penal*” (FERRI, 1999, p. 198). Naquele, “(...) *não pode ser delinquente senão quem seja um anormal. Anormal por condições congênicas ou adquiridas, permanentes ou transitórias, por anormalidade morfológica, ou biopsíquica, ou por doença, mas sempre, mais ou menos, anormal*” (idem, p. 203).

Em duas conferências intituladas “*Delitti e delinquenti nella scienza e nella vita*”, **Ferri** resumiu, também, o escopo da escola positiva, como o movimento que “(...) *si determina tutto e si concentra nell’idea che non soltanto si deve considerare il reato come fenomeno giuridico; ma che si debba studiare il delinquente che lo compie, nel suo organismo fisio-psicologico e nell’ambiente sociale*” (1901, p. 117). Para **Ferri**, porém, tratava-se de cumprir uma missão teórica e prática, simultaneamente, quando se estuda a justiça penal: compreender, com o método jurídico, qual a reprimenda necessária para o agente da ação criminosa, em conformidade à sua personalidade.

A recepção dessas ideias centrais da criminologia positivista no Brasil³⁷ se fez refletir, no âmbito jurídico, nos estudos acadêmicos das Faculdades de Direito de Recife e de São Paulo, muito embora nesta houvesse uma tendência maior ao modelo político do liberalismo, com predominância de teses jusnaturalistas. Porém, “[o] maior engajamento dos intelectuais recifenses com as teses do positivismo penal (...) não autoriza a conclusão de que tenha havido um radical distanciamento entre eles e os paulistas, cariocas e, muito menos, os baianos, cuja influência a partir da Escola de Recife é suficientemente conhecida” (FREITAS, 2002, p. 276) – considerando a contribuição médico-legal advinda das Faculdades de Medicina da Bahia e do Rio de Janeiro também.

Os principais divulgadores da criminologia positivista no Brasil acolhiam, em geral, o determinismo como fundamentação para a concepção da pena como mecanismo de defesa social. Ainda que tenha sofrido a reação de alguns teóricos como **Filinto Bastos** e **João Mendes Jr.**, mais próximos da concepção liberal clássica do Direito Penal, assentado no livre-arbítrio, e da

37. “A escola positiva do direito penal vem a reboque da antropologia criminal e das correntes filosóficas do positivismo e do evolucionismo biológico. No Brasil, essas correntes de pensamento, que possuem caracteres e contextos específicos, foram misturadas, criando nuances que, em muitos pontos, escapavam de suas matrizes de pensamento. Ainda, nos diferentes centros de estudo universitário no Brasil, foram assumidas, com distintos vieses, por pesquisadores ousados, já que o que imperava era o conservadorismo” (CORACINI, 2003, p. 184).

pena como preceito moral utilizado para restabelecer a ordem social afetada pelo mal do crime, a criminologia positivista contou com grande número de acadêmicos que propagavam as ideias de **Lombroso**, **Garofalo** ou **Ferri**.

O positivismo no País atendia não só a um interesse de renovação científica das academias jurídicas e médicas, a partir da divulgação dos estudos em voga nos países centrais europeus, mas, igualmente, à nova conformação político-econômica da sociedade brasileira, que transitava, em meados do século XIX, do regime imperial para o regime republicano.

Buscavam as elites alinhar-se aos ideais de modernização da estrutura política do Estado, conservando, porém, inalteradas as relações de poder oligárquicas, contando com a atuação não apenas de militares, impregnados do positivismo, mas, também, de juristas, que “(...) *participaram ativamente da estruturação do Estado republicano, orientando-o no sentido da modernização conservadora*” (FREITAS, 2002, p. 269).

“(...) *Passou-se, pois, a um pensamento que visava a integrar a sociedade, ainda que se reconhecesse a variedade étnica de que esta se compunha, buscando no estudo dos caracteres bio-tipológicos, mas também hereditários e, mais tarde, sociais, a explicação para as condutas dos diferentes tipos humanos. O livre arbítrio deixava de ser o móvel único da ação humana. Outros fatores entravam em cena*” (CORACINI, 2003, p. 186).

Foi **João Vieira de Araújo** quem introduziu, na Faculdade de Direito do Recife, os ensinamentos da escola positiva italiana que, para o catedrático, desempenhava a crítica à legislação. Encarregado pelo Congresso Nacional de redigir anteprojetos de lei revisores da legislação penal, **Vieira de Araújo** propusera a adaptação do Código Criminal, de 1830, ao positivismo – sendo mencionado seu trabalho no “*Archivio di psichiatria, scienze penali e di antropologia criminale*”, de **Cesare Lombroso** (VAREJÃO, 2000, p. 84).

Mas foi **Tobias Barreto** quem ficou conhecido por ser o principal propugnador daquela escola, diminuindo, na obra *Menores e loucos* (1884), os excessos da antropologia criminal

lombrosiana. Apesar de não ser considerado, unanimemente, um positivista penal, **Tobias Barreto** considerava a vontade como fruto da evolução humana e social, sujeita às leis naturais para escolha dos motivos determinantes (FREITAS, 2002, p. 289).

Já **Viveiros de Castro** foi quem divulgou, com sua obra *A Nova Escola Penal* (1894), as teses do positivismo penal,³⁸ afirmando que uma classificação dos delinquentes deveria levar em conta não apenas aspectos biológicos, mas também outras variantes, como fatores jurídicos e sociais. Criticou a responsabilidade penal feita de acordo com a noção de livre-arbítrio, adotada pelo Código Criminal vigente, e reforçou a influência da raça no fenômeno crime, estabelecendo uma hierarquia entre os indivíduos, conforme os preceitos do determinismo biológico.

“(...) Homens superiores às mulheres, brancos superiores aos negros e ‘mestiços’, tanto na inteligência quanto nos sentimentos. É esse o resultado de uma ideologia apta a legitimar a repressão penal contra aqueles que, em virtude de suas características raciais, por ‘coincidência’ os desfavorecidos socialmente, sempre foram objeto de exploração pelas oligarquias, fossem eles escravos ou homens livres empobrecidos. O positivismo penal, cientificamente ‘avançado’ pelos padrões da época, constitui-se numa rigorosa forma de controle social e justificação da repressão desencadeada contra as massas” (FREITAS, 2002, p. 302).

Quanto à inferioridade de indígenas, em especial, **Lemos Brito**, analisando o poema épico de **Santa Rita Durão** (*O Caramuru*, de 1781), afirmou que os indígenas brasileiros eram influenciados por sua religião para o estabelecimento de penas, *“(...) aí devendo estar o seu embrionário direito judiciário penal”* (1946,

38. Devem-se mencionar os comentários ao Código Criminal, de 1830, de João Vieira de Araújo (1889), como importante obra precedente de divulgação das teses positivistas, na qual *“(...) dilui a perspectiva positivista ao longo do Código Criminal que comentou, fugindo assim do formato tradicional das obras dos autores positivistas, voltadas muito mais para a exposição e desenvolvimento teórico de princípios e propostas da escola que para a investigação concreta e crítica do direito posto”* (FREITAS, 2002, p. 303).

p. 66) e apontou como o homicídio era severamente punido. *“Talvez por isso, como rezam as crônicas de antanho, e os próprios criminalistas o proclamam, era raríssimo que um índio matasse a outro de sua tribo, não sendo muita vez considerado crime porém ato meritório, e de bravura matar os das nações inimigas”* (idem, p. 68).

Laurindo Leão, catedrático da Faculdade de Direito do Recife, estudando a questão da responsabilidade criminal de acordo com os princípios do livre-arbítrio e do determinismo biológico, afirmou que aquela deveria levar em conta a natureza dos indivíduos, dado que uns nascem livres e outros, não. Os indígenas, na sua visão, carecem de uma “vontade tenaz e vigilante”, típica do homem adulto e, especialmente, do homem civilizado, *“(...) porque o selvagem é quasi um animal que vive entregue a seus instintos, sem depender da sua intelligencia e da sua vontade”*, que é o privilégio de alguns humanos (1913, p. 53).

Outros juristas foram imprescindíveis para a difusão do positivismo penal no Brasil,³⁹ mas os estudos de **Alexandre Lacassagne**, no campo do que depois se convencionou denominar antropologia criminal, exerceram forte influência sobre autores brasileiros. Afirmava ele, sustentando-se nas teses frenológicas de **Gall**, que *“(...) a etiologia criminoso dependia de modificações do cérebro que podiam afetar a região occipital, a frontal ou a parietal: as afecções no occipital produziam os criminosos das classes baixas, instintivos; as na região parietal, do equilíbrio, produziam os ocasionais ou impulsivos da classe média; as da região frontal, do pensamento, os delinquentes alienados das classes altas”* (ZAFFARONI, 2012, p. 105).

Os indígenas são geralmente apontados, pela frenologia que cá desenvolvida, como herdeiros de problemas na região occipital, segundo as conclusões de **João Baptista de Lacerda Filho** que,

39. Juristas que desenvolveram, radical ou moderadamente, os princípios da criminologia positivista: Adelino Filho, Aurelino Leal, Clóvis Bevilacqua, José Hygino Duarte Pereira, Moniz Sodré, Octávio Tavares, Pedro Lessa, Phaelante da Câmara, Roberto Lyra, Tito Rosa, dentre outros (FREITAS, 2002).

em artigo publicado na *Revista do Museu Nacional do Rio de Janeiro*, em 1876, afirmava que, pela análise da arcada dentária de crânios indígenas coletados, seria possível compreender as variedades étnicas existentes, notando-se, de todo modo, “(...) *um certo cunho de animalidade impresso na dentadura dos crâneos americanos*” (1876, p. 82). Desse modo é que o etnólogo concluiu que, “(...) *somos levados a considerar a conformação geral dos dentes nas raças indígenas da America como um caracter de inferioridade ethnica*” (FILHO, 1876, p. 82).

Estudos de frenologia foram também desenvolvidos para descrição dos povos indígenas e, em especial, dos Botocudos – considerados, no século XIX, o conjunto de povos indígenas primitivos e representantes da inferioridade humana.⁴⁰ São apontados como de índole bravia, resistentes à catequese e à civilização, pois “(...) *internam-se cada vez mais no coração das florestas; outros, mais docéis e mais accessíveis, vão se deixando conduzir ao grêmio da religião christã e abandonando, pouco a pouco, os hábitos e costumes da vida selvagem. São estes últimos que formam os diversos aldeamentos que se encontram no norte da província de Minas, onde elles obedecem á voz de um chefe ou de um missionário. São elles geralmente indolentes, pouco amigos do trabalho, de um caracter excessivamente desconfiado, vingativos, e sustentam-se, uns com os productos da caça, outros com os productos da pesca*” (FILHO e PEIXOTO, 1876, p. 49).

Analisando cinco crânios indígenas do acervo do Museu Nacional do Rio de Janeiro, coletados em 1875, **Lacerda Filho** e **Rodrigues Peixoto** concluíram, com base na frenologia, que

40. “Paradoxalmente, com efeito, é no século XIX que a questão da humanidade dos índios se coloca pela primeira vez. O século XVI – contrariamente ao que se podia supor pela declaração papal em 1532 que afirmava que os índios tinham alma – jamais duvidara de que se tratava de homens e mulheres. Mas o cientificismo do século XIX está preocupado em demarcar claramente os antropóides dos humanos, e a linha de demarcação é sujeita a controvérsias. Blumenbach, um dos fundadores da antropologia física, por exemplo, analisa um crânio de Botocudo e o classifica a meio caminho entre o orangotango e o homem” (CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 134).

“[p]ela sua pequena capacidade craneana, os Botocudos devem ser collocados a par dos Neo-Caledonios e dos Australianos, isto é, entre as raças mais notáveis pelo seu gráo de inferioridade intellectual. As suas aptidões são, com effeito, muito limitadas e difficil é fazel-os entrar no caminho da civilisação” (FILHO e PEIXOTO, 1876, p. 71-72). Tais características não estariam presentes nos crânios indígenas dos tupis que, por terem ocupado grandes áreas do território brasileiro, “(...) soffreram por conseguinte diversos cruzamentos e amalgamaram com os seus característicos fundamentaes característicos supervenientes” (PEIXOTO, 1885, p. 207).

As principais anotações no campo criminológico sobre a responsabilidade penal dos indígenas, com menção aos estudos de frenologia, provieram de **Raymundo Ninas Rodrigues**, catedrático em Medicina Legal que se tornou conhecido pela publicação, em 1894, de seu ensaio de psicologia criminal intitulado *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Partindo do pressuposto teórico do evolucionismo spenceriano, **Nina Rodrigues** analisou a imputabilidade das “raças não desenvolvidas” (atávicas ou sobreviventes), representadas pelos negros, mestiços e indígenas – pois, para o autor, secundando **Lombroso**, “[o] aperfeiçoamento lento e gradual da actividade psychica, intelligencia e moral não reconhece, de facto, outra condição além do aperfeiçoamento evolutivo da serie animal” (RODRIGUES, 1894, p. 31).

Para ele, a inferioridade intelectual e moral dos indígenas estava em sua própria constituição genética, refratária à mudança e aos avanços atribuídos ao homem branco (civilizado). Eis a razão pela qual desacreditou as tentativas de incorporação à sociedade dos indígenas, pois que apenas a mestiçagem poderia aprimorar sua natureza imperfeita, “(...) incapaz, como estava socialmente, de receber e adoptar por si a civilisação européa importada com os colonizadores” (idem, p. 34).

Além disso, opondo-se à concepção liberal de livre-arbítrio (que denominou “psicologia espiritualista”),⁴¹ **Nina Rodrigues**

41. “A legislação penal brasileira, seja no novo Codigo da Republica, seja no antigo Código do Império, tomou por base o presuppuesto espiritualista do

aventou a necessidade de haver distintos graus de reprovação para as diversas “raças”, pois que a ideia de igualdade entre todos os seres humanos era, para ele, falaciosa.

“Desconhecendo a grande lei biológica que considera a evolução ontogênica simples recapitulação abreviada da evolução phylogenica, o legislador brasileiro cercou a infância do indivíduo das garantias da impunidade por immaturidade mental, creando a seu beneficio as regalias da raça, considerando iguaes perante o código os descendentes do europeu civilizado, os filhos das tribus selvagens da America do Sul, bem como os membros das hordas africanas, sujeitos à escravidão” (idem, p. 77).

Concordando com **Ferri** que a base da imputação penal reside na consciência do direito, **Nina Rodrigues** julgava produto da evolução humana e, por isso, os indígenas não poderiam ser responsabilizados criminalmente como os demais, pois que lhes faltava a completa formação psíquica correspondente e, “(...) desde que elles não são livres de tel-a ou não tel-a assim, pois que essa consciência é, de facto, o producto de uma organização psychica que se formou lentamente sob a influencia dos esforços accumulados e da cultura de muitas gerações, tão absurdo e iníquo, do ponto de vista da vontade livre, é tornar os bárbaros e selvagens responsáveis por não possuir ainda essa consciência, como seria iníquo e pueril punir os menores antes da maturidade mental por já não serem adultos, ou os loucos por não serem sãos de espírito” (idem, p. 85).

Em resumo, o discurso de **Nina Rodrigues** promove “apartheid criminológico” (ZAFFARONI, 1989, p. 298), cindindo a sociedade entre civilizados e bárbaros a civilizar, representando estes a maior parte da população brasileira. Por essa razão, defendia que a lei penal prevesse diferentes formas de responsabilização criminal, de acordo com o grau de apreensão da ilicitude de seus comportamentos e, assim, de acordo com seu

livre arbítrio para critério da responsabilidade penal. Nisso não fez mais do que trilhar a doutrina penal corrente em todos os povos civilizados á européa, reproduzida ainda recentemente no tão debatido Código Penal italiano” (RODRIGUES, 1894, p. 54).

grau civilizatório, atingido pela mestiçagem. Para tanto, **Nina Rodrigues** valeu-se “[d]el saber criminológico positivista [que és] un producto de la antropología racista y de la sociología clasista, o sea, de dos ‘ciencias’ nacidas como ‘saberes’ destinados a sostener al control colonialista una y al control clasista la otra, que servían para justificar un genocídio colonialista la primeira y un genocídio clasista la segunda” (idem, p. 295).

Todo esse conhecimento criminológico desenvolvido no País em fins do século XIX, que importara as ideias, principalmente, da escola positivista italiana, já em derrocada na Europa, fecundara uma legislação, dogmática e jurisprudência penais racistas e etnocidas, habituadas à criminalização promovida de acordo com critérios etnocêntricos de seu aplicador e que tinham por objetivo promover a integração do indígena à sociedade de Estado.

Nesse sentido foram as recomendações feitas pelo “*II Congreso Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano y Filipino*”,⁴² realizado em São Paulo/SP, entre os dias 19 e 25.01.1955. Congregando penalistas de diversos países do continente americano, da Espanha e da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – Unesco, o congresso manifestou-se, em resolução, pela seguinte recomendação:

“Recomendar a los Gobiernos interesados, que los Jueces encargos de juzgar e imponer sanciones al Indio, así como los encargados de la

42. Segundo Rosa del Olmo, a proliferação de congressos de especialistas em matéria criminal no início do século XX correspondia à necessidade de disseminação das ideias criminológicas desenvolvidas nos países centrais europeus, difundindo-se um “imperialismo científico” que possibilitava o exercício do neocolonialismo. Assim, “[t]al como havia sido disposto no I Congresso, em Madri, o II Congresso Hispano-Luso-Americano-Filipino se reuniu em São Paulo em janeiro de 1955. Voltamos a mencionar este organismo pela participação de tantos latino-americanos e especialmente pela intensa atividade de seu presidente, o penalista cubano José Agustín Martínez Viademonte, que conseguiu impor a ideologia que representava nessa organização, em nome da ‘ciência penal’” (OLMO, 2004, p. 227).

ejecución de las sanciones, tengan atención preferente a 'La especial psicología del mismo, su peculiar cultura y régimen de vida' a los efectos de lograr juntamente con la imposición de la sanción que le sea más adecuada, la mejor incorporación y adaptación jurídico-social del mismo" (CASTEJÓN, 1956, p. 53).

Os indígenas, vistos como espécies inferiores na escala evolutiva humana, seja pelo atavismo, seja pela inapreensão do “senso moral” garofaloniano ou da “consciência do direito” ferriana, passariam a ser responsabilizados criminalmente de acordo com a superação ou não destas deficiências congênicas (pela mestiçagem) ou psicossociais (pelo contato interétnico), eximindo o julgador de ter que adaptar seu código de normas aos agentes e fatos sob julgamento. Inegável a influência do discurso criminológico.

“A penalologia, o direito penal e a criminologia entrariam em estreita relação para controlar melhor, mas a criminologia seria considerada ‘a base científica’ sobre a qual se apoiariam a política criminal e a elaboração das leis” (OLMO, 2004, p. 73).

A primeira etapa desse processo de criminalização racista e etnocida firmou-se com a legislação indigenista integracionista (assimilacionista), desenvolvida no início do regime republicano, no século XX, e mantida na legislação infraconstitucional atual. E, embora posteriormente superado este ideal de integração, continuou a traduzir o teor da criminalização de indígenas na doutrina e jurisprudência criminais majoritárias.

2.2.2 Tratamento penal de indígenas pela legislação brasileira

A adoção de uma política assimilacionista dos povos indígenas no início do século XX conformava-se aos objetivos do recente regime republicano instaurado de constituição de uma nação brasileira homogênea, caracterizada pela plena miscigenação das diversas matrizes étnicas e que, ao ver de **Oliveira Vianna**, salvaria os brasileiros de uma “lamentável regressão” (1938, p. 42).

O processo de “arianização” do negro e do índio, segundo o sociólogo, caracterizava-se pela inevitável mescla das gentes, em que ocorre a ascensão dos indivíduos assim mesclados até sua transformação total.

“Os mestiços superiores, os mulatos ou mamelucos, que vencem ou ascendem em nosso meio, durante o largo período da nossa formação nacional, não vencem, nem ascendem como taes, isto é, como mestiços, por uma afirmação da sua mentalidade mestiça. Ao envez de se manterem, quando ascendem, dentro dos característicos híbridos do seu typo, ao contrario, só ascendem quando se transformam e perdem esses característicos, quando deixam de ser psicologicamente mestiços – porque se aryanizam” (VIANNA, 1938, p. 142).

A descrição da “arianização” pressupunha a inferioridade biopsicológica de indígenas que se reforçava na perseverança de sua “mentalidade mestiça”. A diferença étnica era considerada, portanto, um mal a ser corrigido, sendo a correção a principal missão do SPI, como visto.

Também a legislação ordinária regulamentou a situação jurídica de transitoriedade dos indígenas à condição de cidadãos brasileiros.

O Código Civil, de 1916, em seu art. 6.º, IV, e parágrafo único, classificava os indígenas (mencionados como “silvícolas”) como relativamente incapazes de exercerem certos atos jurídicos e determinava sua sujeição ao regime tutelar, que cessaria à medida de sua adaptação à sociedade não indígena.

Essa tarefa coube ao Dec. do Poder Legislativo 5.484/1928,⁴³ que regulava a situação jurídica dos indígenas localizados em território nacional. Em seu art. 1.º, determinava que: “[f]ica[va]m

43. Ao encaminhar o anteprojeto do decreto, o Ministro da Agricultura, Indústria e Comércio, Pedro de Toledo, justificou o tratamento jurídico-penal diferenciado para os indígenas com os seguintes argumentos: *“Ainda quando sejam elles equiparados a menores, muito é de considerar a grande diferença que existe entre um menor creado e edocado no seio da sociedade civilizada, conhecedor dos habitos e noções correntes no meio em que vive, e um habitante das selvas, que, sobre desconhecer esses habitos e noções, é*

emancipados da tutela orphanologica vigente todos os indios nascidos no territorio nacional, qualquer que seja o gráo de civilização em que se encontrem” (OTÁVIO, 1946, p. 179) – tutela orfanológica que vigia até então por força da Lei de 27.10.1831.

Os serviços prestados pelo SPI às sociedades indígenas que localizava variavam de intensidade e objetivos conforme o seu grau de civilização, sendo quatro os graus possíveis, segundo o art. 2.º do Decreto mencionado. Assim, os indígenas podiam ser classificados como sendo: (a) “índios nômades”; (b) “índios arranchados ou aldeados”; (c) “índios pertencentes a povoações indígenas” e, por fim; (d) “índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados” (OTÁVIO, 1946, p. 179). O objetivo da classificação consistia em determinar quais atos do SPI seriam indispensáveis para a promoção de integração (assimilação) dos indígenas à sociedade envolvente – característica do quarto grupo mencionado.

Essa taxonomia promovida pelo Decreto tinha, também, o condão de determinar a responsabilidade criminal de indígenas, representando-se, em termos legais, a primeira acolhida das construções criminológicas positivistas desenvolvidas em fins do século XIX e que podemos deduzir, principalmente, dos estudos de **Nina Rodrigues**.

Promove-se a determinação da responsabilidade criminal segundo critérios raciais, prevendo-se distintos graus de responsabilização penal para indígenas conforme diferentes graus de aproximação com a sociedade não indígena – dados esses conforme o olhar etnocêntrico do observador⁴⁴. Nos termos dos arts. 28 a 32 do Decreto:

ainda movido e dominado por costumes radicalmente diversos” (MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO, 1912, p. 151).

44. *“Verdad que hoy podemos estar más alertas en algunos sentidos, pero también es cierto que el poder de “inventar” la realidad es inmenso, constituyendo el más formidable aparato de propaganda con que cuenta un control penal que cada día percibimos como menos legítimo y más absurdo. También hoy esta invención de la realidad nos está ocultando un genocídio en marcha que es la*

“Art. 28. São equiparados aos menores de que trata o art. 30 do Código Penal os índios nômades, os arranchados ou aldeados e os que tenham menos de cinco annos de estabelecimento em povoação indígena.

§ 1.º O índio de qualquer das três categorias acima, que tiver praticado qualquer infracção, obrando com discernimento, será recolhido, mediante requisição do inspector competente, a colônias correccionaes, ou estabelecimentos industriaes disciplinares, pelo tempo que ao mesmo inspector parecer, comtanto que não exceda de cinco annos.

§ 2.º Entende-se por estabelecido em povoação indígena aquelle que mora effectivamente nella, qualquer que seja a sua condição, descontando-se no respectivo computo, as interrupções que porventura se derem com a volta temporária do índio á selva.

Art. 29. Os índios que tiverem mais de cinco annos de residência em povoação indígena, quando commeterem qualquer infracção prevista na legislação penal, commum, serão punidos com a metade somente das penas nella instituídas.

Art. 30. As circunstancias aggravantes previstas nos artigos 39 e 41 do Codigo Penal não influem na applicação das penas dos índios das 1.ª, 2.ª e 3.ª categorias do art. 2.º desta lei.

Paraphrasso único. As circunstancias attenuantes do artigo 42 do dito Codigo influem para a diminuição das penas impostas aos índios das mencionadas categorias.

Art. 31. Os índios de que trata o art. 29 não poderão soffrer prisão cellular, a qual será substituída pela prisão disciplinar, por

operatividad misma de nuestros sistemas penales, que por acción u omisión, son responsables de cientos de miles de muertos en nuestra área. No es cuestión de que nos asombren las afirmaciones de Nina Rodrigues y, mientras tanto, no percibamos una realidad aún más genocida, por ser sujetos cognoscentes producidos por un saber-poder que ya no es el del neo-colonialismo, sino el del tecno-colonialismo que se cierne sobre nosotros, con un poder de manipulación psíquica y física tan formidable y un poder de destrucción tan diabólico, que hace apenas cuarenta años parecia inimaginable. No nos olvidemos que la patrañas racistas eran formas de encubrir una realidad dependiente, pero que ante parecidas patrañas, el tecno-colonialismo, a diferencia del neo-colonialismo, tiene – o tendrá en poco tiempo – la posibilidad disponible de realizar sus patrañas” (ZAFFARONI, 1989, p. 304).

igual tempo, em estabelecimentos industriaes especiaes (Codigo Penal, art. 49).

Art. 32. *Ficam desde logo sujeitos, como qualquer cidadão, ao regimen commum de direito, os índios que passarem para os centros agrícolas, de que trata o decreto n. 9.214, de 15 de dezembro de 1911”.*

Os indígenas que se enquadrassem em quaisquer das três primeiras categorias (índios nômades, arranchados ou aldeados ou pertencentes a povoações indígenas) e que tivessem, nos termos do Decreto, praticado qualquer infração, seriam equiparados aos menores (para fins de responsabilidade penal) e recolhidos às colônias correccionais ou a estabelecimentos industriais disciplinares, por meio de requisição do inspetor competente e por tempo não superior a cinco anos.

A medida, para além de seu teor punitivo, conduzia ao objetivo de integrar o indígena à sociedade, pela imposição de um modelo de trabalho agrícola. Descontavam-se, desse período de internação, as interrupções que porventura se dessem “(...) *com a volta temporaria do indio á selva*” (idem, p. 185) e os indígenas residentes por mais de cinco anos em povoação seriam punidos com a metade da pena cominada ao tipo penal pelo qual fossem condenados.

O Decreto ainda estipulava que as circunstâncias agravantes não influiriam na aplicação das penas dos indígenas das três primeiras categorias, porém, sim, as atenuantes.

Aliás, esses não poderiam ser punidos com prisão celular,⁴⁵ devendo, se o caso, ser substituída por prisão disciplinar, por igual período, em estabelecimentos industriais especiais.⁴⁶

45. Determinava o art. 45 da Consolidação das Leis Penais, de 1932 (Dec. 22.213, de 14.12.1932): “*Art. 45. A pena de prisão cellular será cumprida em estabelecimento especial com isolamento cellular e trabalho obrigatório, observadas as seguintes regras: a) si não exceder de um anno, com isolamento cellular pela quinta parte de sua duração; b) si exceder desse praso, por um período equal à quarta parte da duração da pena e que não poderá exceder de dois annos; e nos períodos sucessivos, com trabalho em commum, segregação nocturna e silencio durante o dia*”.

46. Dispunha o art. 49 da Consolidação das Leis Penais, de 1932 (Dec. 22.213, de 14.12.1932): “*Art. 49. A pena de prisão disciplinar será cumprida*

Os “*índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivessem promiscuamente com civilizados*” seriam tratados como os demais cidadãos, em regime comum, em razão de sua adaptação à sociedade não indígena, determinada esta segundo o entendimento do inspetor. Este o teor do art. 42 do Decreto:

“**Art. 42** *Consideram-se incorporados à sociedade civilizada (art. 5.º) e, portanto, em condições de responder pelos seus actos os índios que, conforme attestação do inspector competente, sejam equiparáveis aos pertencentes aos centros agrícolas*”.

Conforme o art. 24 do Dec. 9.214, de 15.12.1911, os centros agrícolas deveriam ser estabelecidos em boas terras de cultura e que fossem apropriadas à lavoura mecânica, dotadas de condições de salubridade, de mananciais ou cursos de água potável, bem como servidas de meios fáceis de comunicação e próximas dos mercados consumidores – medidas que possibilitariam, simultaneamente, sua inclusão na sociedade de Estado e o aprendizado de atividades agrícolas.

Compunham-no os trabalhadores nacionais da localidade em que fossem instalados, podendo os indígenas ser aproveitados pelo governo federal na realização de “(...) *serviços industriaes compatíveis com as suas aptidões, remunerando-os de accôrdo com a sua capacidade de trabalho e conforme o estabelecido para os mais trabalhadores*”, nos termos do art. 69 daquele Decreto.

Em resumo, a responsabilidade penal dos indígenas era determinada por seu grau de civilização, aferido pelo exercício de atividade remunerada, idade e utilização da língua nacional oficial, critérios possibilitados por sua habitação nos centros agrícolas gerenciados pelo SPI. Tais critérios, com poucas alterações, como veremos, mantiveram-se como norteadores da criminalização de indígenas na atualidade, segundo a jurisprudência majoritária.

nos institutos disciplinares creados pelo Codigo de Menores e destinos aos menores de 14 a 18 annos. Paragrapho único. Si ao perpetrar o crime ou contravenção, o menor tiver mais de 18 annos e menos de 21, o cumprimento da pena será, durante a menoridade do condenado, completamente separado dos presos maiores”.

As disposições do Dec. Legislativo 5.484/1928, foram reproduzidas na Consolidação das Leis Penais, de 1932 (Dec. 22.213, de 14.12.1932), nos seus arts. 205 e 206:

“Capítulo VII

Dos crimes contra índios e dos crimes por elles praticados

Art. 205 *Os crimes de qualquer natureza, commetidos por civilisados contra índios, considerar-se-ão sempre como praticados por superior contra inferior e como taes, terão suas penas aggravadas pela circumstancia do art. 39, § 9.º, in fine, além das demais em que porventura incorram os autores.*

§ 1.º *Os crimes contra a honra e honestidade (Tit. VIII) das mulheres indígenas (nômades, arranchadas ou aldeiadas, ou pertencentes a povoações indígenas) quando forem commetidos por civilisados, serão punidos com as penas legais já existentes e mais a da aggravante caracterizada no artigo precedente, ainda quando tenha havido no acto proposta ou consentimento da paciente, de seu pae, marido, irmão ou chefe da tribu.*

§ 2.º *Invadir à mão armada as sesmarias ou quaesquer terras sob a posse dos índios, quer para hostilizar-los, quer para o fim de explorar os productos naturaes das ditas terras; commeter depreciações ou violências contra arranchamentos, aldeias, povoações indígenas ou postos de serviços; aliciar gente para impedir, por qualquer meio de coacção a continuação da posse dos índios nas terras por elles occupadas:*

Pena — de prisão cellular por um a tres annos, além daquellas em que incorrer pela violência.

§ 3.º *A entrada á noite nos pousos de qualquer espécie, em que se abrigam índios é equiparada para os effeitos penaes, quando praticada por individuo civilisado, á violação de domicilio, de que trata o art. 196.*

§ 4.º *A destruição ou damnificação de coisa de qualquer valor, móvel, immovel ou semovente, de propriedade de índios, será punível segundo o disposto no art. 329.*

§ 5.º *Todo aquelle que, abusando da boa fé, ingenuidade ou atrazo mental do índio, sujeital-o á exhibição ou espectáculo, diante*

de terceiros, com o fim de tirar disto lucro ou proveito, será punido de acordo com os arts. 180 ou 182, conforme as circunstâncias”.

A Consolidação das Leis Penais considerava que os crimes praticados por civilizados contra indígenas deveriam ser equiparados aos crimes cometidos por superior contra inferior, seguindo as disposições do § 9.º do art. 39, que dispunha como circunstância agravante “[t]er sido o crime cometido contra ascendente, descendente, cônjuge, irmão, mestre, discípulo, tutor, tutelado, amo, domestico, ou de qualquer maneira legítimo superior do agente”.

Prevvia como crimes, punidos com prisão celular: as práticas de violência sexual contra mulheres indígenas (ainda que houvesse consentimento ou permissão de familiares ou do povo); a invasão armada de sesmarias ou terras sob posse de indígenas; as depreciações ou violências contra os locais de sua habitação ou aliciamento de pessoas que impeçam a posse dessas terras. A invasão de pousos de qualquer espécie seria equiparada ao crime de violação a domicílio e a destruição ou danificação de qualquer coisa de valor seria punida como o crime de dano, com pena de prisão celular, de um a três meses e multa de 5 a 20% do dano causado.

A Consolidação das Leis Penais, ainda, tipificava crimes equiparados à violação contra a liberdade pessoal (com pena de prisão celular, por um a seis meses ou um a três anos), sempre que o agente, abusando da “boa-fé, ingenuidade ou atraso mental” dos indígenas, expusessem-no com o fim de obter lucro, reproduzindo, assim, a descrição de inferioridade dos indígenas da criminologia etiológica que o antecedeu. O compêndio de leis também continha o tratamento jurídico do Dec. Legislativo 5.484/1928:

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

§ 1.º O índio de qualquer das três categorias acima, que tiver praticado qualquer infracção, obrando com discernimento, será recolhido, mediante requisição do inspector competente, a colonias correccionaes, ou estabelecimentos industriaes disciplinares, pelo

tempo que o mesmo inspector parecer, contanto que não exceda de cinco annos.

§ 2.º *Entende-se por estabelecido 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.*

§ 3.º *Os índios que tiverem mais de cinco annos de residência em povoação indígena, quando commetterem qualquer infracção prevista na legislação penal commum, serão punidos com a metade somente das penas nella instituídas.*

§ 4.º *As circumstancias aggravantes 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.*

§ 5.º *As circumstancias attenuantes do art. 42 influem para diminuição das penas impostas aos índios das mencionadas categorias.*

§ 6.º *Os índios de que trata o § 3.º deste artigo não poderão soffrer prisão cellullar, a qual será substituída pela prisão disciplinar, por tempo egual, em estabelecimentos industriaes especiaes.*

§ 7.º *Ficam desde logo sujeitos, como qualquer cidadão, ao regimen commum de direito, os índios que passarem para os centros agrícolas, de que trata o Decreto 9.214, de 15 de dezembro de 1911”.*

Propostas de adoção pela legislação penal de critérios expressos para aferição da culpabilidade de indígenas foram feitas à medida que se pensava na reforma legislativa.

Virgílio de Sá Pereira, em anteprojeto de Código Penal oferecido ao Governo Federal, em 1928, sugeriu que houvesse artigo próprio sobre a situação jurídica dos indígenas. Definindo a inimputabilidade como o estado de alienação mental, idiotia ou inconsciência e a imputabilidade restrita como a diminuição da faculdade de determinar os próprios atos, o desembargador estipulou, no art. 31 de seu anteprojeto, que “[c]onsoante a sua selvageria, ter-se-á por excluída ou diminuída a imputabilidade do selvícola” (PEREIRA, 1928, p. 9).

Também o anteprojeto oferecido por **Alcântara Machado**, catedrático de Medicina Legal da Faculdade de Direito de São

Paulo, tratou da responsabilidade penal dos indígenas, após sua designação pelo Ministro da Justiça, **Francisco Campos**, em 1937, para apresentar novo código penal. Inspirando-se no “Código Rocco”, do fascismo italiano (MACHADO, 1939, p. 293), e acatando o sistema proposto por **Virgílio de Sá Pereira** (estabelecendo o critério biológico para os imputáveis e o biopsicológico para os de imputabilidade restrita), **Alcântara Machado** isentou de pena os “silvícolas não adaptados” e previu a redução de pena para o “silvícola incompletamente adaptado” – sujeitando todos, contudo, à aplicação de medidas de segurança.

“Art. 16. Não são passíveis de pena, ficando, porém, sujeitos às medidas de segurança constantes dos títulos V e VI que lhes forem aplicáveis:

I – o menor de 18 anos;

II – o surdo-mudo não educado;

III – o selvícola não adaptado;

IV – aquele que, devido ao estado de alienação mental, em que se encontre no momento do crime, for incapaz de compreender a criminalidade do fato ou de se determinar de acordo com essa apreciação.

Art. 17. São passíveis de pena diminuída, ficando sujeitos, além disso, às medidas de segurança constantes dos títulos V e VI, que lhes forem aplicáveis:

I – o maior de 18 e menor de 21 anos;

II – o surdo-mudo educado;

III – o selvícola incompletamente adaptado;

IV – aquele que, devido a grave anomalia psíquica, de que não resulte alienação mental, tiver enfraquecida, no momento do crime, a capacidade de compreender a criminalidade do fato ou de se determinar de acordo com essa apreciação”.

Além disso, dentre as penas previstas pelo seu anteprojeto, estava a de “segregação”, por igual período das penas privativas de liberdade (reclusão, de um ano, no mínimo, a trinta anos, no máximo, e detenção, de seis dias, no mínimo, a três anos, no

máximo), substituindo-as na hipótese de réus maiores de 18 e menores de 21 anos, portadores de grave anomalia psíquica, surdos-mudos incompletamente educados ou silvícolas incompletamente inadaptados. A “segregação” seria executada em seções especiais de instituto de trabalho obrigatório e de casas de custódia e tratamento, segundo o seu art. 32 (DOTTI, 2010, p. 277).

Em defesa do anteprojeto – e justificando o tratamento de inimputabilidade ou de imputabilidade restrita para os indígenas – **Alcântara Machado** escreveu, em artigo, que não fosse esta a solução jurídica dada, poder-se-ia aventar a aplicação aos índios do erro de proibição (à época, bipartido em “erro de direito” e “erro de fato”), razão pela qual não fez constar nenhuma exceção ao princípio de que a ignorância da lei penal não exculpa o agente (MACHADO, 1939, p. 305).

Contudo, o Código Penal, de 1940 (Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940) silenciaria quanto à temática, muito embora a Exposição de Motivos anexada ao projeto de Código, elaborada por **Francisco Campos**, considerasse que, sob os preceitos da inimputabilidade, deveriam ser incluídos os indígenas:

“(...) No seio da Comissão foi proposto que se falasse, de modo genérico, em ‘perturbação mental’; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se, em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao ‘desenvolvimento mental incompleto ou retardado’, e devendo entender-se como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo ‘mental’ é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênitas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava alusão expressa aos surdos-mudos e silvícolas inadaptados” (apud PIERANGELI, 2004, p. 414).⁴⁷

47. Colocando-se contra o argumento, Guilherme Percival de Oliveira resumiu a inconsistência do argumento: “Na comissão elaboradora do Código Penal, foi proposto que, em lugar de doença mental, se dissesse perturbação mental. Ora, a expressão, da mesma forma que alienação mental, haveria de compreender forçosamente os estados mórbidos ou não e, assim, não era de ser aceita, para o seu ponto de vista. Na ‘Exposição de Motivos’, surge

Também o Estatuto do Índio, de 1973, revogando o Dec. Legislativo 5.484/1928, seria omissivo quanto aos critérios para a análise da responsabilidade penal de indígenas. Sem abandonar o ideal integracionista da legislação anterior, o Estatuto do Índio readaptou os graus de integração referindo-se a três níveis (isolados, em vias de integração e integrados), como vimos.

Trouxe, também, disposições de caráter penal relacionadas à aplicação das penas por crimes eventualmente praticados por indígenas e tipificou ilícitos praticados por terceiros contra aqueles e às suas culturas, contidas em seus arts. 56-59:

“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.*

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.

Art. 58. Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:

I – escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena – detenção de um a três meses;

II – utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena – detenção de dois a seis meses;

III – propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena – detenção de seis meses a dois anos.

uma explicação diferente. Vale a pena transcrevê-la, para se ver diretamente que não explica nada” – fazendo, então, a transcrição no corpo do texto exposta (OLIVEIRA, 1958, p. 96-97).

Parágrafo único. *As penas estatuídas neste artigo são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio.*

Art. 59. *No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço”.*

Assim, no caso de sobrevir ao indígena uma condenação pela prática de uma infração penal, deverá o juízo, na aplicação da pena, atenuá-la, independentemente de seu grau de integração à “sociedade nacional”, muito embora deva considerá-lo para a dosimetria da pena-base (o que não se confunde com a atenuação, que ocorre num segundo momento do cálculo da pena)⁴⁸.

As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, quando possível, em regime especial de semiliberdade na localidade em que funcionar o setor da Funai mais próximo à sua habitação. Toleram-se a aplicação pelos povos indígenas de sanções penais ou disciplinares contra seus próprios membros, desde que não sejam consideradas cruéis ou infamantes, proibindo-se totalmente a pena de morte.

O Estatuto do Índio, ao tipificar condutas praticadas contra os indígenas, afastou as condutas previstas nos §§ 1.º a 4.º do art. 205 da Consolidação das Leis Penais, de 1932, embora tivesse mantido, em condutas ilícitas mais detalhadas nos incs. I e II do art. 59, o crime de exposição dos indígenas que se tipificava no § 5.º daquele artigo. Além disso, tipificou, pela primeira vez, o ato de disseminar bebida alcoólica entre os indígenas, uma das condutas propiciadoras da desagregação das comunidades e,

48. Com a superação do paradigma assimilacionista pela Constituição Federal de 1988, a atenuante prevista no *caput* do art. 56 do Estatuto do Índio deve ser aplicada a todos os indígenas ainda que, nos termos do art. 4.º, possam ser considerados em distintos graus de integração à “sociedade nacional”. Entendemos que, se não declarada a inconstitucionalidade do Estatuto do Índio, deve o juiz, ao considerar o grau de integração para cálculo da pena, fazê-lo somente na primeira fase de dosimetria desta, sobre a qual deverá recair, posterior e irrefutavelmente, a atenuante.

geralmente, disseminada com esse intuito. Seja como for, reflete ainda a orientação de uma legislação tutelar.

Nenhum desses diplomas legais tratou, especificamente, sobre a competência judicial para apreciação e julgamento de questões que envolvam indígenas e seus direitos. A Constituição Federal, de 1988, no entanto, inovou nesse sentido, ao estipular que cabe à Justiça federal processar e julgar as “disputas sobre direitos indígenas” (conforme redação do inc. XI de seu art. 109) – muito embora a interpretação sobre o conceito de “disputa” não seja unânime na jurisprudência, de tal forma que seu exame “(...) *revela claramente certos preconceitos etnocêntricos que ordinariamente se enraízam no discurso do homem branco*” (CASTILHO e COSTA, 2004, p. 82), como veremos.

Por fim, embora haja divergência sobre a força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio,⁴⁹ a C169 da OIT traz disposições sobre o tratamento jurídico-penal a ser observado pelos Estados-parte quando da criminalização de indígenas.

Em seus arts. 8.º a 10, a Convenção determina que, quando da aplicação da legislação nacional, devem ser considerados os costumes dos povos indígenas, que têm o direito de conservá-los, assim como as instituições próprias, desde que não sejam incompatíveis com os direitos humanos fundamentais reconhecidos. Além disso, sempre que necessário, devem

49. Parte da doutrina jurídica reconhece a força constitucional automática de Tratados de Direitos Humanos em razão de sua matéria, que ampliaria o rol dos direitos fundamentais previstos no art. 5.º do Texto Constitucional, conforme seu § 2.º, compondo, assim, o denominado “bloco de constitucionalidade”. Outra parte, porém, exige o procedimento formal de constitucionalização dos tratados internacionais previsto no § 3.º do art. 5.º, qual seja, sua aprovação, em dois turnos, por dois terços dos membros das duas Casas do Congresso Nacional (AFONSO DA SILVA, 2000, p. 174). Filiamo-nos à primeira corrente, entendendo que a C169, da OIT, por seu teor garantista e de ampliação de direitos humanos fundamentais, tem força normativa constitucional, até porque foi internalizada antes da emenda que introduziu o § 3.º no art. 5.º.

os Estados-parte estabelecer procedimentos próprios para solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação desses princípios, preservando-se o respeito à autonomia dos povos indígenas afetados.

A C169 da OIT também prevê o respeito pelos Estados-parte aos métodos recorridos tradicionalmente pelos povos indígenas interessados para a repressão dos delitos cometidos por seus membros, fazendo-se a ressalva de sua compatibilização com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos – evitando-se a aplicação de medidas que possam ser consideradas cruéis ou infamantes.

De todo modo, as autoridades e os tribunais cooptados para se manifestarem sobre questões penais que envolvam indígenas devem considerar seus costumes a respeito do assunto e, na aplicação da sanção penal, fazerem-na levando em conta suas características econômicas, sociais e culturais, devendo dar-se preferência a tipos de punição diversos do encarceramento.

Portanto, a C169 da OIT, reformulando integralmente a Convenção antecessora – C107,⁵⁰ reforça a condição de sujeitos de direitos dos povos indígenas e de seus membros, assegurando-lhes ao máximo a autonomia para decisão de temas que lhes

50. As origens da doutrina da tutela, no direito internacional, provêm da concepção de soberania adotada pela Liga das Nações, em 1919, composta pelos países considerados vencedores após o fim da Primeira Guerra Mundial. Segundo a Liga, soberanos eram os Estados avançados, assim determinados segundo critérios econômicos. Instituiu-se um neocolonialismo, em que cabia às sociedades avançadas a integração das sociedades consideradas atrasadas, tutelando-as. A Organização Internacional do Trabalho, também criada pelo Tratado de Versalhes que gerou a Liga das Nações, preocupada com as condições de vida dos trabalhadores indígenas, formou a Comissão de Peritos em Trabalho Indígena que, dentre outras medidas, discutiu e propôs o texto da Convenção 107, vinculando a noção de desenvolvimento dos povos indígenas à sua integração às sociedades de Estado – entendimento que só veio a se alterar, na década de 1980, após a mobilização de indígenas e o surgimento de novos estudos sobre desenvolvimento, em âmbito internacional (GARZÓN, 2009, p. 17-20).

afetem e o respeito aos seus usos e costumes, sem socorrer-se de critérios raciais ou etiológicos para tanto.

2.3 Considerações doutrinárias acerca da culpabilidade de indígenas

Feito o apanhado do tratamento legislativo dado à responsabilização criminal de indígenas, no curso do século XX, passamos à análise, pela doutrina jurídica, de tais disposições que, em geral, são apenas reproduções de seu teor sem aprofundamento crítico algum. Os indígenas (“silvícolas”) são enquadrados na fórmula legal dada à inimizabilidade e são mencionados como indivíduos com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sem referências às fontes da criminologia etiológica que ensejaram este tratamento legal, havendo poucas exceções doutrinárias que tentam atribuir novo olhar quanto à reprovação da culpabilidade desses sujeitos.

Para a elaboração do Código Penal, de 1940, adotou-se a teoria psicológica de culpabilidade (MACHADO, 2010, p. 202), segundo a qual o dolo e a culpa são encarados como seus elementos e compreendidos como a expressão da vontade do agente de realizar a conduta típica e ilícita. Há uma relação psicológica do autor com o fato e, por essa razão, **Francisco Campos** define, na Exposição de Motivos, a culpabilidade como elemento subjetivo do crime. “*Sem o pressuposto do dolo e da culpa stricto sensu, nenhuma pena será irrogada*” (apud PIERANGELI, 2004, p. 412).

Após a reforma da Parte Geral do Código Penal, por meio da Lei 7.209/1984, que adotou a teoria normativa, a culpabilidade passou a ser encarada como o juízo de reprovação sobre o sujeito que realiza o tipo de injusto e tem por fundamentos: (a) a capacidade de ser culpável (imputabilidade); (b) o conhecimento concreto do injusto (potencial consciência da ilicitude); e (c) inexigibilidade de conduta diversa, isto é, a “(...) *normalidade das circunstâncias do fato e [a] concreta indicação do poder de não fazer o que fez, excluído ou reduzido nas situações de exculpação*” (CIRINO

DOS SANTOS, 2012, p. 273-274). Nesse sentido, incorporando a teoria finalista de **Welzel**, a Parte Geral do Código Penal separa a consciência do fato da consciência da antijuridicidade do fato – conquanto a ausência daquela constitua o erro de tipo, com a consequente exclusão do dolo, a inexistência desta exclui ou reduz a culpabilidade (erro de proibição).

Dentre os três elementos, a capacidade de culpabilidade – e mais propriamente, sua exclusão ou minoração – é eleita o critério basilar para análise da reprovabilidade dos indígenas, reproduzindo-se na dogmática penal o teor da criminologia etiológica. O Código Penal a define negativamente, por meio do critério biopsíquico.⁵¹

Nos seus *Comentários ao Código Penal*, **Nelson Hungria** fez constar entre os deficientes mentais o “(...) homo sylvester, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado homo medius que a lei penal declara responsável” (HUNGRIA, 1958, p. 330), considerando que, para ele, o conceito de mente abrangia também o de “senso moral” – aproximando-se, portanto, de **Garofalo** na descrição do “delito natural”. Explicou, também, o porquê de a Comissão Revisora do anteprojeto de **Alcântara Machado** não ter assumido publicamente esse entendimento e positivado norma específica reguladora da situação jurídica do indígena.

51. Prevía o artigo 22, *caput*, do CP: “Art. 22. 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 criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Após a reforma da Parte Geral do Código Penal, em julho de 1984, a inimputabilidade e semi-imputabilidade passaram a ser tratadas no art. 26 do seguinte modo: “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. Parágrafo único – 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”.

Segundo Hungria:

“Dir-se-á que tendo sido declarados, em dispositivos à parte, irrestritamente irresponsáveis os menores de 18 anos, tornava-se desnecessária a referência ao desenvolvimento mental incompleto, mas explica-se: a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio” (idem, p. 337).

O critério de inimizabilidade teria, a partir de então, primazia nos julgados e na doutrina jurídica quanto à análise da culpabilidade de indígenas, sem aprofundamento quanto aos instrumentos jurídicos utilizados para seu reconhecimento ou não.

Fernando A. N. Galvão da Rocha, por exemplo, reforça a tese de inutilidade do termo “desenvolvimento mental incompleto” previsto na fórmula legal, não fosse a sua alusão ter sido “(...) *intencional [para] possibilita[r] alcançar, por interpretação extensiva, os silvícolas*” (2007, p. 373), referendando **Nelson Hungria**.

André Estefam, ao ratificar a posição de indígenas como integrantes do rol de pessoas com desenvolvimento mental incompleto, informa que “(...) *ao tempo do Código Penal de 1890, tais pessoas [‘silvícolas’ e surdos-mudos] eram expressamente mencionadas como ‘não criminosos’ [e que] essa ficção legal foi abandonada com a promulgação do atual Código Penal*” (2012, p. 291), fazendo menção ao art. 27⁵² daquele Diploma Legal que, na verdade, reportava-se apenas aos surdos-mudos.

52. Dizia o art. 27 do Dec. 847, de 11.10.1890 – Código Penal: “Art. 27 Não são criminosos: § 1.º Os menores de 9 annos completos; § 2.º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento; § 3.º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação; § 4.º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime; § 5.º Os que forem impellidos a commetter o crime por violencia physica irresistivel, ou ameaças acompanhadas de perigo actual; § 6.º Os que commetterem o crime casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com attenção

Segundo **César Roberto Bittencourt**, “[d]esenvolvimento mental incompleto (...) é aquele que ainda não se concluiu, abrangendo os surdos-mudos e os silvícolas inadaptados (que recebem o tratamento do sistema biopsicológico); na hipótese destes últimos, a psicopatologia forense determinará, em cada caso concreto, se a anormalidade produz a incapacidade referida pela lei” (2010, p. 417). Diz ainda:

“Aos surdos-mudos equiparam-se os silvícolas, que podem hoje estar aculturados. No entanto, o nível de adaptação social às normas de cultura da comunidade social deve ser avaliado em caso particular; havendo dúvidas, deve-se providenciar em avaliações antropológicas e sociológicas para se constar o grau de aculturação atingido. Evidentemente 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 dita civilizada e a diferença de escala de valores” (BITTENCOURT, 2010, p. 417).

A inadaptação dos “silvícolas” também é referida, na doutrina, como uma das causas biológicas que constituem o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ao lado das oligofrenias e da surdo-mudez (COSTA JR., 2005, p. 117). **Rogério Greco** acompanha **Nelson Hungria**, fazendo, no entanto, ressalva aos surdos-mudos, em nada retificando as considerações sobre a responsabilidade penal de indígenas (2008, p. 114). **Magalhães Noronha**, equiparando-os aos menores, alerta que, no caso dos “silvícolas” não ajustados à civilização, “[n]ão se trata de patologia, mas de inadaptação a um viver de nível cultural que não possuem” (1959, p. 211). Para **Cleber Masson**, “O desenvolvimento mental incompleto abrange os menores de 18 anos e os silvícolas. Para os menores de 18 anos de idade a regra é inócua, pois deles já cuidam o art. 228 da CF e o art. 27 do CP. Os silvícolas, por outro lado, nem sempre serão inimputáveis. Depende do grau de assimilação dos valores sociais, a ser revelado pelo exame pericial. Destarte, dependendo da conclusão da perícia, o silvícola pode ser: (a) imputável: se integrado

ordinária; § 7.º Os surdos-mudos de nascimento, que não tiverem recebido educação nem instrução, salvo provando-se que obraram com discernimento”.

à vida em sociedade; (b) *semi-imputável*: no caso de estar dividido entre o convívio na tribo e na sociedade; e (c) *inimputável*: quando completamente incapaz de viver em sociedade, desconhecendo as regras que lhe são inerentes” (MASSON, 2014, p. 193).

A necessidade de laudo antropológico para aferir a imputabilidade é controversa. Para **Fernando Capez**, torna-se imprescindível sua produção quando se versa sobre a inimputabilidade dos “homens da floresta” (2005, p. 308). **Leonardo Luiz de Figueiredo Costa**, por outro lado, dispensa-o, ao concluir que “(...) os silvícolas serão imputáveis na medida do seu grau de integração (art. 56 da Lei 6.001/1973) [e] se estiverem aculturados, totalmente inseridos na sociedade, são plenamente imputáveis” (COSTA, 2005, p. 87). Nesse sentido, **Fernando de Almeida Pedroso**:

“Com relação ao silvícola, esta simples condição não lhe confere carta de alforria. Assim, não há inimputabilidade se o indígena já estiver integrado e adaptado ao meio civilizado, sendo até dispensável laudo antropológico se sua integração for evidente em razão do grau de sua escolaridade, por ser eleitor, habilitado para dirigir veículo ou operador em instituição financeira, o que significa que a simples condição de silvícola não exclui a imputabilidade.

Desta sorte, em qualquer hipótese, sempre será fundamental conjugar ao fator meramente biológico a sua significação psicológica” (2008, p. 552).

Batazar Jr., compilando as orientações jurisprudenciais quanto à imputabilidade de indígenas, informa que, segundo a nova concepção da Constituição Federal de 1988, que os considera sujeitos de direitos, “(...) a imputabilidade do índio deverá ser verificada mediante perícia, a fim de verificar sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato criminoso, consideradas as particularidades de sua cultura e costumes” (2012, p. 360). Em seu *Código Penal anotado*, Damásio de Jesus (2009) também resume as linhas gerais sob as quais se define a imputabilidade de indígenas. Desse modo:

“Silvícolas inadaptados

São inimputáveis (RT 508/405; RDP 2/110).

Índio aculturado

É imputável (STF, RHC 64.476, RT 614/393; TJMS, ACrim 30.689, RT 694/364).

Índio em fase de integração

Só por isso não é inimputável, exigindo-se laudo pericial a respeito da imputabilidade (STF, RECrIm 97.064, RTJ 105/396)” (JESUS, 2009, p. 125).

Para **Heleno Fragoso**, porém, “(...) *nem sempre a questão estará bem posta pelo aspecto da inimputabilidade*” (1978, p. 608), porque se esta é a incapacidade de determinar a própria conduta em conformidade ao ordenamento jurídico (e os indígenas a possuem, embora pautados por preceitos morais de sua ancestralidade), “[t]rata-se de atribuir relevância jurídica ao déficit social dos silvícolas, enquanto estranhos e alheios ao nosso estilo de civilização” (idem). Coloca-se novamente a necessidade de analisar o grau de integração dos indígenas à sociedade não indígena, sem, contudo, abandonar de todo o critério de inimputabilidade que, para **Heleno Fragoso**, era fenômeno observado nos indígenas inadaptados.

“Seria indubitavelmente mais correto estabelecer expressamente a inimputabilidade do silvícola inadaptado. Aqui, com grande clareza, se revela muito bem o caráter valorativo do juízo de inimputabilidade, que compete ao julgador, na análise da capacidade de culpa” (idem, p. 609).

Guilherme de Souza Nucci, igualmente, afirma que “(...) *nem sempre o índio deve ser considerado inimputável ou semi-imputável, mormente quando estiver integrado à civilização*” (2008, p. 273).

Esse entendimento doutrinário é, portanto, conforme ao ideal integracionista (assimilacionista) do Estatuto do Índio, embora contrário à Constituição Federal, que adotou o “paradigma da pluriethnicidade”, ao reconhecer direitos aos variados grupos étnicos que compõem o País. De acordo com este paradigma, “(...) *o grau maior de integração do indígena à sociedade nacional não o descaracteriza como indígena, tampouco*

exclui a imputabilidade penal”, sendo isto “(...) *consequência do reconhecimento de que não há uma escala de desenvolvimento de grupos étnicos. Eles apenas são diferentes*” (CASTILHO e COSTA, 2009, p. 60).

Poucos são os doutrinadores que analisam a reprovação da culpabilidade de indígenas de acordo com sua potencial consciência da ilicitude ou por não lhes ser exigível conduta diversa.⁵³ Tende-se, em geral, a averiguar se o indígena tinha conhecimento do injusto ou se podia agir em conformidade a ele e, deste modo, se este conhecimento se viu reduzido ou excluído pela ocorrência do erro de proibição – o que, segundo a teoria da culpabilidade, corresponde ao erro quanto ao injusto do fato. “[O] autor sabe o que faz, mas pensa, erroneamente, que é permitido, ou por crença positiva na permissão do fato, ou por falta de representação da proibição do fato” (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 297).

Para **René Ariel Dotti**, contudo, não há “(...) *operação mental de validade absoluta, como equação algébrica, para a determinação da culpabilidade em matéria penal*” (apud VILLARES, 2011, p. 72), cabendo examinar, antes, o caso concreto, bem como as circunstâncias do crime, para sua aferição. Para o autor,

-
53. “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 frequência. 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 – biológica e racista – já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes. Nada tem de diferente do discurso de justificação, que produziu frequentíssimas 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 foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 559).

“[o] índio estará isento de pena se o fato punível por ele praticado não estiver na categoria de valores próprios de seus usos e costumes [devendo-se] reconhecer a hipótese típica do erro inevitável sobre a ilicitude do fato (CP, art. 21)” (DOTTI, 2010, p. 506). Aliás, “[f]ica a advertência de que, mesmo totalmente integrado à sociedade nacional e à sua cultura, da cidade ou do campo, o indígena ainda conserva raízes que não podem ser renegadas. Há influências grupais que estabelecem, no seu próprio âmbito de civilização e cultura, a noção de licitude ou ilicitude da conduta. Assim, um índio Guajajara, descendente desta etnia que tem como tradição cultural o uso da maconha em determinados rituais, não deve ser tratado como qualquer outro usuário da mesma droga pelo fato de falar português e morar na cidade” (apud VILLARES, 2011, p. 73).

Eugenio Raúl Zaffaroni e **José Henrique Pierangeli** fazem, no erro de proibição, uma distinção entre o erro de conhecimento e o erro de compreensão. Para os autores, o erro de conhecimento, que recai sobre a ilicitude da conduta (ou sua antijuridicidade), pode ser direto (quando o agente erra sobre o conteúdo da norma proibitiva, tendo por objeto a lei penal) ou indireto (quando o erro recai sobre a permissividade de causa justificante ou seus limites jurídicos).

Quando, porém, é inexigível que o agente entenda a regra e *“(...) a não internalização de seu valor se dá em razão do condicionamento cultural do agente, está-se diante de um erro de compreensão culturalmente condicionado”* (REZENDE, 2009, p. 83). Em todo caso, nestas hipóteses, cabe indagar se a inevitabilidade do erro deve sempre redundar na absolvição do agente.

A inevitabilidade do erro de proibição refere-se à possibilidade de conhecimento do injusto, da *“(...) reflexão e informação do agente sobre o injusto específico do tipo legal”* (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 306).⁵⁴ Para **Zaffaroni** e **Pierangeli**, nem sempre o indígena

54. Para Juarez Cirino dos Santos, “[a] possibilidade de conhecimento do injusto, que indica a inevitabilidade do erro de proibição, depende de múltiplas variáveis, como a posição social, a capacidade individual, as representações de valor do autor etc. e deve ser medida por critérios normais de reflexão ou

entenderá a ilicitude da sua conduta, em razão dos valores apreendidos em sua cultura e que o impedem de compreender a proibição da norma. Nesta hipótese, cabe apenas o respeito ao seu modo de agir, sob pena de se pretender uma imposição etnocêntrica de valores outros, alheios à sua realidade – objetivo, aliás, segundo os autores, perseguido pelo Estatuto do Índio, que na busca pela integração dos indígenas à “sociedade nacional” acaba “(...) *esquecendo-se que o silvícola está integrado, só que está integrado na sua cultura, acerca da qual nós estamos tão desintegrados como ele da nossa*” (2011, p. 559).

O erro de compreensão culturalmente condicionado, entretanto, desconsidera que no erro de proibição exige-se apenas o conhecimento da proibição do tipo de injusto – e não a internalização do valor do bem jurídico que este visa a tutelar. O Estado não exige que o agente a internalize como um valor próprio, mas que a conheça – ao menos na forma como o erro de proibição foi adotado pela legislação penal brasileira.⁵⁵

De todo modo, alguns doutrinadores desenvolveram também suas análises quanto à culpabilidade de indígenas sob vias outras que não a de sua inimputabilidade. Nesse sentido: “[n]ão se descarta, entretanto, diante do caso concreto, que a sua não

de informação, e não por critérios rigorosos, incompatíveis com a vida social” (2012, p. 305). Mesmo porque, ainda conforme o autor, “(...) *em sociedades com elevadas taxas de exclusão do mercado de trabalho e do sistema escolar – ou seja, marcadas pela pobreza e pela ignorância, como é o caso da sociedade brasileira –, a frequência do erro de proibição e a imprecisão dos critérios de evitabilidade/inevitabilidade do erro reclamam atitudes democráticas na sua avaliação: bitola larga para a inevitabilidade, bitola estreita para a evitabilidade do erro de proibição*” (idem, p. 309).

55. Sob a rubrica de “erro sobre a ilicitude do fato”, o Código Penal, após a reforma da Parte Geral, de 1984, que se filiou à teoria limitada da culpabilidade, trata o erro de proibição do seguinte modo: “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*”.

integração seja causa excludente da culpabilidade, mas por ausência de potencial consciência da ilicitude ou inexigibilidade de conduta diversa” (CUNHA, 2014, p. 265).

Victor Gabriel Rodríguez, embora reconheça que indígenas ainda não integrados possam se encontrar em “fase anterior de desenvolvimento” (acatando, ainda que parcialmente, o evolucionismo social spenceriano) e exemplificando suas considerações com exemplos etnológicos vagos sobre “tribos da Amazônia”, afirma, contudo, que “(...) *não há qualquer sustentáculo, sequer jurídico, para que ao indígena não integrado se o considere de algum modo mentalmente incapacitado*” (2010, p. 284). E, ainda:

“O que pode ocorrer ao índio não integrado é que a ignorância acerca dos valores vigentes na sociedade não indígena possam impedir o conhecimento da proibição de alguns delitos. Não se trata apenas de conhecer a lei penal – que nesse contexto é o menor dos problemas – mas da absorção ou não dos valores que são subjacentes à norma jurídico penal. Se o ser humano aprende por imitação, há que se saber reconhecer que uma atitude que nos pareça abjeta pode representar um valor positivo a outra cultura. Em algumas tribos da Amazônia, matar o recém-nascido, o ancião ou o doente é atitude socialmente valorada para a manutenção do grupo” (RODRÍGUEZ, 2010, p. 284-285).

Segundo **Paulo Queiroz**, independentemente do grau de integração do indígena à “sociedade nacional”, é forçoso reconhecer sua imputabilidade (isto é, sua capacidade imputação), não sendo admitível pressupor-se seu desenvolvimento mental incompleto ou retardado apenas em razão do contato interétnico. Mas, conclui o autor, a sua “(...) *imputabilidade há que ser apreciada segundo a sua tradição, e não conforme os valores eurocêntricos da cultura dominante*” (2015, p. 8-9). Reconhecendo, também, a possibilidade de se alegar a falta de conhecimento da proibição penal (como erro vencível ou invencível sobre a ilicitude do fato), **Paulo Queiroz**⁵⁶ afirma, porém, que em muitas ocasiões o que se opera é a atipicidade da conduta.

56. Manifestando-se sobre a jurisdição indígena, Paulo Queiroz afirma que seu reconhecimento decorre da interpretação do art. 231 da CF,

“Justamente por isso, não há, em princípio, fato típico quando o agente pratica conduta de acordo com suas tradições, costumes e crenças. Assim, por exemplo, não existe estupro de vulnerável (CP, art. 217-A) no âmbito de certas comunidades indígenas onde o acasalamento ocorre antes dos 14 anos de idade. Cuida-se de fato atípico. Nem é típica a pesca ou caça, entre outras atividades inerentes à tradição indígena, que poderiam (em tese) configurar crime ambiental” (idem, p. 8).

Para **Guilherme Madi Rezende**, estas circunstâncias estariam melhor descritas como hipóteses supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, “(...) *seja isoladamente, em casos onde é suficiente para afastar a culpabilidade, seja combinado com o critério da individualização da pena, onde a inexigibilidade não tiver força suficiente para afastar a culpabilidade, mas tão somente para atenuá-la*” (2009, p. 101).

“Para que se possa, então, afirmar esta excludente é importante que se avalie se a conduta do indígena estava de acordo com os valores próprios de seu povo. Se sim, considerando que estes valores, apesar de conflitantes com os valores da norma que incrimina a conduta, são respeitados e protegidos, estará o indígena acolhido pela inexigibilidade de conduta diversa. Se não, não se há falar nesta excludente” (idem, p. 102).

Algumas propostas legislativas foram apresentadas no Congresso Nacional para disciplinar, de modo mais amplo,

que reconhece aos indígenas o direito à organização social. Assim, a autonomia do Direito Penal indígena aconteceria em relação às infrações cometidas em seu território, envolvendo seus membros, sendo o Direito Penal oficial apenas residual (o que não impediria a provocação do Poder Judiciário, dado ser esta uma garantia fundamental prevista no inc. XXXV do art. 5.º da CF – “*princípio da inafastabilidade da jurisdição*”). E conclui: “*Efetivamente, ninguém está em melhor condição de julgar o índio do que a própria comunidade indígena em que se deu o conflito. É mais legitimamente. Tolerar que o índio continue a ser julgado segundo o direito oficial é tão injusto e inadequado quanto o contrário: permitir que os não índios fossem julgados de acordo com o direito indígena. Ofende-se, assim, o princípio da igualdade ao negar o direito à diferença e ao tratar como iguais os desiguais*” (QUEIROZ, 2015, p. 8).

o tratamento jurídico-penal de indígenas. O Projeto de Lei iniciado no Senado – PLS 216/2008, considera os indígenas “isolados” como imputáveis e os “em vias de integração” e “integrados” como imputáveis – referendando jurisprudência e doutrina majoritárias.

Outras propostas, porém, tentaram disciplinar a questão do erro que lhes seria aplicável, como o PLS 236/2012, fruto de Comissão Revisora do Código Penal:⁵⁷

“Índios

Art. 36. Aplicam-se as regras do erro sobre a ilicitude do fato ao índio, quando este o pratica agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo, conforme laudo de exame antropológico.

§ 1.º A pena será reduzida de um sexto a um terço se, em razão dos referidos costumes, crenças e tradições, o indígena tiver dificuldade de compreender ou internalizar o valor do bem jurídico protegido pela norma ou o desvalor de sua conduta.

§ 2.º A pena de prisão será cumprida em regime especial de semiliberdade, ou mais favorável, no local de funcionamento do órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua habitação.

§ 3.º 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 indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros” (SENADO FEDERAL, 2012, p. 21).

57. O Projeto de Lei do Senado 236/2012, apresentado no exíguo prazo de sete meses de trabalhos da Comissão Revisora, sofreu severas críticas da doutrina jurídica e de diversas agências do sistema de Justiça criminal. Mencione-se, a título de exemplo, trecho de Carta Aberta, formulada no encerramento do “Seminário Crítico da Reforma Penal”, realizado entre os dias 11 e 13.09.2012, pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro: “A notável pobreza teórica do Projeto, constatada por unanimidade, precisa ser destacada porque implica maior dificuldade na tentativa de controle democrático da competência punitiva do Estado. Assim é que, por suas falhas, o Projeto afasta o direito penal simultaneamente da ciência e da cidadania, isto é, não só se opõe ao saber jurídico, mas também ao soberano poder popular” (TAVARES, 2012, p. 273).

É de se notar, porém, que embora mencione haver aí a incidência do erro de proibição, o PLS 236/2012, disciplina, em verdade, algo próximo do erro de compreensão culturalmente condicionado, idealizado por **Zaffaroni** e **Pierangeli**, na medida em que se reporta à dificuldade de compreensão ou de internalização do valor da norma proibitiva como condição para a redução da pena, prevendo, pois, outro elemento para a ocorrência do erro de proibição que o mero conhecimento da norma.

Para **Alaor Leite**, trata-se do reconhecimento da figura do autor por convicção ou da previsão de uma exculpação por fato da consciência, isto é, determina-se que ainda que o agente (índigena) tenha a consciência da ilicitude de sua conduta, por guiar-se por uma ordem jurídica própria e, segundo ela, definir sua conduta, será abarcado pela diminuição da pena por ser inexigível comportamento diverso do tipo de injusto (LEITE, 2012, p. 74).

Na Exposição de Motivos do anteprojeto de Código Penal, o relator **Luiz Carlos dos Santos Gonçalves** justificou o tratamento penal dos indígenas sob o critério de erro de proibição argumentando que apenas ele permite mensurar o grau de compreensão dos comportamentos vedados, sendo imprescindível, aliás, a produção de laudo antropológico.

“(...) O tratamento como caso de erro de proibição permite, se justificável o engano sobre o que se proíbe ou não, isentar de pena. Se o erro não for justificável, será possível, para o índio, obter redução de pena de um sexto a dois terços (mais do que na regra comum, na qual a redução é de um sexto a um terço). Por fim, se mesmo o ‘homem branco’ procura formas alternativas de punir, negar esta possibilidade às comunidades indígenas seria desarrazoado” (SENADO FEDERAL, 2012, p. 226).

Segundo **Alaor Leite**, o que se propõe ser garantista acaba, entretanto, por reafirmar a coisificação de indígenas, pois que a diferenciação entre o índio e o “homem branco” conduz não só a uma quebra do princípio de igualdade, como a uma suposta superioridade da ordem jurídica oficial sobre a dos povos indígenas (2012, p. 75).

Essas, em resumo, as lições doutrinárias acerca da culpabilidade de indígenas.

Minoritariamente, os doutrinadores acenam para sua análise sob o viés da potencial consciência da ilicitude ou, ainda, sob a inexigibilidade de conduta diversa. Consideram que, dado o respeito constitucionalmente assegurado às suas formas de organização social, é imprescindível averiguar-se se o agente indígena conhecia o desvalor da norma ou se era possível exigir-lhe comportamento diverso.

Há, ainda, no campo da tipicidade, os que afirmam que, em muitos casos, a conduta, embora ilícita, deve ser considerada atípica, sob os critérios de cada cultura, não se podendo dizer que com tal prática tenha sido colocado em risco algum bem juridicamente tutelado pelo Estado.

Majoritariamente, porém, repete-se o teor da legislação sem aprofundamento qualquer, reforçando sua omissão, tendo em vista que o próprio legislador, baseando-se na Exposição de Motivos do Código Penal, preferiu abarcá-los sob a fórmula vaga de “desenvolvimento mental incompleto”, junto aos surdos-mudos, a ter de mencioná-los expressamente na lei, sob pena de ter que se reconhecer a presença de “gentios infestando o País”. Esta circunstância, aliás, para **Carlos Frederico Marés de Souza Filho**, só pode representar o ardil do Código Penal brasileiro, pois “(...) *ao mesmo tempo que prega uma peça aos estrangeiros (curiosa preocupação ao se elaborar uma lei nacional), que não poderão imaginar a existência de índios ‘infestando’ a civilização, garantem aos ‘infestadores’ um escondido direito, de difícil aplicação e singularmente inútil. Esta vergonha do Direito Penal brasileiro tem a mesma cor e fundamento da vergonha da lei em relação aos escravos no século XIX, o temor de mostrar ao mundo a realidade nacional, suas mazelas, injustiças e defeitos*” (2004, p. 111).

Em geral, apoiando-se nos discursos criminológicos positivistas, na legislação tutelar e nessa dogmática penal que apenas os ratificam, a jurisprudência criminal brasileira, quanto à criminalização de acusados indígenas, reafirma os estigmas raciais e etnocêntricos para reconhecer ou afastar seus direitos peculiares.

Deste modo, ignora-se que “(...) *o homem e sua existência social concreta devem estar no centro da experiência jurídico-penal, particularmente nas áreas da culpabilidade e da aplicação e execução da pena*” (BATISTA, 2011, p. 91), para promover-se uma *penalidade civilizatória*, isto é, uma criminalização que reafirma a inferioridade biopsíquica ou o desaparecimento de indígenas, por meio do cumprimento do ideal integracionista (assimilacionista) da legislação ordinária, como passamos a analisar.

3

A Penalidade Civilizatória de Indígenas

3.1 Metodologia aplicada na análise da jurisprudência criminal

Almejando estudar o discurso jurídico dos tribunais brasileiros na criminalização de indígenas – seu entendimento sobre a influência da cultura e do impacto das relações interétnicas no comportamento individual, de seu respeito à diversidade étnica e reconhecimento das diversas manifestações de organização social coexistentes no território nacional – realizamos o levantamento da jurisprudência dos tribunais de Justiça estaduais, dos Tribunais Regionais Federais, do STJ e do STF, fazendo consulta em seus sítios eletrônicos, pela rede mundial de computadores.

Mencionamos, contudo, como limitador da pesquisa, que nem todos os tribunais completaram o processo de informatização de seu acervo, podendo haver, portanto, uma série de julgados sobre criminalização de indígenas que não se encontravam, ainda, digitalizados à época do levantamento. Além disso, diferem entre os tribunais as empresas prestadoras do serviço de compilação e sistematização dos julgados, segundo as ferramentas oferecidas no momento licitação e de sua contratação – o que resulta em maior ou menor acuidade da pesquisa efetuada pela rede.

Usando como índices para pesquisa os termos “índio”, “indígena” e “silvícola” (que, embora abandonado pela etnologia contemporânea e pelo Texto Constitucional, é corrente na doutrina e jurisprudência penais atuais), selecionamos apenas os julgados em matéria criminal e, dentre estes, aqueles que, especificamente, versaram sobre a criminalização de acusados que suscitaram suas identidades étnicas para requerer assistência jurídica apropriada, a aplicação de atenuante de sanção penal, o regime prisional diferenciado (direitos previstos pelo Estatuto do Índio) ou para amparar a tese de exclusão ou diminuição da culpabilidade, seja pelo reforço do argumento de inimizabilidade de indígenas, seja pelo reconhecimento de erro de proibição ou de causa de inexigibilidade de conduta diversa do tipo de injusto.

Não analisamos, assim, os julgados criminais em que os indígenas figuraram como vítimas, porque, embora cientes de que seu estudo seria essencial para configurar o nível de proteção jurídica que se lhes atribui (principalmente em comparação àquele dado aos não indígenas, em crimes cometidos por indígenas), para fins deste trabalho, limitamo-nos aos julgados em que foi preciso ao Judiciário pronunciar-se sobre a identidade étnica daqueles sobre os quais se pretendia exercer, ampla ou restritamente, o poder punitivo do Estado.

Exluímos do campo de estudo, também, os casos em que os fatos se deram em “reserva indígena”⁵⁸ ou cujo vulgo do acusado é

58. O Estatuto do Índio foi elaborado num contexto histórico em que se propugnava pela integração dos indígenas à “sociedade nacional” e a distinção entre espécies de terras (ou “áreas reservadas”, nos termos da lei) apenas orientava as políticas públicas que se deveriam exercer em cada uma delas para atingir aquele objetivo. Deste modo, segundo o art. 27, “reserva indígena” é tão somente aquela área destinada para servir de *habitat* a um grupo indígena, com meios necessários à sua subsistência. Os “parques indígenas” e as “colônias agrícolas indígenas”, respectivamente previstas nos arts. 28 e 29 do Estatuto, destinavam-se aos indígenas em processo de integração (assimilação). Embora esta distinção não tenha mais importância jurídico-administrativa frente às disposições constitucionais, que reconhecem aos indígenas o direito às terras que tradicionalmente ocupam (art. 231), é ela comumente

“índio”, sem que suposta identidade étnica fosse sustentada pela acusação ou defesa, pois apenas o local do crime ou a alcunha do acusado não fornece elementos seguros sobre aquela.

Nosso objetivo é o de desvelar os critérios utilizados pelo Judiciário (amparados por laudo técnico ou não) para a definição da identidade étnica dos indígenas e o reconhecimento de seus direitos ou enfrentamento das questões suscitadas pela defesa, de modo a possibilitar, ao fim, a construção de uma crítica que não apenas desvele o paradigma etiológico que ainda norteia o julgador na criminalização de indígenas, mas, principalmente, que conduza a seu abandono e transformação.

Entendemos que aqueles critérios estão marcados pelo olhar evolucionista spenceriano que condiciona os estudos jurídicos sobre os indígenas até hoje, bem como a própria legislação indigenista infraconstitucional, mesmo depois da alteração paradigmática contemplada pelo Texto Constitucional, fazendo com que o racismo suscitado sirva ainda como o fundamento de uma política indigenista etnocida, por meio da qual se comunica a transitoriedade dos indígenas e completa integração (assimilação) à “sociedade nacional”.

Considerar-se-ão integrados à sociedade todos aqueles que não correspondam ao índio arquetípico (atemporal e universal), bastando o mero conhecimento da língua portuguesa, por exemplo, para afastar sua identidade étnica.

A isso chamamos de penalidade civilizatória: uma função política do Direito Penal aplicado aos indígenas pelas agências do sistema de justiça que, acriticamente, reproduzem argumentos racistas e etnocidas com a finalidade de reforçar a ideia de seu desaparecimento ou neutralização, isto é, de sua assimilação, ainda que parcial, de usos e costumes da “sociedade nacional”.

Nosso campo de estudo neste tópico é, portanto, a criminalização secundária produzida por agências no âmbito do

mencionada pela jurisprudência dos tribunais estaduais, razão pela qual mantivemos a expressão “reserva indígena” no texto, com as ressalvas aqui feitas de sua impropriedade técnica.

processo (promotores de justiça, defensores, magistrados etc.), considerada aquela o exercício da punibilidade estatal sobre pessoas concretas, em cumprimento ao ato formal programático de criminalização primária. Afinal, “(...) *a repressão não decorre diretamente da transgressão, de que ela supõe, porém, o sucesso dum procedimento de declaração (...)*” (ROBERT, 2007, p. 142-143) empreendido por aquelas agências.

Embora, para **Zaffaroni e Batista** (2003, p. 51), sejam as agências policiais as que operam, de modo mais contundente, a seleção secundária da população criminalizada, fato é que as agências disputam, entre si, a primazia de perfazimento do programa de criminalização primária, o que conduz ao enfraquecimento da crítica e ao desgaste da fundamentação teórica de decisões das agências judiciais, uma vez que estas se veem pressionadas pelas demais para assegurar seu papel central na função criminalizante, notadamente quando expostas a amplo programa de criminalização primária e ao apelo midiático pela maximização do sistema punitivo.

“Quanto mais dependente das agências políticas for a estrutura da judicial, maiores serão estas pressões e menor seu potencial crítico: o recrutamento de operadores tenderá a excluir potenciais críticos e o verticalismo a controlar quem pudesse ter dissimulado, por ocasião de seu ingresso, sua capacidade de observação da realidade. O produto final desta competitividade costuma resultar em leis penais absurdas, disputas por projetos mais repressivos, sentenças exemplarizantes e uma opinião pública confundida e desinformada” (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p.61).

Por essa razão, as decisões judiciais que criminalizam os indígenas voltam-se, em geral, à menção da integração para justificar a aplicação irrestrita do poder punitivo do Estado, amparando-se, ainda, no princípio de igualdade de aplicação do Direito Penal, incidente sobre todos os indivíduos com o mesmo peso e eficácia.

Analisamos, ao todo, 319 julgados (215 dos Tribunais de Justiça estaduais, 38 dos Tribunais Regionais Federais e 66,

do STJ e STF somados), excepcionada uma decisão judicial de primeira instância de Roraima, que trouxemos ao corpo da pesquisa por ser pioneira em matéria de reconhecimento do poder de punir dos povos indígenas envolvidos.

Pretendendo averiguar a profundidade argumentativa dos tribunais no tratamento jurídico-penal de indígenas, destacamos daqueles as seguintes informações, que não se isolam ou se sobrepõem, mas que são correntemente arguidas pela defesa técnica em diferentes momentos do processo penal:

1. *Realização de exame pericial* para aferição da culpabilidade do acusado;

2. *Participação do órgão assistencial (Funai)*, por meio da Procuradoria Federal Especializada, na hipótese de acusado indígena;

3. *Competência para julgamento*, se da Justiça estadual ou federal;

4. *Direitos do indígena criminalizado*, como a aplicação da atenuante de pena ou de regime prisional diferenciado, previstos no art. 56 do Estatuto do Índio;

5. *Respeito aos usos e costumes do povo indígena* ao qual se vincula o acusado, com o reconhecimento de outras formas de punição diversas da prisão.

Tais pleitos defensivos podem ser concomitantes num mesmo processo criminal (por exemplo, a defesa pode requerer nulidade processual pela não realização de laudo pericial e, subsidiariamente, a aplicação de atenuante prevista no *caput* do art. 56 do Estatuto do Índio), razão pela qual a soma do número de vezes em que são mencionados nem sempre corresponde ao número de processos analisados.

Na medida em que tais dados estiveram presentes, destacamos as etnias dos indígenas acusados, os crimes imputados e os principais critérios utilizados pelo julgador para atestar seu grau de integração à “sociedade nacional”, o que, pensamos, contribuem para o mapeamento da criminalização de indígenas

no País e revelam o índio arquetípico (universal e atemporal) que habita o imaginário dos tribunais, em confronto com a realidade dos indígenas criminalizados.

A análise dos julgados segundo tais parâmetros nos auxiliará, também, a reconhecer medidas judiciais que contribuem para a superação do paradigma etiológico, permitindo, deste modo, o exercício futuro de uma prática transformadora.

3.2 Jurisprudência dos Tribunais de Justiça estaduais e do Distrito Federal

De todos os bancos de dados dos Tribunais de Justiça pesquisados, encontramos 215 julgados versando sobre a criminalização de indígenas. Desse total, 52,15% (11 casos) são recursos de apelação; 28,90% (62 casos) são autos de *habeas corpus* impetrados; 13,95% (30 casos) são recursos em sentido estrito; 2% (4 casos), relacionam-se ao recurso de agravo em execução penal; 0,95% (2 casos) correspondem ao incidente processual de desaforamento – mesma porcentagem para as duas ações revisionais analisadas – e 0,5% referem-se ao único incidente processual de conflito de competência suscitado. Mesma porcentagem para o único recurso *ex officio* interposto.

O pleito defensivo de aplicação do regime prisional especial de semiliberdade, previsto pelo parágrafo único do art. 56 do Estatuto do Índio, aparece em 27,91% dos casos (60 julgados), seguido do pleito pelo reconhecimento de nulidade absoluta, pela não produção de laudo antropológico (25,58% dos casos, correspondentes a 55 julgados).

Isso se deve ao fato de haver cumulação de pedidos: em geral, a defesa técnica requer o reconhecimento de nulidade processual (seja pela ausência de prova pericial adequada, seja pela incompetência do juízo estadual) e, na hipótese de ser este pleito indeferido, que se garanta a execução da pena ou o cumprimento de medida prisional cautelar em semiliberdade.

De fato, a arguição de incompetência do órgão julgador aparece em 17,21% dos casos (37 julgados), sustentando a defesa

técnica que, por decorrerem de disputas sobre direitos indígenas, os crimes sob julgamento deveriam ser processados e julgados pela Justiça federal, em conformidade ao mandamento constitucional.

Dos incs. I a X do art. 109, a Constituição Federal dispõe sobre as “causas” e os “crimes” de competência dos juízes federais para seu processamento e julgamento, mencionando a “disputa” sobre direitos indígenas de maneira isolada, no inc. XI.

Majoritariamente, seguindo-se entendimento do STJ, como veremos, os Tribunais de Justiça estaduais entendem por “disputas sobre direitos indígenas” apenas os conflitos relativos à posse das terras indígenas, o que revelaria, assim, o interesse da União sobre o julgamento dos fatos.

Para os demais casos, porém, em que os indígenas, individualmente, aparecem como vítimas ou acusados, não se configuraria a hipótese de competência especial da Justiça federal, tornando as justiças estaduais competentes para seu processamento e julgamento.

Para **Manoel Lauro Volkmer de Castilho**, contudo, a distinção promovida pela Constituição Federal entre os conceitos de “causas”, “crimes” e “disputas” impõe ao intérprete o exercício de uma hermenêutica específica, que defina “disputa” como uma categoria jurídico-constitucional relacionada diretamente aos direitos indígenas e que deles, portanto, receba contínua inspiração (2004, p. 83).

Assim, para o autor, deve-se construir um conceito de “disputa” cujo conteúdo jurídico não se dissocie da realidade dos povos indígenas. Por consequência, dispensar-se-ia a prévia aferição de rígidos pressupostos processuais para seu reconhecimento (idem, p. 84), sob pena de produzir-se uma definição puramente técnica.

Aliás, empreendendo uma interpretação sistemática do Texto Constitucional, deve-se estender a competência da Justiça federal também para o processamento e julgamento de “interesses” dos indígenas, considerando que o inc. V do art. 129, dispõe como atribuição do Ministério Público a defesa judicial dos “(...) *direitos e interesses das populações indígenas*” (idem).

A celeuma está, portanto, na delimitação da competência judicial na área criminal, principalmente quando o indígena é autor do crime.

A jurisprudência majoritária detém-se sobre a matéria em exame (o crime) sem aprofundar a sua análise, isto é, define a competência a partir da natureza da conduta ilícita (se de competência da Justiça estadual ou da Justiça federal), sem examinar se sua prática estava ou não afeta aos direitos e interesses dos indígenas, à luz do art. 231 da CF, que reconhece aos índios o direito à sua organização social, aos costumes, línguas, crenças e às tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

O quarto pleito mais requerido pela defesa técnica, do total de julgados dos Tribunais de Justiça estaduais, é a aplicação da atenuante de pena, prevista no *caput* do art. 56 do Estatuto do Índio – 16,38% dos casos (35 julgados). A nulidade por não participação no curso do processo criminal de Procurador Federal Especializado aparece em 6,51% dos casos (14 julgados), sendo esta mesma porcentagem para pedidos de concessão de liberdade, por aplicação da C169 da OIT (14 julgados).

Vejamos, doravante, divididos por suas regiões geográficas, como cada Tribunal de Justiça manifesta-se sobre tais matérias.

3.2.1 Região Norte

Nos Tribunais de Justiça estaduais da região norte do País (composta pelos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins), foram encontrados, ao todo, 28 julgados sobre criminalização de indígenas: 50% deles são de recursos de apelação (14 casos); 39,29% são de *habeas corpus* impetrados (11 casos); 7,14% são de recursos em sentido estrito (2 casos) e 3,57%, de incidente de desaforamento (1 caso).

Do total de julgados, o pleito pela aplicação da atenuante de pena ao acusado indígena aparece em 25% deles (7 casos); a determinação de cumprimento de pena, no regime especial de

semiliberdade, é requerida em 21,43% dos julgados (6 casos) e em 14,28% deles (4 casos) requereu-se o direito ao indígena de responder o processo em liberdade.

Em 25% dos julgados (7 casos), foi arguida a nulidade processual pela não produção de laudo antropológico para aferir o grau de integração do indígena à “sociedade nacional”; 10,71% deles (3 casos) versaram sobre a necessidade de participação de Procurador Federal Especializado da Funai no curso do processo penal e, em 7,14% dos julgados (2 casos), foi sustentada a nulidade processual por incompetência da Justiça estadual para o julgamento de crimes em que os indígenas são autores.

No TJAC⁵⁹ foram encontrados seis casos de criminalização de indígenas. Ainda que a identidade étnica dos acusados não tivesse sido utilizada pela defesa técnica como argumento para requerer direitos previstos no Estatuto do Índio, ela serviu como argumento para o TJAC decretar a prisão preventiva em três hipóteses, por considerar que a soltura dos acusados poderia dificultar futura aplicação da lei penal, evitando-se que, com a revogação da medida cautelar, se refugiassem nas aldeias e contassem com o apoio de outros indígenas (*HC 4.685-2*,⁶⁰ de 2009; *HC 1.044-02*⁶¹ e *HC 1.032-85*,⁶² ambos de 2013).

Os direitos a terem a pena atenuada, bem como ao regime prisional especial de semiliberdade foram afastados⁶³ na hipótese de ser o indígena considerado integrado (sem respaldo, no

59. BRASIL. TJAC. Disponível em: <<http://www.tjac.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

60. BRASIL. TJAC. *HC 4.685-2/2009*. Câ. Crim. j. 26.11.2009. rel. Des. Francisco Praça. publ. 26.11.2009.

61. BRASIL. TJAC. *HC 1.044-02/2013*. Câ. Crim. j. 28.05.2013. rel. Des. Denise Bonfim. publ. 10.06.2013.

62. BRASIL. TJAC. *HC 1.032-85/2013*. Câ. Crim. j. 06.06.2013. rel. Des. Denise Bonfim. publ. 10.06.2013.

63. BRASIL. TJAC. *Ap 2.778-0/2009*. Câ. Crim. j. 10.12.2009. rel. Des. Feliciano Vasconcelos.

entanto, em laudo antropológico).⁶⁴ No julgamento de *habeas corpus* impetrado em favor de acusado da etnia Jaminawa Arara, o TJAC denegou a ordem para cumprimento de prisão cautelar em regime diferenciado, pois que a defesa técnica não havia provado a identidade étnica do paciente.⁶⁵

No TJAP⁶⁶ foi encontrado apenas um julgado, em que se negou provimento ao recurso da defesa, que requereu a atenuante de pena, sob a justificativa de que se tratava de indígena integrado à “sociedade nacional”, sem, entretanto, respaldo em laudo antropológico (Ap 2.078-28,⁶⁷ de 2013).

No TJAM⁶⁸ não foram encontrados casos de criminalização de indígenas que tenham, ao menos, sido discutidos no âmbito recursal, ressalvados os processos em que a alcunha “índio” foi utilizada para identificar corréu ou testemunha dos fatos – dado que, como declaramos, foge aos interesses da pesquisa.

No TJPA⁶⁹ foram encontrados dois casos de criminalização de indígenas: um relativo a pedido de desaforamento de júri e outro à aplicação de medida cautelar diversa da prisão preventiva, em razão da identidade étnica do custodiado.

64. BRASIL. TJAC. Ap 2.801-2/2009. Câ. Crim. j. 26.11.2009. rel. Des. Arquilau Melo.

65. BRASIL. TJAC. HC 2.120-4/2008. Câ. Crim. j. 11.09.2008. rel. Des. Feliciano Vasconcelos.

66. BRASIL. TJAP. Disponível em: <<http://www.tjap.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

67. BRASIL. TJAP. Ap 2.078-28/2013. Câmara Única. j. 18.11.2014. rel. Des. Carlos Tork. publ. 27.11.2014.

68. BRASIL. TJAM. Disponível em: <<http://www.tjam.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

69. BRASIL. TJPA. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

O Ministério Público estadual requereu o desaforamento⁷⁰ de Júri popular, que seria realizado na comarca de Jacareacanga/PA, para julgamento de indígena da etnia Munduruku por compreender que, por ser grande parte da população deste Município composta por indígenas, o veredito do conselho de jurados poderia ficar comprometido, em favor do acusado que teria influência na região. O pedido, no entanto, não foi provido pelo TJPA.

Nos autos do HC 11.670-4,⁷¹ de 2012, a defesa técnica requereu, liminarmente, a soltura de indígena da etnia Guajajara, acusado da prática de tráfico de entorpecentes, não apenas pela irregularidade da prisão, mas porque, por sua identidade étnica, deveria, se o caso, ser aplicada medida cautelar diversa da prisão. A apreciação do *writ*, porém, ficou prejudicada, ante a expedição de alvará de soltura pela própria autoridade coatora.

No TJRO⁷² foram encontrados oito casos de criminalização de indígenas.

Como ocorre comumente em outros tribunais, a arguição de incompetência da Justiça comum e de outra nulidade processual (não assistência de representante da Funai ou não realização de laudo antropológico) são simultâneas.

A decisão do TJRO não sofre muitas alterações quando comparada às demais decisões dos Tribunais de Justiça de outros Estados: assim, reforça-se o argumento segundo o qual cabe à Justiça comum o julgamento de crimes cometidos ou sofridos por indígenas, desde que não haja “disputa por direitos

70. BRASIL. TJPA. Des. 13.695/2013. Câmaras Criminais Reunidas. j. 25.11.2013. rel. Des. João José da Silva Maroja. publ. 28.11.2013.

71. BRASIL. TJPA. HC 11.670-4/2012. Câmaras Criminais Reunidas. j. 30.07.2012. rel. Des. Vânia Valente do Couto Fortes Bitar Cunha. publ. 01.08.2012.

72. BRASIL. TJRO. Disponível em: <<http://www.tjro.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

indígenas” (variando, neste aspecto, a visão sobre sua real extensão).⁷³

Além disso, dispensa-se a participação de Procurador Federal Especializado ou a produção de laudo antropológico, quando existente nos autos elementos suficientes que comprovem a integração do indígena à “sociedade nacional”. Nesse sentido: RESE 54.765-43,⁷⁴ de 2002, Ap 68.661,⁷⁵ de 2004 (em que se dispensou a perícia antropológica de acusado indígena, mas não a manifestação do Juízo *a quo* sobre o grau de integração); RESE 8.129-38⁷⁶ e HC 5.172-85,⁷⁷ ambos de 2010 (sendo que, neste *writ*, a acusada, indígena da etnia Suruí, foi considerada integrada por ter residência fixa, saber falar a língua portuguesa e ter linha telefônica).

O direito a cumprir a prisão preventiva em sua aldeia, ou em estabelecimento da Funai próximo à sua habitação, foi negado à indígena da etnia Suruí, acusado de cometer o crime de estupro de vulnerável, pois que, segundo o TJRO, os fundamentos do art. 312 do Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941 – Código de Processo Penal para a decretação desta medida cautelar (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal) sobrepõem-se ao direito previsto no Estatuto do Índio.⁷⁸

O tribunal decidiu, ainda, que a confissão e a ausência de irregularidade na prisão em flagrante servem, por si, como

73. BRASIL. TJRO. HC 92.477/2003. 1.ª Câmara. Criminal. j. 10.02.2004. rel. Des. Zelite Andrade Carneiro. publ. 02.04.2004.

74. BRASIL. TJRO. RESE 54.765-43/2002. 1.ª Câmara. Criminal. j. 16.08.2012. rel. Des. Valter de Oliveira. publ. 23.08.2012.

75. BRASIL. TJRO. Ap 68.661/2004. 1.ª Câmara. Criminal. j. 17.11.2005. rel. Des. Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes. publ. 14.12.2005.

76. BRASIL. TJRO. RESE 8.129/2010. 1.ª Câmara. Criminal. j. 04.04.2013. rel. Des. Ivanira Feitosa Borges. publ. 09.04.2013.

77. BRASIL. TJRO. HC 5.172-85/2010. 1.ª Câmara. Criminal. j. 28.04.2010. rel. Des. Rowilson Teixeira. publ. 30.04.2010.

78. BRASIL. TJRO. HC 5.051-52/2013. 1.ª Câmara. Criminal. j. 27.06.2013. rel. Des. Valter de Oliveira. publ. 05.07.2013.

elementos justificadores da custódia, mesmo em tratando de acusado indígena – HC 1.418-38,⁷⁹ de 2010. E, em todo caso, foi negado o direito a cumprir pena em estabelecimento da Funai para indígenas que não estivessem mais em fase de “aculturação”.⁸⁰

No TJRR⁸¹ foram encontrados oito julgados tratando de criminalização de indígenas.

Antes, porém, de abordá-los, cabe mencionar sentença proferida na primeira instância de Roraima que, pioneiramente, manifestou-se sobre o reconhecimento da organização social dos indígenas e sua plena autonomia para decidir sobre conflitos internos e de interesse dos povos envolvidos.

Nos autos do Processo Criminal 302-88,⁸² de 2010, o indígena, da comunidade indígena do Manoá, dentro da terra indígena Raposa Serra do Sol, foi acusado do homicídio qualificado de seu irmão, também indígena, aos 20.06.2009, sob influência de álcool, no Município de Bonfim/RR.

Após os fatos, membros do conselho da comunidade e lideranças indígenas de diversas etnias, na presença de servidores da Funai, reuniram-se para deliberar sobre as sanções que aplicariam, depois de ouvirem o autor do crime e seus familiares. Foram estabelecidas oito sanções e o descumprimento de quaisquer delas sujeitaria o indígena a outras, a serem deliberadas em nova reunião:

1. afastamento do indígena da comunidade do Manoá e cumprimento da pena entre os Wai Wai por cinco anos,

79. BRASIL. TJRO. HC 1.418-38/2010. 1.ª Câmara. Crim. j. 24.02.2010. rel. Juiz Francisco Prestello de Vasconcelos. publ. 10.02.2010.

80. BRASIL. TJRO. Ap 206.866-56/2004. 1.ª Câmara. Crim. j. 17.12.2009. rel. Des. Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes. publ. 19.01.2010.

81. BRASIL. TJRR. Disponível em: <<http://www.tjrr.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

82. BRASIL. Processo 0000302-88.2010.8.23.0090. j. 03.09.2013. rel. Juiz Aluizio Ferreira Vieira. publ. 04.02.2014.

que poderiam ser reduzidos conforme apresentasse bom comportamento;

2. observância e respeito às regras de convivência, costume, tradição e moradia dos Wai Wai;

3. participação em trabalhos comunitários;

4. participação em todos os eventos desenvolvidos pela comunidade;

5. vedação à comercialização de quaisquer produtos sem prévia permissão da comunidade;

6. não desautorização dos “tuxauas” (caciques ou lideranças);

7. ter terra para trabalhar, sempre em companhia de tuxauas;

8. aprendizado da cultura e língua dos indígenas da etnia Wai Wai.

Nesse intervalo, o Ministério Público estaduais ofereceu denúncia contra o indígena, o que ensejou o pleito defensivo para reconhecer a incidência do princípio de *ne bis in idem* (vedação à dupla reprovação pelo mesmo fato).

O Juízo *a quo*, contudo, entendeu que não se tratava desta hipótese, uma vez que não eram as mesmas as entidades sancionadoras, mas distintas (Estado e povos indígenas), não se podendo dizer que o agente, caso denunciado, viria a ser duplamente condenado pelo mesmo fato.

Analisando com acuidade a norma do art. 57 do Estatuto do Índio à luz da Constituição Federal e da C169, da OIT, o juízo compreendeu que se deve tolerar a aplicação de sanções penais ou disciplinares pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, contra os seus membros, desde que não revestidas de caráter cruel ou infamante – como o caso em tela. E, por se tratar esta norma de direito humano fundamental, cabe ao Estado reconhecer a ausência do seu poder de punir, já que o acusado já foi julgado e condenado por quem detinha o direito para tanto.

“Muito maior que o reconhecimento do direito de punir seus pares, as comunidades indígenas sentirão muito mais fortalecidas em seus usos e costumes, fator de integração e preservação de sua cultura,

haja vista que o Estado estará sinalizando o respeito ao seu modo de viver e lidar com as tensões da vida dentro da comunidade.

Há quem pense e diga que [com esta decisão] haja o temor da repercussão social da fragilização do Estado ou o potencial recrudescimento da violência dentro das comunidades indígenas.

Digo o inverso, o Estado não estará fragilizado, pois caso as comunidades indígenas não julguem seus pares, mantêm-se o direito de punir estatal, de forma subsidiária” (Processo 0000302-88.2010.8.23.0090, j. 03.09.2013, rel. Juiz Aluizio Ferreira Vieira, publ. 04.02.2014).

A decisão tornou-se paradigmática no País, por ser a primeira a sinalizar o necessário respeito aos usos e costumes dos povos indígenas envolvidos, para tratamento de questões penais, coadunando-se, assim, à C169 da OIT.

OTJRR, no entanto, mantém o padrão dos demais tribunais estaduais afastando os direitos dos indígenas criminalizados quando reconhece a integração (assimilação) à “sociedade nacional”,⁸³ segundo informações nos autos do processo criminal.

Nesse sentido, afastou a atenuante de pena, por compreender que o indígena, acusado de estupro de vulnerável, estava completamente integrado ao meio urbano.⁸⁴ Pelas mesmas razões, negou-se atenuante de pena⁸⁵ e regime prisional de semiliberdade a indígena acusado de homicídio simples.⁸⁶ A própria prática do crime foi utilizada como argumento apto a afastar a atenuante e a intervenção da Funai,⁸⁷ por se tratar de

83. BRASIL. TJRR. Ap 428-3/2010. Câmara Única. j. 04.02.2014. rel. Des. Tânia Vasconcelos Dias. publ. 07.03.2014.

84. BRASIL. TJRR. Ap 207-9/2011. Câmara Única. j. 20.08.2013. rel. Des. Tânia Vasconcelos Dias. publ. 27.08.2013.

85. BRASIL. TJRR. Ap 38-2/2009. Câmara Única. j. 21.01.2014. rel. Des. Tânia Vasconcelos Dias. publ. 04.02.2014.

86. BRASIL. TJRR. Ap 331-9/2010. Câmara Única. j. 11.02.2014. rel. Des. Ricardo Oliveira. publ. 20.02.2014.

87. BRASIL. TJRR. Ap 37.732/2002. Câmara Única. j. 01.10.2013. rel. Des. Ricardo Oliveira. publ. 04.10.2013.

crime hediondo (Ap 646-4,⁸⁸ de 2010) – o que denotaria uma personalidade adaptada à sociedade não indígena.

Mas, no julgamento da Ap 374-5,⁸⁹ de 2011, o TJRR reconheceu a legitimidade da Procuradoria Federal Especializada para a defesa do “silvícola” em crimes comuns, bem como a imprescindibilidade de produção do laudo antropológico, quando não presentes nos autos elementos de convicção suficientes sobre o grau de integração. Por fim, não deu provimento ao recurso de apelação em que se arguiu nulidade absoluta pelo fato de o acusado indígena ter sido defendido pela Defensoria Pública, e não por Procurador Federal Especializado, sob o argumento de que aquela instituição tem legitimidade concorrente⁹⁰ para a defesa de indígenas.

No TJTO⁹¹ foram encontrados três julgados sobre criminalização de indígenas.

A falta de laudo antropológico não foi considerada causa suficiente para a declaração de nulidade nos autos da Ap 3.970,⁹² de 2009, pois o TJTO entendeu que havia nos autos elementos suficientes que indicavam a integração do acusado.

O direito a cumprimento da prisão preventiva em estabelecimento da Funai foi negado a indígena da etnia Krahô, acusado de praticar homicídio qualificado, sob o argumento de que ele, como muitos indígenas de Tocantins, estava

88. BRASIL. TJRR. Ap 646-4/2010. Câmara Única. j. 04.02.2014. rel. Des. Lupercino Nogueira. publ. 15.02.2014.

89. BRASIL. TJRR. Ap 374-5/2011. Câmara Única. j. 12.08.2014. rel. Des. Almiro Padilha. publ. 15.08.2014.

90. BRASIL. TJRR. Ap 257-2/2011. Câmara Única. j. 06.05.2014. rel. Des. Mauro Campello. publ. 21.05.2014.

91. BRASIL. TJTO. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

92. BRASIL. TJTO. Ap 3.970/2009. 2.^a Câm. Crim. j. 03.02.2009. rel. Des. Luiz Aparecido Gadotti.

completamente integrado à “sociedade nacional”.⁹³ Aliás, no julgamento do HC 5.820-85,⁹⁴ de 2014, impetrado em favor de indígena da etnia Xerente, acusado de tentativa de roubo, o TJTO ressaltou que o cumprimento de pena em estabelecimento da Funai só é aplicado quando houver esta possibilidade, isto é, quando houver local adequado para seu cumprimento, pois, do contrário, não há que se cogitar da ilegalidade de manutenção de indígena preso em estabelecimento comum.

3.2.2 Região Nordeste

Nos Tribunais de Justiça estaduais da região nordeste do País (composta pelos Estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe), foram encontrados, ao todo, 25 casos de criminalização de indígenas: 80% (20 casos) são recursos de apelação e 20% (5 casos) são *habeas corpus* impetrados.

Do total de julgados, o direito ao cumprimento de pena no regime especial de semiliberdade foi requerido em 80% deles (20 casos); em 36% dos julgados (9 casos) foi requerida a aplicação de atenuante de pena. A nulidade processual pela não realização da perícia antropológica foi sustentada em 20% dos julgados (5 casos), sendo arguida, em dois deles, em razão da necessidade de aferir a potencial consciência da ilicitude dos acusados, para incidência do instituto de erro de proibição.

Também foi requerida a nulidade processual por ausência de participação de Procurador Federal Especializado da Funai em 8% dos julgados (2 casos) e, em 20% deles (5 casos), por incompetência da Justiça estadual.

93. BRASIL. TJTO. HC 3.971-78/2014. 2.^a Câ. Crim. j. 13.04.2014. rel. Des. Eurípedes Lamounier. publ. 24.04.2014.

94. BRASIL. TJTO. HC 5.820-85/2014. 2.^a Câ. Crim. j. 23.06.2014. rel. Des. Jacqueline Adorno.

No TJAL⁹⁵ foi encontrado apenas um julgado, em que se negou provimento ao pleito subsidiário da defesa técnica, em favor de indígena Pankararu, de cumprir a pena privativa de liberdade em estabelecimento da Funai, pois que se tratava de indígena aculturado⁹⁶.

No TJBA⁹⁷ foram encontrados três casos de criminalização de indígenas.

A incompetência do juízo foi suscitada nos autos do HC 36.557,⁹⁸ de 2007, impetrado em favor de indígena acusado de homicídio qualificado, pois que os fatos teriam se dado em contexto de disputa por terras, já que a vítima era fazendeiro da região. O tribunal retomou a Súmula 140 do STJ, e reafirmou que os fatos não tinham correlação com disputas por direitos indígenas, pois que as terras em questão não eram demarcadas e homologadas como terras indígenas.

Quanto aos direitos dos indígenas criminalizados, previstos no Estatuto do Índio, o TJBA afastou⁹⁹ a aplicação de atenuante de pena à indígena acusado do crime de estupro, por compreender que estava integrado ao meio urbano (sem apontar as razões que levaram o Juízo *a quo* e o tribunal a tanto). Por outro lado, foi concedido o direito a cumprimento de prisão preventiva em estabelecimento da Funai à indígena acusado de homicídio qualificado, segundo ordem concedida a *habeas corpus*

95. BRASIL. TJAL. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

96. BRASIL. TJAL. Ap 538-2/2009. Câmara Criminal. j. 27.01.2010. rel. Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso.

97. BRASIL. TJBA. Disponível em: <<http://www.tjba.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

98. BRASIL. TJBA. HC 36.557-0/2007. 2.^a Câm. Crim. j. 03.07.2008. rel. Juiz Aliomar Silva Britto.

99. BRASIL. TJBA. Ap 58-9/2003. 2.^a Câm. Crim. j. 03.10.2013. rel. Des. Nágila Maria Sales Brito. publ. 04.10.2013.

impetrado por Procurador Federal Especializado em seu favor (HC 315.424-77,¹⁰⁰ de 2012).

No TJCE¹⁰¹ não foram encontrados casos de criminalização de indígenas ou quaisquer discussões sobre a temática (ou, ao menos, a matéria não foi discutida por via recursal).

No TJMA¹⁰² foram encontrados oito casos de criminalização de indígenas.

O pedido subsidiário de aplicação da atenuante de pena a indígena acusado de tráfico de drogas foi negado pelo TJMA, sob o argumento de que este direito só cabe ao indígena que não participa da “comunhão nacional”,¹⁰³ razão pela qual, por outro lado, deferiu o pedido feito nos autos da Ap 824.320,¹⁰⁴ de 2001.

A participação de Procurador Federal Especializado foi negada no julgamento da Ap 33.438,¹⁰⁵ de 2011, interposta em favor de indígena acusado de cometer estupro de vulnerável, considerado integrado à “sociedade nacional”.

No que toca à arguição de incompetência do juízo estadual, o TJMA aplicou¹⁰⁶ a Súmula 140 do STJ, já que o réu era

100. BRASIL. TJBA. HC 315.424-77/2012. 1.ª Câ. Crim. j. 15.01.2013. rel. Des. Nilson Soares Castelo Branco. publ. 06.08.2013.

101. BRASIL. TJCE. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

102. BRASIL. TJMA. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

103. BRASIL. TJMA. Ap 11.339/2008. Câmara Criminal. j. 15.12.2008. rel. Des. Raimundo Nonato de Souza. publ. 23.12.2008.

104. BRASIL. TJMA. Ap 824.320/2001. Câmara Criminal. j. 19.04.2001. rel. Des. Julio Araujo Aires. publ. 14.09.2001.

105. BRASIL. TJMA. Ap 33.438/2011. Câmara Criminal. j. 18.06.2012. rel. Des. José Bernardo Silva Rodrigues. publ. 20.06.2012.

106. BRASIL. TJMA. Ap 16.175/1999. Câmara Criminal. j. 02.12.1999. rel. Des. Júlio Araújo Aires. publ. 26.02.2002.

indígena integrado e com desenvolvimento mental capaz de compreender o caráter ilícito do ato. Porém, reconheceu, neste caso, a incidência do regime prisional de semiliberdade¹⁰⁷ (ainda que considerado integrado à “sociedade nacional”, sendo esta a mesma decisão na Ap 25.366,¹⁰⁸ de 2005). Por outro lado, mesmo pleito foi negado em outro julgado por se entender que o acusado estava integrado.¹⁰⁹

No julgamento da Ap 666.119, de 2001, o TJMA enfrentou as arguições de nulidade absoluta do processo por reconhecimento de incompetência do juízo estadual e pela não realização de perícia antropológica, bem como os pedidos subsidiários de redução da pena, com aplicação da atenuante, e aplicação do regime prisional de semiliberdade. Para o tribunal, porém, a “aculturação” do indígena, acusado de furto qualificado, comprometia a aplicação da lei especial (Estatuto do Índio) pelo “nivelamento entre o branco o índio”. Ainda assim, deu parcial provimento para novo cálculo da pena, considerando as circunstâncias especiais do fato.¹¹⁰

No TJPB¹¹¹ não foram encontrados julgados que versassem sobre criminalização de indígenas, a não ser o conflito de competência em que o tribunal foi suscitado (sendo suscitante o juízo federal). O STJ definiu a competência da Justiça estadual para o julgamento de indígena acusado de praticar

107. BRASIL. TJMA. Ap 15.066/2001. Câmara Criminal. j. 20.06.2001. rel. Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo. publ. 15.08.2001.

108. BRASIL. TJMA. Ap 25.366/2005. Câmara Criminal. j. 05.10.2005. rel. Des. Antônio Fernando Bayma Araújo. publ. 25.09.2007.

109. BRASIL. TJMA. Ap 645.220/2005. Câmara Criminal. j. 26.11.2008. rel. Des. Mário Limas Reis.

110. BRASIL. TJMA. Ap 16.661/1999. Câmara Criminal. j. 21.12.1999. rel. Des. Josefa Ribeiro da Costa. publ. 29.03.2001.

111. BRASIL. TJPB. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

tráfico de drogas, segundo os termos de sua Súmula 140, como veremos.

No TJPE¹¹² foram encontrados doze casos de criminalização de indígenas.

Na Ap 92.655-0,¹¹³ de 2003, foi arguida a nulidade processual por não ter um representante da Funai participado do interrogatório e das oitivas de testemunhas em procedimento instaurado para apurar o porte ilegal de arma de fogo imputado a acusado indígena. O TJPE, no entanto, não deu provimento ao recurso e afastou a preliminar suscitada, pois que o acusado teria sido devidamente assistido na defesa técnica.

O direito à aplicação de atenuante de pena, por ser o acusado indígena, foi afastado nos autos da Ap 214.622-9,¹¹⁴ de 2012, pois que, segundo o TJPE, tratava-se de réu integrado à vida urbana. Mesma decisão aplicada para o julgamento da Ap 199.097-8,¹¹⁵ de 2011, em que se julgava a dosimetria de pena aplicada a indígena acusado de tráfico de drogas. A própria imputação do crime foi argumento suficiente para que o TJPE afastasse a necessidade de observar a atenuante, já que a inserção do indígena no *mundus crimminis* e o dolo de auferir lucro com o tráfico de drogas que se lhe imputava eram prova “insofismável” de sua imputabilidade.¹¹⁶

Pela mesma razão, não foram providos os recursos de apelação que, subsidiariamente, requereram o cumprimento de

112. BRASIL. TJPE. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

113. BRASIL. TJPE. Ap 92.655-0/2003. 2.^a Câm. Crim. j. 12.11.2003. rel. Des. Og Fernandes. publ. 21.11.2003.

114. BRASIL. TJPE. Ap 214.622-9/2012. 4.^a Câm. Crim. j. 12.06.2012. rel. Des. Gustavo Augusto Rodrigues de Lima. publ. 19.06.2012.

115. BRASIL. TJPE. Ap 199.097-8/2011. 2.^a Câm. Crim. j. 12.01.2011. rel. Des. Mauro Alencar de Barros. publ. 18.01.2011.

116. BRASIL. TJPE. Ap 112.830-1/2005. 2.^a Câm. Crim. j. 04.05.2005. rel. Des. Og Fernandes. publ. 10.05.2005.

pena em local da Funai próximo à habitação dos acusados: Ap 186.221-9,¹¹⁷ de 2011; Ap 225.870-2,¹¹⁸ de 2012.

No julgamento da Ap 138.287-0,¹¹⁹ de 2011, o regime de semiliberdade não foi concedido porque, além de se considerar o réu integrado à “sociedade nacional”, o crime que se lhe imputava (tentativa de homicídio qualificado) impedia sua aplicação, por se tratar de crime hediondo. Esta também foi a razão pela qual o tribunal não deu provimento ao recurso de apelação interposto em favor de indígena acusado de cometer tráfico de drogas, ainda que a defesa técnica tivesse arguido o art. 10 da C169 da OIT, que dispõe sobre a obrigação de as autoridades e os tribunais considerarem os costumes dos indígenas interessados e aplicarem, eventualmente, a sanção penal em consonância às suas características econômicas, sociais e culturais, com preferência a tipos de punição diversos do encarceramento.¹²⁰

O cumprimento de prisão preventiva em estabelecimento da Funai também foi negado na hipótese em que, para o TJPE, a defesa técnica não provou que o “silvícola” era inimputável,¹²¹ firmando-se, ainda, o entendimento de que não cabe interpretação extensiva do parágrafo único do art. 56 do Estatuto do Índio, pois a norma faz menção à condenação, não à prisão processual.¹²²

117. BRASIL. TJPE. Ap 186.221-9/2011. 4.^a Câm. Crim. j. 12.04.2011. rel. Des. Alexandre Guedes Alcoforado Assunção. publ. 09.05.2011.

118. BRASIL. TJPE. Ap 225.870-2/2012. 3.^a Câm. Crim. j. 29.05.2012. rel. Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio. publ. 06.06.2012.

119. BRASIL. TJPE. Ap 138.287-0/2011. 4.^a Câm. Crim. j. 25.03.2011. rel. Des. Marco Antonio Cabral Maggi. publ. 31.03.2011.

120. BRASIL. TJPE. Ap 193.681-6/2007. 1.^a Câm. Crim. j. 23.04.2010. rel. Des. Romero de Oliveira Andrade. publ. 29.04.2010.

121. BRASIL. TJPE. HC 60.325-0/2000. 1.^a Câm. Crim. j. 28.03.2000. rel. Des. Rivadavia Brayner.

122. BRASIL. TJPE. HC 304.934-3/2013. 1.^a Câm. Crim. j. 30.07.2013. rel. Des. Roberto Ferreira Lins. publ. 05.08.2013.

No julgamento da Ap 112.110-4,¹²³ de 2003, aliás, não foi deferido o pedido de cumprimento de pena em aldeamento ou local de funcionamento da Funai próximo à habitação do acusado, pois que aquele seria o mesmo local de moradia da vítima e, para o TJPE, o deferimento do pedido da defesa poderia engendrar revanchismo.

O TJPE também negou o cumprimento de prisão preventiva em órgão federal de assistência ao índio quando se trata de acusado integrado à “sociedade nacional”.¹²⁴ Em nenhum desses casos, porém, houve laudo antropológico respaldando a decisão.

No TJPI¹²⁵ não foram encontrados casos de criminalização de indígenas que tenham, ao menos, sido discutidos no âmbito recursal, ressalvados os casos em que a alcunha “índio” foi utilizada para identificar corréu ou testemunha dos fatos – dado que, como declaramos, foge aos interesses da pesquisa.

No TJRN¹²⁶ foi encontrado um único julgado em que se negou a aplicação da atenuante de pena e o regime prisional diferenciado ao acusado, considerado indígena integrado à “sociedade nacional”.¹²⁷

123. BRASIL. TJPE. Ap 112.110-4/2003. 2.^a Câ. Crim. j. 11.05.2005. rel. Des. Helena Caúla Reis. publ. 19.05.2005.

124. BRASIL. TJPE. HC 211.820-3/2010. 4.^a Câ. Crim. j. 11.05.2010. rel. Des. Gustavo Augusto Rodrigues de Lima. publ. 13.05.2010.

125. BRASIL. TJPI. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

126. BRASIL. TJRN. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

127. BRASIL. TJRN. Ap 8.607-3/2008. Câmara Criminal. j. 13.05.2010. rel. Des. Amílcar Maia. publ. 20.05.2010.

No TJSE¹²⁸ não foram encontrados casos de criminalização de indígenas ou quaisquer discussões sobre a temática (ou, ao menos, a matéria não foi discutida por via recursal no Juízo *ad quem*) – ressalvados os julgados em que o termo “índio” aparece como a alcunha de réus ou testemunhas, o que, como exposto, não servem aos propósitos deste trabalho.

3.2.3 Região Centro-Oeste

Nos Tribunais de Justiça estaduais da região centro-oeste (composta pelos Estados de Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e pelo Distrito Federal), foram localizados, ao todo, oitenta e seis casos de criminalização de indígenas: 45,35% dos julgados (39 casos) são autos de apelação, seguidos de 32,55% (28 casos) correspondentes ao julgamento de *habeas corpus* impetrados; 13,95% (12 casos) são recursos em sentido estrito e 2,32% (2 casos) são agravos em execução penal – mesma porcentagem para mandados de segurança (2 casos). O incidente processual de conflito de competência, de desaforamento e a ação revisional correspondem, cada um, a 1,16% do total (1 caso para cada via processual).

A arguição de nulidade processual pela não produção de laudo antropológico foi sustentada em 22,09% dos julgados (19 casos) e a necessidade de reconhecimento do instituto de erro de proibição em 13,95% deles (12 casos). Do total, ainda, 4,65% (4 casos) arguíram pela nulidade processual por não participação de Procurador Federal Especializado e a incompetência do juízo foi levantada em nove casos (9,30%).

O direito ao cumprimento de pena em regime prisional especial de semiliberdade foi arguido em 29,1% dos julgados (25 casos), a aplicação de atenuante do Estatuto do Índio, em 16,27% deles (14 casos) e o direito à liberdade, tendo em vista a arguição de não incidência da jurisdição brasileira para regulamentação

128. BRASIL. TJSE. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

das relações indígenas, com base na C169 da OIT, em 5,81% do total (5 casos).

O TJDF e Territórios,¹²⁹ embora não tenha se manifestado sobre o tratamento jurídico-penal de acusados indígenas após a vigência do Texto Constitucional de 1988, adotava, no regime constitucional antecedente, entendimento excepcional quando comparado aos demais Tribunais do País.

No que toca à participação de Procurador Federal Especializado no curso do processo penal, já nos autos da Ap 703.584,¹³⁰ julgados em 1985, decidiu-se que a Funai poderia interpor recurso em favor de acusado indígena, como sua curadora, uma vez ser o indígena relativamente incapaz, nos termos do Texto Constitucional vigente à época. E, quanto aos direitos previstos no Estatuto do Índio, justamente por ser tutelado pelo Estado, cabia-lhe a atenuante prevista pelo art. 56 deste Diploma.

Do mesmo modo, nos autos do HC 449.587,¹³¹ julgados em 1987, decidiu-se que o indígena tem direito ao regime prisional de semiliberdade, previsto no Estatuto do Índio, ainda que já tenha sido condenado, confiando-se sua execução à Funai, evitando-se o distanciamento de sua habitação e o comprometimento dos seus costumes (entendimento reproduzido no HC 456.587,¹³² também julgado em 1987). A decisão do HC 447.687,¹³³ de 1987, aliás, estendeu esse direito ao cumprimento de prisão em flagrante ou prisão preventiva.

129. BRASIL. TJDF e Territórios. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

130. BRASIL. TJDF e Territórios. Ap 703.584. j. 10.10.1985. rel. Des. Paulo Garcia. publ. 22.11.1985.

131. BRASIL. TJDF e Territórios. HC 449.587. j. 23.09.1987. rel. Des. Deocleciano Queiroga.

132. BRASIL. TJDF e Territórios. HC 456.587/1987. j. 11.11.1987. rel. Des. Deocleciano Queiroga.

133. BRASIL. TJDF e Territórios. HC 447.687/1987. j. 03.09.1987. rel. Des. Paulo Garcia.

No TJGO¹³⁴ foram encontrados quatro julgados sobre criminalização de indígenas, um deles discutindo a necessidade de produção de laudo antropológico para atestar a inimputabilidade do acusado indígena, dois relacionados à necessidade de participação do órgão assistencial e o último referente à aplicação de regime prisional diferenciado.

Embora a impetração de *habeas corpus* seja uma das vias mais utilizadas pela defesa para demonstrar o cerceamento de defesa representado pela não produção de laudo antropológico, nem sempre é esta conhecida pelos tribunais como o meio adequado para tanto, sob a justificativa de que tais questões envolvem a análise de provas juntadas aos autos, o que não cabe em sede desta ação impugnativa.

Nesse sentido, o TJGO não conheceu do teor do HC 22.830-5,¹³⁵ de 2004, em que a defesa técnica requereu a exclusão de qualificadoras de dois homicídios qualificados, imputados a pacientes indígenas, bem como a produção de laudo antropológico para atestar sua inimputabilidade.

Quanto à participação do órgão assistencial, nos autos do HC 29.636-4,¹³⁶ de 2009, a defesa técnica arguiu pela nulidade de todos atos processuais realizados desde a denúncia, pela não participação de Procurador Federal Especializado em processo penal que julgava a ocorrência de tráfico ilícito de drogas imputado a indígena da etnia Atikum. O TJGO, apoiando-se em **Mirabete**,¹³⁷ não apreciou a questão, sob a justificativa de

134. BRASIL. TJGO. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

135. BRASIL. TJGO. HC 22.830-5/2004. j. 15.06.2004. rel. Des. Itaney Francisco Campos. publ. 30.06.2004.

136. BRASIL. TJGO. HC 29.636-4/2009. j. 31.03.2009. rel. Des. Aureliano Albuquerque Amorim. publ. 17.04.2009.

137. “Como a situação do silvícola é assemelhada a dos menores, e diante do art. 6.º, III, do CC, que o considera relativamente incapaz, tem se entendido que não pode ser ele processado sem assistência de curador, mais precisamente da Funai, entidade que o tutela. Entretanto, a simples condição de silvícola do acusado, por si só, não autoriza afirmar-se ser o

que a defesa não conseguiu comprovar que se tratava de indígena alijado da civilização – sendo este mesmo entendimento sustentado em julgamento de recurso de apelação.¹³⁸

Por fim, no *HC 32.728*,¹³⁹ de 2013, a defesa técnica requereu o relaxamento da prisão preventiva do paciente indígena, da etnia Karajá, acusado da prática de homicídio, tendo por base o tratamento dispensado no Estatuto do Índio. O TJGO entendeu, porém, que até que se provasse o contrário, o paciente seria considerado indígena integrado, repisando os argumentos da decisão no *HC 29.636-4*.

No TJMT¹⁴⁰ foram encontrados dezoito julgados sobre criminalização de indígenas: seis julgados versaram sobre a necessidade de produzir laudo antropológico e seu alcance probatório; dois estavam relacionados à definição de competência do juízo e os demais doze julgados detinham-se sobre o reconhecimento de direitos de indígenas criminalizados.

A produção de laudo antropológico foi negada no julgamento do *HC 112.592*,¹⁴¹ de 2008, pois o TJMT entendeu que as circunstâncias pessoais do acusado traduziam a integração do indígena à “sociedade nacional”.

Contudo, no julgamento dos autos do *HC 11.927*,¹⁴² de 2005, o tribunal reconheceu o constrangimento ilegal pela não

mesmo inimputável ou semi-imputável, a não ser quando demonstrado, através de perícia, seu desenvolvimento mental incompleto ou retardado” (MIRABETE, 2001, p. 466).

138. BRASIL. TJGO. Ap 35.131-3/2007. j. 21.08.2007. rel. Des. Carlos Alberto Franca. publ. 06.09.2007.

139. BRASIL. TJGO. *HC 32.728/2013*. j. 12.03.2013. rel. Des. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira. publ. 21.03.2013.

140. BRASIL. TJMT. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

141. BRASIL. TJMT. *HC 112.592/2008*. j. 30.01.2008. rel. Des. Paulo da Cunha. publ. 15.02.2008.

142. BRASIL. TJMT. *HC 11.927/2005*. j. 12.04.2005. rel. Des. Paulo Inácio Dias Lessa. publ. 19.04.2005.

produção de exame antropológico de indígena Bororo, acusado de tentativa de homicídio qualificado, pois esta prova atestaria tanto sua identidade étnica como a influência do álcool sobre si.

Da mesma forma, no julgamento do *HC* 34.025,¹⁴³ de 2002, o TJMT concedeu a ordem para a realização de exame antropológico de indígena, acusado da prática de homicídio qualificado, pois que seu indeferimento pelo Juízo *a quo*, por simples razão de mestiçagem e de influências circundantes, configurava flagrante constrangimento ilegal.

Idêntico entendimento foi adotado no julgamento do *HC* 46.270,¹⁴⁴ de 2008, reconhecendo o TJMT a ilegalidade da decisão no Juízo *a quo* de definir a integração do indígena por meio de elementos sociais, como ter o acusado cursado parte do ensino fundamental ou possuir título de eleitor, muito embora, afirmasse, ao final, que se o acusado tivesse graduação em curso superior, residisse no espaço urbano ou exercesse alguma profissão (como ministrar aulas, por exemplo), então, seria desnecessário o laudo antropológico, “(...) *pois a toda evidência estaria plenamente integrado à civilização*”.

A inconclusão dos laudos antropológicos foi tema de dois recursos em sentido estrito interpostos em favor de indígenas da etnia Bororo, acusados da prática de homicídio simples e homicídio qualificado. Em ambos os casos,¹⁴⁵⁻¹⁴⁶ foram mantidas as decisões de pronúncia que levariam os acusados a julgamento popular, determinando-se que caberia aos jurados deliberar sobre a integração ou não dos acusados à “sociedade nacional”.

143. BRASIL. TJMT. *HC* 34.025/2002. j. 22.10.2002. rel. Des. Selma Lombardi de Kato. publ. 05.02.2003.

144. BRASIL. TJMT. *HC* 46.270/2005. j. 12.12.2005. rel. Des. Diocles de Figueiredo. publ. 09.01.2006.

145. BRASIL. TJMT. RESE 22.588/2010. j. 13.07.2011. rel. Des. Teomar de Oliveira Correia. publ. 21.07.2011.

146. BRASIL. TJMT. RESE 31.775/2011. j. 25.01.2012. rel. Des. Marilsen Andrade Addario. publ. 03.02.2012.

Foi deferido o desaforamento de Júri,¹⁴⁷ pedido pelo Ministério Público estadual, para julgamento de indígena Xavante, acusado da prática de homicídio qualificado, pois, segundo o órgão ministerial, metade da população do Município onde os fatos se deram (Campinápolis/MT) é composta por indígenas, sendo a região marcada por fortes conflitos entre estes e os não indígenas – o que comprometeria a validade do veredito do conselho popular, que privilegiaria o acusado.

Importante discussão sobre a competência judicial para julgamento de crimes que envolvam indígenas, entretanto, ocorreu nos autos de RESE 37.820,¹⁴⁸ de 2005, em que a defesa técnica, realizada por Procurador Federal Especializado, requeria, preliminarmente, a declaração de incompetência da Justiça comum para o julgamento de crime de homicídio simples imputado a acusado indígena, o acolhimento da tese de legítima defesa ou, subsidiariamente, de inimputabilidade por embriaguez fortuita.

Primeiramente, o relator acatou a preliminar de deslocamento de competência, por entender que, nos termos do art. 109, XI, da CF, restava clara a competência da Justiça federal para o julgamento de casos que envolvam direitos indígenas.

Contudo, reformulando seu entendimento após apresentação de voto contrário do segundo vogal, que reafirmava a competência da Justiça estadual para apreciação de crimes cometidos por indígenas, notadamente quando integrados à “sociedade nacional”, decidiu-se pela rejeição da tese de incompetência do juízo, bem como pelo improvimento do recurso como um todo, não sem extensa discussão quanto à preliminar suscitada.

Quanto aos direitos dos indígenas criminalizados, o TJMT tende a reconhecer o direito de acusados indígenas

147. BRASIL. TJMT. Des. 125.503/2012. j. 03.05.2012. rel. Des. Marilsen Andrade Addario. publ. 18.05.2012.

148. BRASIL. TJMT. RESE 37.820/2005. j. 22.05.2007. rel. Des. Rondon Bassil Dower Filho. publ. 15.10.2007.

presos a cumprirem a custódia, definitiva ou provisória, em estabelecimentos da Funai. Assim, nos autos do *HC 72.411*,¹⁴⁹ julgados em 2011, impetrado em favor de paciente indígena preso preventivamente, a defesa técnica requereu revogação da medida cautelar ou o cumprimento desta em órgão federal de assistência ao índio – pleito subsidiário que foi deferido.

A aplicação do regime especial de semiliberdade foi também concedida em recurso de Ap 16.845,¹⁵⁰ de 2009, pois que o apelante, acusado da prática de homicídio privilegiado e qualificado, foi considerado silvícola não completamente integrado à “sociedade nacional”, segundo laudo antropológico juntado aos autos, por requerimento de Procurador Federal Especializado.

Há julgados, porém, em que a decisão de aplicação do regime de semiliberdade para acusado indígena ficou condicionada à manifestação da Funai sobre a viabilidade de receber presos preventivos,¹⁵¹ assim como foi relegada à apreciação do juízo de execução.¹⁵²

O TJMT reconheceu, como de plena eficácia, as normas protetivas dos indígenas previstas tanto pelo Estatuto do Índio como pela C169 da OIT (de força constitucional), ao julgar o *HC 10.389*,¹⁵³ impetrado por Procurador Federal Especializado em favor de indígena Bororo, preso irregularmente e acusado de praticar homicídio qualificado. Compreendeu-se, porém, que, após a realização de exame antropológico, eventual pena de prisão

149. BRASIL. TJMT. *HC 72.411/2011*. j. 30.08.2011. rel. Des. Paulo da Cunha. publ. 08.09.2011.

150. BRASIL. TJMT. Ap 16.845/2009. j. 27.10.2009. rel. Des. Graciema R. de Caravellas. publ. 11.11.2009.

151. BRASIL. TJMT. *HC 32.301/2012*. j. 19.06.2012. rel. Des. Paulo da Cunha. publ. 13.07.2012.

152. BRASIL. TJMT. Ap 97.811/2009. j. 27.02.2009. rel. Des. Paulo da Cunha. publ. 11.03.2009.

153. BRASIL. TJMT. *HC 10.389/2005*. j. 12.04.2005. rel. Des. Paulo Inácio Dias Lessa. publ. 19.04.2005.

deveria ser aplicada levando-se em conta o grau de aculturação do paciente, com atenuação daquela ou cumprimento em regime de semiliberdade no local de funcionamento de órgão federal de assistência aos índios perto de sua moradia.

Por outro lado, há julgados que afastam a aplicação de direitos dos indígenas criminalizados, repisando argumentos de sua integração e consequente abandono da identidade indígena. Assim, foi decidido nos autos do *HC* 4.833,¹⁵⁴ de 2000, que prevalece a ordem pública como fundamento da prisão preventiva decretada quando o acusado indígena (no caso da etnia Xavante) esteja totalmente integrado à “sociedade nacional”.

Do mesmo modo, foi indeferido o pleito de liberdade provisória¹⁵⁵ feito pela Procuradoria Federal Especializada em favor de cinco corréus da etnia Cinta Larga que, presos preventivamente em 1991, estavam, em 2002, ainda presos preventivamente sem que seus interrogatórios tivessem sido realizados. Entendeu o tribunal que a hediondez dos crimes imputados (cinco homicídios qualificados ocorridos em terras particulares, na comarca de Juína/MT, sob disputa judicial entre indígenas e não indígenas) justificava a segregação cautelar e que sua revisão representaria acinte à sociedade em geral.

A hediondez do crime foi também argumento para rever a concessão de liberdade provisória dada a indígena da etnia Terena, acusado de homicídio qualificado, nos autos do RESE 13.108,¹⁵⁶ de 2002, interposto pelo Ministério Público estadual.

Frise-se que o conceito de ordem pública foi utilizado, também, para justificar a prisão preventiva de indígena acusado

154. BRASIL. TJMT. *HC* 4.833/2000. j. 05.04.2000. rel. Des. Flávio José Bertin. publ. 13.06.2000.

155. BRASIL. TJMT. *HC* 23.179/2002. j. 14.08.2002. rel. Des. Manoel Ornellas de Almeida. publ. 18.09.2002.

156. BRASIL. TJMT. RESE 13.108/2002. j. 25.09.2002. rel. Des. Manoel Ornellas de Almeida. publ. 05.11.2002.

de matar outro, pois sua soltura traria revolta à comunidade nativa.¹⁵⁷

Mesma fundamentação dada ao julgamento do *HC* 37.773,¹⁵⁸ de 2005, em que se denegou a ordem ao pleito principal de concessão de liberdade provisória para indígena da etnia Umutina, acusado da prática de homicídio qualificado, e ao pedido subsidiário de sua transferência para órgão de assistência perto de sua habitação, pois, além de a medida tumultuar a ordem pública de sua comunidade, não traria ela segurança jurídica à aplicação da pena, considerando que, segundo o relator, os estabelecimentos da Funai não são equipados para manter indígenas segregados e são pontos onde frequentemente os indígenas têm contato com o álcool.

No TJMS¹⁵⁹ foram encontrados sessenta casos de criminalização de indígenas.

As arguições de nulidade do processo criminal pela não realização de laudos antropológicos não foram acatadas pelo TJMS, tanto por não a conceber como nulidade absoluta que deva ser suscitada em qualquer fase¹⁶⁰ ou por qualquer via processual (como em contrarrazões¹⁶¹ ao recurso de apelação da acusação ou em mandado de segurança¹⁶²⁻¹⁶³), quanto pelo fato

157. BRASIL. TJMT. *HC* 31.032/2004. j. 11.08.2004. rel. Des. Manoel Ornellas de Almeida. publ. 18.08.2004.

158. BRASIL. TJMT. *HC* 37.773/2005. j. 26.09.2005. rel. Des. Diocles de Figueiredo. publ. 18.10.2005.

159. BRASIL. TJMS. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

160. BRASIL. TJMS. RESE 34.603-4/2008. 1.^a T. Crim. j. 01.12.2009. rel. Des. Marilza Lúcia Fortes.

161. BRASIL. TJMS. Ap 8.909-0/2004. 1.^a T. Crim. j. 12.04.2005. rel. Des. Nildo de Carvalho.

162. BRASIL. TJMS. MS 6.172-26/2013. Seção Criminal. j. 26.11.2013. rel. Des. Maria Isabel de Matos Rocha.

163. BRASIL. TJMS. MS 4.155-17/2013. Seção Criminal. j. 23.07.2013. rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

de compreender que, tratando-se de indígena aculturado¹⁶⁴⁻¹⁶⁵ ou que não apresenta sintomas de que desconhece os costumes do “homem branco”,¹⁶⁶ segundo elementos contidos nos autos do processo,¹⁶⁷⁻¹⁶⁸ é dispensável sua produção.¹⁶⁹⁻¹⁷⁰

O instituto do erro de proibição foi arguido pela defesa técnica para análise da culpabilidade de indígenas segundo a potencial consciência da ilicitude das condutas ilícitas a si imputadas – o que não indica abandono da tese de sua inimputabilidade.¹⁷¹⁻¹⁷² O tribunal entendeu, contudo, que o reconhecimento do disposto no art. 21 do CP depende, também, do grau de integração do acusado, de sorte que indígenas integrados à sociedade demonstram serem conhecedores da reprovação de suas condutas. Nesse sentido: Ap 5.359-30,¹⁷³ de 2001; Ap 3.003-60¹⁷⁴ e Ap 22.938-8,¹⁷⁵ ambas de 2007; Ap

164. BRASIL. TJMS. RESE 5.374-0/2001. 2.^a T. Crim. j. 11.12.2001. rel. Des. João Carlos Brandes Garcia.

165. BRASIL. TJMS. RESE 4.366-0/2004. 2.^a T. Crim. j. 19.05.2004. rel. Des. José Augusto de Souza.

166. BRASIL. TJMS. RESE 3.065-02/2006. 1.^a Câ. Crim. j. 29.07.2013. rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

167. BRASIL. TJMS. RESE 11.588-9/2003. 2.^a T. Crim. j. 26.11.2003. rel. Des. João Carlos Brandes Garcia.

168. BRASIL. TJMS. RESE 746-79/2011. 2.^a Câ. Crim. j. 27.05.2013. rel. Des. Carlos Eduardo Contar.

169. BRASIL. TJMS. Ap 21.762-3/2008. 1.^a T. Crim. j. 09.09.2008. rel. Des. Marilza Lúcia Fortes.

170. BRASIL. TJMS. HC 3.098-0/2008. 2.^a T. Crim. j. 25.08.2008. rel. Des. Carlos Eduardo Contar.

171. BRASIL. TJMS. Revisão Criminal 23.570-0/2011. Seção Criminal. j. 13.12.2011. rel. Des. Dorival Moreira dos Santos.

172. BRASIL. TJMS. Ap 29.266-83/2004. 2.^a Câ. Crim. j. 10.12.2012. rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

173. BRASIL. TJMS. Ap 5.359-30/2001. 2.^a Câ. Crim. j. 21.01.2013. rel. Des. Carlos Eduardo Contar.

174. BRASIL. TJMS. Ap 3.003-60/2007. 2.^a Câ. Crim. j. 17.02.2014. rel. Des. Manoel Mendes Carli.

175. BRASIL. TJMS. Ap 22.938-8/2007. 2.^a T. Crim. j. 19.09.2007. rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

37.068-8,¹⁷⁶ de 2008; Ap 1.001-5,¹⁷⁷ Ap 6.066-3,¹⁷⁸ Ap 20.012-6¹⁷⁹ e Ap 32.764-2,¹⁸⁰ todas de 2009; Ap 4-9¹⁸¹ e Ap 11.024-7,¹⁸² ambas de 2010.

A competência para julgamento de crimes sofridos ou cometidos por indígenas segue o teor da Súmula 140, do STJ, fixando-a na Justiça comum estadual. Nesse sentido: RESE 7.375-7,¹⁸³ de 2001; Ap 17.419-7¹⁸⁴ e RESE 16.107-3,¹⁸⁵ ambos de 2005; HC 8.248-8,¹⁸⁶ de 2006; Ap 14.012-6,¹⁸⁷ de 2008; HC 9.917-6,¹⁸⁸ de 2012.

O TJMS manifestou-se, também, em conflito de competência suscitado por juiz de direito da 2.^a Vara da comarca

-
176. BRASIL. TJMS. Ap 37.068-8/2008. 1.^a T. Crim. j. 01.12.2009. rel. Des. João Batista da Costa Marques.
 177. BRASIL. TJMS. Ap 1.001-5/2009. 1.^a T. Crim. j. 31.03.2009. rel. Des. João Carlos Brandes Garcia.
 178. BRASIL. TJMS. Ap 6.066-3/2009. 2.^a T. Crim. j. 03.08.2009. rel. Des. Carlos Eduardo Contar.
 179. BRASIL. TJMS. Ap 20.012-6/2009. 1.^a T. Crim. j. 29.09.2009. rel. Des. Marilza Lúcia Fortes.
 180. BRASIL. TJMS. Ap 32.764-2/2009. 1.^a T. Crim. j. 20.04.2010. rel. Des. João Batista da Costa Marques.
 181. BRASIL. TJMS. Ap 4-9/2010. 2.^a T. Crim. j. 12.04.2010. rel. Juiz Manoel Mendes Carli.
 182. BRASIL. TJMS. Ap 11.024-7/2010. 2.^a T. Crim. j. 12.07.2010. rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.
 183. BRASIL. TJMS. RESE 7.375-7/2001. 1.^a T. Crim. j. 16.10.2001. rel. Des. Rui Garcia Dias.
 184. BRASIL. TJMS. Ap 17.419-7/2005. 2.^a T. Crim. j. 08.02.2006. rel. Des. Carlos Stephanini.
 185. BRASIL. TJMS. RESE 16.017-3/2005. 2.^a T. Crim. j. 11.01.2006. rel. Des. João Carlos Brandes Garcia.
 186. BRASIL. TJMS. HC 8.248-8/2006. 2.^a T. Crim. j. 05.07.2006. rel. Des. Carlos Stephanini.
 187. BRASIL. TJMS. Ap 14.012-6/2008. 2.^a T. Crim. j. 18.05.2009. rel. Des. Carlos Eduardo Contar.
 188. BRASIL. TJMS. HC 9.917-6/2012. 1.^a T. Crim. j. 14.05.2012. rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

de Caarapó em face do Juizado Especial Adjunto, em razão de ter este declinado da competência para processar e julgar réu denunciado por importunação ofensiva ao pudor, contravenção penal tipificada no art. 61 do Dec.-lei 3.688, de 03.10.1941, cuja pena é de multa e, por tal razão, de competência do Juizado Especial Criminal, nos termos dos arts. 60 e 61 da Lei 9.099, de 26.09.1995.

Ocorre que o acusado, citado pessoalmente na aldeia Jarará, encontrava-se preso desde abril de 2008 e, até o momento em que foi suscitado o conflito de competência (2010), não havia sido apresentado à Autoridade Judiciária, bem como não haviam sido ouvidas as testemunhas e a vítima, moradoras de Dourados/MS – fazendo com que o Juizado Especial Adjunto da comarca de Caarapó declinasse de sua competência jurisdicional, pela condição de réu preso. OTJMS entendeu que, pelas peculiaridades do caso (tratando-se de indígenas, especialmente), a tramitação no rito sumário para processamento e julgamento de crimes de menor potencial ofensivo era a mais adequada.¹⁸⁹

A atenuante de pena não foi concedida aos indígenas, acusados de estupro¹⁹⁰ por serem considerados pelo TJMS plenamente integrados à sociedade. Pelo mesmo motivo, e levando-se em conta o “dolo intenso e perspicácia” dos agentes para o cometimento do crime imputado, não foi alterado o regime prisional aplicado, de fechado para o de semiliberdade. Mesma razão (integração do índio) foi utilizada pelo tribunal para não conhecer dos pedidos de aplicação das “benesses” do Estatuto do Índio: Ap 8.600-8¹⁹¹ e Ap 12.398-4,¹⁹² ambas de 2004; Ap

189. BRASIL. TJMS. CC 35.528-1/2010. 1.^a T. Crim. j. 10.01.2011. rel. Des. Dorival Moreira dos Santos.

190. BRASIL. TJMS. Ap 6.552-5/2001. 2.^a T. Crim. j. 13.03.2002. rel. Des. Luiz Carlos Santini.

191. BRASIL. TJMS. Ap 8.600-8/2004. 1.^a T. Crim. j. 14.09.2004. rel. Des. Gilberto da Silva Castro.

192. BRASIL. TJMS. Ap 12.398-4/2004. 2.^a T. Crim. j. 23.02.2005. rel. Des. João Carlos Brandes Garcia.

10.704-8,¹⁹³ de 2005; Ap 27.720-0,¹⁹⁴ de 2007; Ap 14.006-1,¹⁹⁵ de 2008; Ap 7.304-8,¹⁹⁶ Ap 16.685-5¹⁹⁷ e Ap 29.472-1,¹⁹⁸ todas de 2009; Ap 19.022-1,¹⁹⁹ de 2010; Ap 2.630-27²⁰⁰ e Ap 17.955-0,²⁰¹ ambas de 2011.

Entendimento diverso (ao menos para esta matéria, de aplicação da atenuante) foi dado pelo julgamento da Ap 14.887-8,²⁰² de 2008, em que o TJMS decidiu que a atenuante não se aplica ao réu de origem indígena quando completamente integrado à “cultura ‘do homem branco’”, mas a prova dessa aculturação é ônus da acusação. Havendo, nos autos do processo, indícios de que essa aculturação não se efetivou, a presunção deve ser favorável ao agente e não o contrário.

O regime prisional de semiliberdade foi mantido para indígena idoso, da aldeia de Amambai, acusado da prática de dois homicídios qualificados e condenado ao cumprimento de vinte e seis anos de reclusão, por não ser considerado integrado à sociedade, não se dando provimento ao agravo em execução

-
193. BRASIL. TJMS. Ap 10.704-8/2005. 2.^a T. Crim. j. 14.09.2005. rel. Des. João Carlos Brandes Garcia.
 194. BRASIL. TJMS. Ap 27.720-0/2007. 2.^a T. Crim. j. 13.02.2008. rel. Des. Carlos Eduardo Contar.
 195. BRASIL. TJMS. Ap 14.006-1/2008. 2.^a T. Crim. j. 12.03.2009. rel. Des. Carlos Eduardo Contar.
 196. BRASIL. TJMS. Ap 7.304-8/2009. 1.^a T. Crim. j. 12.05.2009. rel. Des. João Batista da Costa Marques.
 197. BRASIL. TJMS. Ap 16.685-5/2009. 2.^a T. Crim. j. 20.07.2009. rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.
 198. BRASIL. TJMS. Ap 29.472-1/2009. 2.^a T. Crim. j. 12.07.2010. rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.
 199. BRASIL. TJMS. Ap 19.022-1/2010. 1.^a T. Crim. j. 26.10.2010. rel. Des. Dorival Moreira dos Santos.
 200. BRASIL. TJMS. Ap 2.630-27/2011. 2.^a T. Crim. j. 10.06.2013. rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.
 201. BRASIL. TJMS. Ap 17.955-0/2011. 1.^a T. Crim. j. 26.09.2011. rel. Des. Marilza Lúcia Fortes.
 202. BRASIL. TJMS. Ap 14.887-8/2008. 2.^a T. Crim. j. 12.03.2009. rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

interposto pelo Ministério Público estadual, que pedia a revisão do regime aplicado. Segundo o TJMS, o regime prisional do Estatuto do Índio deve ser aplicado mesmo em tratando de crime hediondo, desde que reste comprovado que o condenado não é aculturado e, portanto, não se equipara aos “criminosos comuns”.²⁰³

Entretanto, no julgamento do AgEx 12.031,²⁰⁴ de 2010, o TJMS reafirmou que o regime de semiliberdade aplicava-se ao indígena não integrado, salvo na hipótese de condenação por crime hediondo, cuja lei definidora (Lei 8.072, de 25.07.1990) foi promulgada após o Estatuto do Índio (de 1973). Mesmo entendimento para o julgamento das seguintes vias recursais: Ap 16.043-1,²⁰⁵ de 2007; HC 25.925-0,²⁰⁶ HC. 25.932-2,²⁰⁷ Ap 26.559-0,²⁰⁸ HC 27.018-2²⁰⁹ e HC 34.700-5,²¹⁰ todas de 2008; Ap 20.291-4,²¹¹ de 2011. Ainda, o TJMS entendeu que a aplicação do regime prisional de semiliberdade do Estatuto do Índio é ato discricionário do juiz.²¹²

203. BRASIL. TJMS. AgEx. 21.790-5/2010. 2.ª T. Crim. j. 19.07.2010. rel. Des. Carlos Eduardo Contar.

204. BRASIL. TJMS. AgEx. 12.031/2010. 1.ª T. Crim. j. 17.06.2010. rel. Des. Cláudio Rogério Ferreira Gomes.

205. BRASIL. TJMS. HC 16.043-1/2007. 1.ª T. Crim. j. 03.07.2007. rel. Des. João Batista da Costa Marques.

206. BRASIL. TJMS. HC 25.925-0/2008. 2.ª T. Crim. j. 22.09.2008. rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

207. BRASIL. TJMS. HC 25.932-2/2008. 2.ª T. Crim. j. 22.09.2008. rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

208. BRASIL. TJMS. Ap 26.559-0/2008. 2.ª T. Crim. j. 03.08.2009. rel. Des. Carlos Eduardo Contar.

209. BRASIL. TJMS. HC 27.018-2/2008. 2.ª T. Crim. j. 06.10.2008. rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

210. BRASIL. TJMS. HC 34.700-5/2008. 2.ª T. Crim. j. 15.12.2008. rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

211. BRASIL. TJMS. Ap 20.291-4/2011. 2.ª T. Crim. j. 22.08.2011. rel. Des. Romero Osme Dias Lopes.

212. BRASIL. TJMS. HC 6.293-2/2008. 1.ª T. Crim. j. 08.04.2008. rel. Des. Gilberto da Silva Castro.

Também não foi concedida autorização para que indígena pudesse trabalhar durante o dia na aldeia de Amambai (onde o agravante era “capitão”), uma vez que tinha sido condenado no regime semiaberto, do Código Penal. Para o tribunal, tratava-se de “silvícola” aculturado e a prova era sua própria “periculosidade”: o exercício de liderança sobre os demais para que impedissem o acesso de veículos pelas estradas adjacentes, “*semeando revolta no seio da comunidade indígena*”.²¹³ Mesma motivação para não prover o pedido da Ap 29.621-0,²¹⁴ de 2008, para cumprimento de pena no órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua habitação.

O cumprimento de prisão preventiva em estabelecimento da Funai foi negado a indígena acusado de estupro de vulnerável, pois que o TJMS entendeu que tal direito se aplica apenas aos condenados, não aos custodiados por cautela processual.²¹⁵ Mesmo entendimento aplicado ao julgamento do HC 34.694-8,²¹⁶ de 2008.

Ainda, a existência nos autos do processo criminal, movido contra indígena acusado de estupro de vulnerável, de laudo antropológico indicativo da sua não completa integração à sociedade manteve sua condição de semi-imputabilidade, mas não lhe permitiu o cumprimento de pena em regime de semiliberdade, por ser o crime imputado de natureza hedionda.²¹⁷

A C169 da OIT foi suscitada em defesa de indígena, acusado de porte ilegal de arma de fogo, para justificar que a legislação ordinária interna do País não se lhe aplicava,

213. BRASIL. TJMS. AgEx. 10.379-9/2006. 2.^a T. Crim. j. 26.07.2006. rel. Des. Carlos Stephanini.

214. BRASIL. TJMS. Ap 29.621-0/2008. 1.^a T. Crim. j. 17.03.2009. rel. Des. João Batista da Costa Marques.

215. BRASIL. TJMS. HC 27.251-6/2010. 1.^a T. Crim. j. 27.09.2010. rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

216. BRASIL. TJMS. HC 34.694-8/2008. 1.^a T. Crim. j. 02.12.2008. rel. Des. Gilberto da Silva Castro.

217. BRASIL. TJMS. Ap 12.550-6/2006. 2.^a T. Crim. j. 27.09.2006. rel. Des. Carlos Stephanini.

pois que amparados por normativa internacional própria. Do mesmo modo, sustentou-se, subsidiariamente, que na hipótese de ser processado e julgado criminalmente, deveria incidir o instituto do erro de proibição, constante no art. 21 do CP. Ambas as teses, porém, foram afastadas pelo TJMS: a primeira porque, mesmo aos estrangeiros, exige-se observância do ordenamento jurídico pátrio e a segunda, porque se tratava de indígena integrado à sociedade que não fazia jus à proteção jurídica diferenciada.²¹⁸

Ainda quanto aos limites de atuação do Direito Penal em relação aos povos indígenas, levando-se em conta seu peculiar modo de vida e costumes, ressaltamos o julgamento de apelação interposta em favor de casal de indígenas, condenado pela prática de abandono de incapazes (seus filhos) e que tiveram decretada a perda de seu poder familiar.

O TJMS, interpretando os fatos à luz da teoria de imputação objetiva, do funcionalismo moderado de **Claus Roxin**, entendeu que a prática do crime imputado ao casal não criou um risco ou perigo ao bem jurídico tutelado de sorte a exigir a proteção da norma penal, cuja incidência, nesse caso, seria excessiva. Em outras palavras, não houve entre a conduta dos agentes e o resultado (abandono de incapazes) a relevância causal (causalidade material somada à causalidade normativa) exigida à caracterização do tipo penal. Por tais razões, absolveram-se os apelantes.²¹⁹

3.2.4 Região Sudeste

Nos Tribunais de Justiça estaduais da região sudeste do País (composta pelos Estados de Espírito Santo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo), foram encontrados 11 julgados

218. BRASIL. TJMS. Ap 2.902-55/2010. 2.^a Câ. Crim. j. 09.09.2013. rel. Des. Carlos Eduardo Contar.

219. BRASIL. TJMS. Ap 31.253-1/2009. 1.^a T. Crim. j. 01.07.2010. rel. Des. Dorival Moreira dos Santos.

sobre criminalização de indígenas: 36,36% deles (4 casos) são recursos de apelação; mesma porcentagem para os *habeas corpus* impetrados (4 casos); 9,09% (1 caso) referem-se ao recurso em sentido estrito interposto e mesma porcentagem para o recurso de agravo em execução (1 caso) e revisão criminal (1 caso).

O regime de semiliberdade foi requerido em 45,45% dos julgados (5 casos), assim como a liberdade provisória, em 9,09% (1 caso), em razão de ser o acusado indígena.

A nulidade processual por não realização da perícia antropológica foi mencionada em dois julgados (18,18% dos julgados) – mesma porcentagem aplicada para as arguições de incompetência do juízo estadual (2 casos). Também foi arguida a nulidade processual por não participação do Procurador Federal Especializado da Funai no processo criminal, em 9,09% dos julgados (1 caso).

No TJES²²⁰ foi encontrado um julgado²²¹ apenas que versa sobre a criminalização de indígenas e, de modo mais específico, sobre o deslocamento de competência para a Justiça federal para processamento e julgamento do crime.

Entendeu o TJES que a Justiça estadual era competente para o julgamento de indígena acusado de furto qualificado, pois que os fatos não tinham relação com a disputa por terras naquela região. Para o tribunal, a medida só teria sentido se tivesse sido declarada judicialmente a titularidade dos indígenas sobre a gleba de terra onde se deram os fatos, mas, como isso ainda dependia de discussão jurídica, não havia correlação entre o crime e as disputas por direitos indígenas.

Essa circunstância (demarcação ou homologação de terras indígenas) é constantemente sustentada como definidora de

220. BRASIL. TJES. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

221. BRASIL. TJES. HC 37.270/2006. j. 25.10.2006. rel. Des. José Luiz Barreto Vivas. publ. 28.11.2006.

provável ocorrência de disputas sobre direitos indígenas, o que autorizaria o processamento e julgamento pela Justiça federal.

No TJMG²²² foram encontrados três casos de criminalização de indígenas: um sobre o direito à assistência do órgão tutelar (Funai); um sobre competência judicial e, por fim, um sobre direitos do indígena criminalizado.

No que toca à participação de representante do órgão assistencial aos índios, o TJMG manifestou que ocorre nulidade processual quando de sua ausência na hipótese de acusado indígena “não emancipado nem integrado à sociedade”, acolhendo este pleito defensivo nos autos da Ap 357.610,²²³ de 2007.

Quanto à definição de competência judicial, o TJMG manteve a decisão de pronúncia²²⁴ contra indígena acusado de homicídio qualificado, afastando, dentre outros pleitos preliminares, o de declaração da incompetência da Justiça estadual, apoiando-se, para tanto, no teor da Súmula 140 do STJ e no argumento de que o homicídio imputado não tinha correlação com disputas por direitos indígenas.

O direito ao cumprimento de pena em estabelecimento da Funai foi assegurado nos autos do AgEx 9.341,²²⁵ de 2013, condicionado-o à possibilidade de aquele órgão acolher o condenado e vetado o cumprimento da pena na própria aldeia, ainda que sob supervisão de servidor da Funai, pois que o objetivo do Estatuto do Índio é o de integração progressiva e harmoniosa do indígena à “sociedade nacional” e esta meta,

222. BRASIL. TJMG. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

223. BRASIL. TJMG. Ap 357.610/2007. j. 22.07.2009. rel. Des. Júlio Cezar Guttierrez. publ. 05.08.2009.

224. BRASIL. TJMG. RESE 348.032/2000. j. 02.10.2003. rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro. publ. 17.10.2003.

225. BRASIL. TJMG. AgEx. 9.341/2013. j. 30.07.2013. rel. Des. Antônio Armando dos Anjos. publ. 05.08.2013.

segundo o tribunal, só se alcança com a supervisão constante do órgão assistencial.

No TJRJ²²⁶ não foram encontrados casos de criminalização de indígenas ou quaisquer discussões sobre a temática (ou, ao menos, a matéria não foi discutida por via recursal no Juízo *ad quem*).

No TJSP²²⁷ foram encontrados sete casos de criminalização de indígenas.

A realização de exame antropológico, para dirimir dúvida quanto à identidade étnica do acusado, foi negada pelo TJSP que, compulsando os autos de apelação, afirmou que o apelado não tinha qualquer traço de inadaptação à vida em sociedade, que portava documento de identidade e tinha conta bancária, não havendo razão para considerá-lo um “silvícola” que, segundo o tribunal, “(...) *nada mais é que um índio em primitivo estágio de habitante da selva*”.²²⁸ O pleito foi reiterado em autos de revisão criminal e novamente negado pelo TJSP.²²⁹

Quanto à competência, o TJSP reafirmou o teor da Súmula 140 do STJ, não acolhendo a nulidade absoluta arguida pela defesa técnica de indígena acusado de cometer homicídio qualificado.²³⁰

A possibilidade de cumprimento de prisão preventiva em estabelecimento da Funai foi afastada em julgamento do

226. BRASIL. TJRJ. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

227. BRASIL. TJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

228. BRASIL. TJSP. Ap 154.136-0/2010. 11.^a Câm. Crim. j. 25.10.2012. rel. Des. Machado de Andrade.

229. BRASIL. TJSP. Revisão Criminal 149.449-52/2011. 3.^a Câm. Crim. j. 20.03.2012. rel. Des. Borges Pereira.

230. BRASIL. TJSP. HC 446.893-38/2010. 8.^a Câm. Crim. j. 06.01.2011. rel. Louri Barbiero.

HC 410.606-3,²³¹ de 2000, sob a justificativa de que o regime de semiliberdade somente se aplica ao condenado e, portanto, após o trânsito em julgado da decisão condenatória pelo juiz de execução penal.²³²

Porém, no julgamento do HC 569.516-7,²³³ de 2010, foi concedido ao acusado, indígena da etnia Pankararé, a possibilidade de cumprir a custódia em estabelecimento da Funai, enquanto não julgado o recurso de apelação de condenação por crime de roubo.

Todos os direitos previstos no Estatuto do Índio foram afastados em julgamento de recurso de apelação,²³⁴ interposto em favor de indígena da etnia Pankararé que, por ser manobrista, ter cursado os primeiros anos do ensino fundamental e ter fluência na língua portuguesa, foi considerado integrado e, deste modo, não estava abrangido pela tutela do Estado.

3.2.5 Região Sul

Na região sul do País (composta pelos Estados do Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina), foram localizados sessenta e cinco casos de criminalização de índios: 52,31% deles (34 julgados) são recursos de apelação; 23,07% (15 julgados) são recursos em sentido estrito, seguidos de 21,53% do total (14 julgados), correspondentes a autos de *habeas corpus* impetrados e de 1,53% (1 julgado), relativo ao recurso de agravo, em execução penal. Mesma porcentagem para o único recurso *ex officio* encontrado.

231. BRASIL. TJSP. HC 410.606-3/2000. 3.^a Câ. Crim. j. 11.03.2003. rel. Segurado Braz.

232. TJSP. Ap 436.526-52/2010. 6.^a Câ. Crim. j. 11.04.2013. rel. Silmar Fernandes.

233. BRASIL. TJSP. HC 569.516-7/2010. 16.^a Câ. Crim. j. 15.03.2011. rel. Borges Pereira.

234. BRASIL. TJSP. Ap 27.069-08/2010. 16.^a Câ. Crim. j. 20.03.2012. rel. Borges Pereira.

Do total de casos, 44,62% (29 julgados) versam sobre a competência do juízo estadual; 38,46% (25 julgados), referem-se à nulidade processual por não produção de laudo antropológico; 15,38% dos casos (10 julgados) relacionam-se à necessidade de participação de Procurador Federal Especializado na defesa dos acusados; apenas 7,69% do total (5 casos) requerem a aplicação de atenuante de pena e 6,15% (4 casos), o regime prisional especial do Estatuto do Índio. Mesma porcentagem para a concessão de liberdade, em razão da aplicação da C169 da OIT (4 casos).

No TJPR²³⁵ foram localizados dezesseis casos de criminalização de indígenas.

Os pleitos da defesa técnica sobre a necessidade de realização de exame pericial antropológico vêm, geralmente, acompanhados da arguição de incompetência da Justiça estadual.

Nesse sentido, o RESE 481.804-4,²³⁶ de 2008, em que a defesa técnica de três indígenas, pronunciados pela acusação de homicídio qualificado de outro indígena e por ocultação de seu cadáver, suscitou, preliminarmente, nulidade processual, pela não realização de exame antropológico para confirmar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade daqueles, bem como pela não participação de Procurador Federal Especializado em fases processuais anteriores ao oferecimento de memoriais (alegações finais).

O Juízo *a quo* – confirmado pelo Juízo *ad quem* – porém, entendeu que este havia sido devidamente intimado, além de ser desnecessária a produção de laudo antropológico, pois os acusados seriam indígenas integrados – o que se confirmaria pelo porte, por todos, de documentos públicos, por sua frequência à igreja e ao ensino regular (sabendo ler e escrever) e por terem

235. BRASIL. TJPR. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

236. BRASIL. TJPR. RESE 481.804-4/2008. j. 02.10.2008. rel. Des. Oto Luiz Sponholz. publ. 14.11.2008.

rubricado os termos do interrogatório e dos depoimentos. Foi dispensada, também, a produção de laudo de exame médico-legal para atestar a integridade mental dos acusados, pois, segundo o art. 149 do CPP, o juiz ordena a sua realização, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, de defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, quando houver dúvida sobre aquela – e, tanto para o juiz singular como para o tribunal, não haveria dúvidas sobre sua integração. Os fundamentos da decisão do TJPR são repisados nos julgamentos dos seguintes recursos: RESE 80.391-0,²³⁷ de 1999; do RESE 92.978-8²³⁸ e do HC 100.229-7,²³⁹ ambos de 2000.

A realização de exame de sanidade mental, o fato de o acusado indígena assistir programas de televisão, de trajar roupas de grife e de possuir casa de alvenaria foram elementos suficientes para afastar a necessidade de laudo antropológico no julgamento do RESE 306.076-4,²⁴⁰ de 2005. De igual modo, o TJPR dispensou²⁴¹ a prova pericial na hipótese de ter a defesa técnica outra tese defensiva além da inimputabilidade do indígena, acusado de homicídio qualificado de outro indígena, reafirmando, ainda, a competência da Justiça comum para processá-lo e julgá-lo.

Na Ap 431.484-7,²⁴² de 2008, interposta pela Procuradoria Federal Especializada em favor de indígena acusado do crime de estupro, foram arguidas nulidades processuais pela

237. BRASIL. TJPR. RESE 80.391-0/1999. 2.ª Câmara. Crim. j. 02.09.1999. rel. Des. Carlos A. Hoffmann. publ. 27.09.1999.

238. BRASIL. TJPR. RESE 92.978-8/2000. 1.ª Câmara. Crim. j. 17.08.2000. rel. Des. Luiz Sponholz. publ. 18.09.2000.

239. BRASIL. TJPR. HC 100.229-7/2000. 2.ª Câmara. Crim. j. 30.11.2000. rel. Des. Newton Luz. publ. 05.02.2000.

240. BRASIL. TJPR. RESE 306.076-4/2005. 1.ª Câmara. Crim. j. 27.10.2005. rel. Des. Fábio Haick Dalla Vecchia. publ. 18.11.2005.

241. BRASIL. TJPR. RESE 882.428-6/2012. 1.ª Câmara. Crim. j. 23.08.2012. rel. Des. Macedo Pacheco. publ. 10.09.2012.

242. BRASIL. TJPR. Ap 431.484-7/2008. j. 10.01.2008. rel. Des. Sônia Regina de Castro. publ. 01.02.2008.

não realização de exame de DNA da vítima e de exame antropológico do réu, para atestar sua inimputabilidade – pleitos afastados pelo tribunal, tanto porque o laudo de DNA fora produzido (embora não juntado aos autos) quanto porque o laudo antropológico era desnecessário, dada a realização de exame de sanidade mental que confirmava sua imputabilidade (art. 149 do CPP) e por haver informações nos autos de que o réu já viajara para diversas cidades do País e que dominava, portanto, o idioma português.

Nos autos da Ap 322.956-7,²⁴³ de 2006, a defesa técnica de acusado indígena, condenado pela prática de furto qualificado, arguiu, além da incompetência do juízo estadual, a nulidade processual pela não realização de laudo antropológico para atestar o grau de integração do indígena à “sociedade nacional” que, segundo o juízo de primeira instância, confirmava-se pelo fato de o acusado ter tatuagens no corpo e saber ler e escrever, ainda que com dificuldades. O pedido de declaração da nulidade, neste aspecto, foi deferido, mas afastada a arguição de incompetência do juízo. Mesma decisão adotada para julgamento da Ap 329.435-1,²⁴⁴ de 2006, em que foram requeridos os mesmos pleitos para a defesa técnica de indígena acusado de tentativa de furto durante repouso noturno.

A questão de competência da Justiça estadual é decidida, em geral, por sua reafirmação, amparando-se na Súmula 140 do STJ.²⁴⁵⁻²⁴⁶

Quanto ao direito de cumprir a sanção penal em local próximo à sua habitação, em estabelecimento da Funai, o TJPR,

243. BRASIL. TJPR. Ap 322.956-7/2006. 4.^a Câm. Crim. j. 21.11.2006. rel. Des. Ronald Juarez Moro. publ. 30.11.2006.

244. BRASIL. TJPR. Ap 329.435-1/2006. 3.^a Câm. Crim. j. 10.08.2006. rel. Des. Mendes Silva. publ. 15.09.2006.

245. BRASIL. TJPR. RESE 133.057-2/2003. 2.^a Câm. Crim. j. 13.02.2003. rel. Des. Carlos A. Hoffmann. publ. 17.03.2003.

246. BRASIL. TJPR. RESE 126.641-3/2002. 2.^a Câm. Crim. j. 12.12.2002. rel. Des. Jesus Sarrão. publ. 03.02.2003.

no julgamento dos autos do Recurso *Ex Officio* 313.024,²⁴⁷ de 2006, determinou que a medida de segurança imposta a indígena, acusado de cometer homicídio simples, considerado imputável por alcoolismo atestado, fosse cumprida em sua aldeia, sob supervisão de servidores da Funai e Funasa (Fundação Nacional de Saúde), à época o órgão público responsável pelos serviços de saúde aos povos indígenas no País, substituído, atualmente, pela Sesai (Secretaria Especial de Saúde Indígena), vinculada ao Ministério da Saúde.

Por outro lado, foi afastada²⁴⁸⁻²⁴⁹ a aplicação de atenuante de pena ou do regime prisional de semiliberdade na hipótese de acusado indígena considerado aculturado, definição esta, no caso, dada não por laudo antropológico, mas por elementos como convivência com “família branca”, porte de documentos públicos, frequência no ensino médio, conhecimento da língua portuguesa e frequência a cultos religiosos cristãos.

Nos autos do HC 135.796-2,²⁵⁰ de 1999, não foi concedido o pedido subsidiário de cumprimento do restante de pena privativa de liberdade em estabelecimento da Funai, feito por Procurador Federal Especializado em favor de paciente indígena, sob o argumento de que a hediondez do crime é elemento indicador de sua integração.

No julgamento do RESE 143.145-0,²⁵¹ de 2004, foram enfrentadas três questões: a competência da Justiça estadual (reafirmada por meio da Súmula 140 do STJ), o cumprimento

247. BRASIL. TJPR. Rex.Of. 313.024-1/2006. 1.^a Câ. Crim. j. 04.05.2006. rel. Des. Antônio Loyola Vieira. publ. 19.05.2006.

248. BRASIL. TJPR. Ap 630.700-6/2010. 4.^a Câ. Crim. j. 12.08.2010. rel. Des. Ronald Juarez Moro. publ. 27.08.2010.

249. BRASIL. TJPR. HC 212.091-6/2002. 2.^a Câ. Crim. j. 31.10.2002. rel. Des. Idevan Lopes. publ. 14.11.2002.

250. BRASIL. TJPR. HC 135.796-2/1999. 4.^a Câ. Crim. j. 12.08.1999. rel. Des. Campos Marques. publ. 20.08.1999.

251. BRASIL. TJPR. RESE 143.145-0/2004. 2.^a Câ. Crim. j. 13.05.2004. rel. Des. Jesus Sarrão. publ. 31.05.2004.

de pena em regime de semiliberdade (compreendido como faculdade do juiz) e a necessidade de laudo antropológico afastada quando os fatos são submetidos a julgamento pelo Júri, capaz de decidir sobre o nível de integração do acusado indígena à “sociedade nacional”.

No TJRS²⁵² foram encontrados dezenove casos de criminalização de indígenas.

O TJRS dispensa a produção de laudo antropológico, quando demonstrado nos autos do processo, inequivocamente, que se trata de acusado indígena completamente integrado à “sociedade nacional”,²⁵³⁻²⁵⁴ contando com indícios como o exercício de trabalho e domínio da língua portuguesa.²⁵⁵

No julgamento da Ap 807.807,²⁵⁶ de 2006, o TJRS, reconhecendo a inimizabilidade do acusado, manteve a absolvição imprópria do indígena, a quem se imputou a prática do crime de homicídio simples, convertendo a medida de segurança a tratamento ambulatorial.

Quanto à necessidade de participação da Funai no curso do processo penal, decidiu-se, nos autos da Ap 82.525,²⁵⁷ de 2002, que é esta desnecessária quando o réu ostenta indícios de aculturação e, no caso em concreto, o fato de o indígena dirigir sem habilitação (crime imputado), confirmava sua proximidade

252. BRASIL. TJRS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

253. BRASIL. TJRS. Ap 218.563/2006. 6.^a Câ. Crim. j. 09.11.2006. rel. Des. João Batista Marques Tovo. publ. 11.12.2006.

254. BRASIL. TJRS. Ap 579.356/2010. 7.^a Câ. Crim. j. 11.11.2010. rel. Des. Naele Ochoa Piazzeta. publ. 24.11.2010.

255. BRASIL. TJRS. Ap 78.897/2004. 3.^a Câ. Crim. j. 09.12.2004. rel. Des. José Antônio Hirt Preiss. publ. 11.01.2005.

256. BRASIL. TJRS. Ap 807.807/2006. 2.^a Câ. Crim. j. 23.02.2006. rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa. publ. 20.03.2006.

257. BRASIL. TJRS. Ap 82.525/2002. 6.^a Câ. Crim. j. 31.10.2002. rel. Des. Ivan Leomar Bruxel. publ. 13.01.2003.

com a “sociedade nacional” – mesmas razões sustentadas no julgamento dos autos da Ap 657.099,²⁵⁸ de 2007. Em outras palavras, a própria imputação do crime serviu como elemento indicador de integração. A mesma fundamentação foi dada no julgamento dos autos do HC 55.005,²⁵⁹ de 2004.

A questão de competência da Justiça estadual fundamenta-se na Súmula 140 do STJ para reafirmar-se e, em geral, apoia-se também na tese segundo a qual a disputa por direitos indígenas só se dá em casos em que a terra indígena já foi demarcada e se encontra sob ameaça de invasão.

O TJRS entende que a conexão entre os fatos delituosos imputados e as disputas por direitos indígenas deve ser temporal, ou seja, os fatos devem ser simultâneos, não cabendo argumentar que a preexistência de conflitos justifique o deslocamento de competência para a Justiça federal julgar crimes havidos posteriormente. Nesse sentido: HC 154.885²⁶⁰ e Ap 678.967,²⁶¹ ambos de 2002; Ap 888.044,²⁶² de 2003; Ap 368.583,²⁶³ de 2004; HC 295.333²⁶⁴ e HC 610.484,²⁶⁵ ambos de 2012; HC 608.796,²⁶⁶ de 2014.

258. BRASIL. TJRS. Ap 657.099/2007. 7.^a Câ. Crim. j. 29.03.2007. rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira. publ. 10.04.2007.

259. BRASIL. TJRS. HC 55.005/2004. 8.^a Câ. Crim. j. 11.08.2004. rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. publ. 02.09.2004.

260. BRASIL. TJRS. HC 154.885/2002. 1.^a Câ. Crim. j. 23.10.2002. rel. Des. Manuel José Martinez Lucas. publ. 22.11.2002.

261. BRASIL. TJRS. Ap 300.353/2004. 3.^a Câ. Crim. j. 22.04.2004. rel. Des. José Antônio Hirt Preiss. publ. 20.05.2004.

262. BRASIL. TJRS. Ap 888.044/2002. 4.^a Câ. Crim. j. 16.10.2003. rel. Des. Gaspar Marques Batista. publ. 11.11.2003.

263. BRASIL. TJRS. Ap 678.967/2002. Câmara Especial Cível. j. 27.12.2002. rel. Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. publ. 28.04.2003.

264. BRASIL. TJRS. HC 295.333/2012. 1.^a Câ. Crim. j. 15.02.2012. rel. Des. Newton Brasil de Leão. publ. 02.04.2012.

265. BRASIL. TJRS. HC 610.484/2012. 7.^a Câ. Crim. j. 29.11.2012. rel. Des. Laura Louzada Jaccottet. publ. 06.12.2012.

266. BRASIL. TJRS. HC 608.796/2014. 1.^a Câ. Crim. j. 30.07.2014. rel. Des. Julio Cesar Finger. publ. 02.09.2014.

No julgamento do *HC* 200.291,²⁶⁷ de 2002, embora tivesse sido confirmado que os fatos se deram em contexto de disputa por terras indígenas, os acusados (da etnia Kaingang) foram considerados integrados, pois que exerciam atividade remuneratória (servidores da Funasa) e eram motoristas. A gleba de terra em disputa, aliás, não era demarcada para seu povo, descaracterizando, para o TJRS, o requisito de “disputa por direitos indígenas”, considerando que estes sequer haviam sido previamente definidos pelo procedimento administrativo correspondente ao reconhecimento de direitos territoriais.

Também foi denegada ordem ao *HC* 254.419,²⁶⁸ de 2006, em que a defesa técnica requereu o trancamento da ação penal movida contra indígena Kaingang, acusado de crime de lesões corporais, porque havia sido supressa instância judicial, considerando que a competência para julgamento seria da Justiça federal, dado que, segundo a defesa, os eventos imputados haviam se dado em contexto de disputa por terras, no Município de Faxinalzinho/RS. O TJRS entendeu, porém, que os conflitos apontados haviam ocorrido em data anterior a dos fatos sob julgamento, não cabendo, portanto, arguir por sua conexão – o que conduzia à afirmação de competência da Justiça estadual.

No julgamento da *Ap* 460.953,²⁶⁹ de 2001, o TJRS deferiu a atenuação de pena de reclusão imposta a indígena Kaingang acusado de crime de atentado violento ao pudor, bem como o seu cumprimento em estabelecimento da Funai, dispondo, ainda, que o regime de semiliberdade, previsto no Estatuto do Índio, sobrepõe-se àquele dado aos crimes hediondos. Porém, é necessário que a defesa técnica prove que se trata de um indígena

267. BRASIL. TJRS. *HC* 200.291/2002. 7.^a Câ. Crim. j. 06.06.2002. rel. Des. Agathe Elsa Schmidt da Silva. publ. 20.08.2002.

268. BRASIL. TJRS. *HC* 254.419/2006. 2.^a Câ. Crim. j. 21.12.2006. rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa. publ. 14.03.2007.

269. BRASIL. TJRS. *Ap* 460.953/2001. 8.^a Câ. Crim. j. 07.08.2002. rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo. publ. 09.12.2002.

não aculturado, como decidiu nos autos do *HC* 879.750,²⁷⁰ de 2004.

O TJRS decidiu,²⁷¹ ainda, que a atenuação de pena compete somente ao juiz de conhecimento, revendo decisão do juiz da execução de atenuá-la e aplicar o regime especial de semiliberdade.

No TJSC²⁷² foram localizados trinta casos de criminalização de indígenas.

O TJSC acolheu preliminar de incompetência da Justiça comum para o processamento e julgamento de crime, imputado a indígenas da etnia Xokleng, de roubo com arma de fogo de trator utilizado para recolher madeira extraída de suas terras, nas proximidades do Município de Doutor Pedrinho/SC, pois que se teria danificado patrimônio da União.²⁷³

Contudo, o tribunal, em geral, segue o entendimento do STJ e STF no sentido de não ser necessário o deslocamento à Justiça federal do processamento e julgamento de crimes cometidos ou sofridos por indígenas, contanto que não envolvam a coletividade.

Assim, nos autos do RESE 22.927-2,²⁷⁴ de 2005, não conheceu a arguição preliminar de incompetência da Justiça estadual para processamento e julgamento de indígena acusado de homicídio qualificado. Mesmo entendimento, referendando

270. BRASIL. TJRS. *HC* 879.750/2004. 7.^a Câm. Crim. j. 11.11.2004. rel. Des. Alfredo Foerster. publ. 29.11.2004.

271. BRASIL. TJRS. AgEx. 261.156/2007. 3.^a Câm. Crim. j. 08.02.2007. rel. Des. Vladimir Giacomuzzi. publ. 22.02.2007.

272. BRASIL. TJSC. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

273. BRASIL. TJSC. Ap 34.401-9/2012. 3.^a Câm. Crim. j. 28.08.2012. rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann.

274. BRASIL. TJSC. RESE 22.927-2/2005. 2.^a Câm. Crim. j. 13.09.2005. rel. Juiz Carlos Carstens Kohler.

a Súmula 140 do STJ, aplicado ao julgamento dos recursos: *HC* 148-0,²⁷⁵ de 1998; RESE 21.590-2²⁷⁶ e Ap 631-0,²⁷⁷ ambas de 1999; Ap 5.160-8²⁷⁸ e Ap 21.310-1,²⁷⁹ ambos de 2000; RESE 135-1,²⁸⁰ de 2001; Ap 13.123-2,²⁸¹ de 2002; RESE 4.375-1,²⁸² de 2005; Ap 45.307-2,²⁸³ de 2006; Ap 60.232-0,²⁸⁴ de 2009; Ap 97.271-2,²⁸⁵ de 2011.

Também na Ap 26.496-8,²⁸⁶ de 2002, negou-se provimento ao pedido de anulação *ab initio* do processo, pela condenação por Juízo estadual, bem como ao pedido de produção de laudo antropológico – pois que se tratava de acusado indígena já integrado à sociedade.²⁸⁷ Mesmas razões para o julgamento da

275. BRASIL. TJSC. *HC* 148-0/1998. 1.^a Câm. Crim. j. 10.02.1998. rel. Des. Amaral e Silva.

276. BRASIL. TJSC. RESE 21.590-2/2000. 2.^a Câm. Crim. j. 28.11.2000. rel. Des. Torres Marques.

277. BRASIL. TJSC. Ap 631-0/1999. 2.^a Câm. Crim. j. 24.03.1999. rel. Des. José Roberge.

278. BRASIL. TJSC. Ap 5.160-8/2000. 2.^a Câm. Crim. j. 13.06.2000. rel. Des. Álvaro Wandelli. publ. 06.07.2000.

279. BRASIL. TJSC. Ap 21.310-1/2000. 1.^a Câm. Crim. j. 13.02.2001. rel. Des. Genésio Nolli.

280. BRASIL. TJSC. RESE 135-1/2001. 1.^a Câm. Crim. j. 07.08.2001. rel. Des. Genésio Nolli. publ. 21.08.2001.

281. BRASIL. TJSC. Ap 13.123-2/2002. 1.^a Câm. Crim. j. 29.08.2002. rel. Des. Maurílio Moreira Leite. publ. 21.08.2002.

282. BRASIL. TJSC. RESE 4.375-1/2005. 1.^a Câm. Crim. j. 26.04.2005. rel. Juiz José Carlos Carstens Kohler.

283. BRASIL. TJSC. Ap 45.307-2/2006. 2.^a Câm. Crim. j. 27.03.2007. rel. Des. Sérgio Paladino.

284. BRASIL. TJSC. Ap 60.232-0/2009. rel. Des. Irineu João da Silva. 2.^a Câm. Crim. j. 29.06.2010.

285. BRASIL. TJSC. Ap 97.271-2/2011. 1.^a Câm. Crim. j. 11.07.2012. rel. Des. Carlos Alberto Civinski.

286. BRASIL. TJSC. Ap 26.496-8/2002. 1.^a Câm. Crim. j. 07.03.2006. rel. Des. Gaspar Rubik.

287. BRASIL. TJSC. RESE 2.264-3/2010. 3.^a Câm. Crim. j. 06.04.2010. rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Ap 52.257-6,²⁸⁸ de 2007, em que também se requereu a nulidade por não participação da Funai no feito.

O cerceamento de defesa pela não realização da prova pericial antropológica foi, também, objeto de apelo nos autos da Ap 4.686-3,²⁸⁹ de 2007, decidindo o TJSC por sua prescindibilidade, quando presentes nos autos elementos que indiquem a integração. Mesmo entendimento aplicado ao caso em que o acusado portava título de eleitor.²⁹⁰⁻²⁹¹

A tese de inimputabilidade do indígena,²⁹²⁻²⁹³ sustentada pela defesa, não foi acolhida pelo TJSC ao julgar acusado de lesões corporais que havia cursado os primeiros graus do ensino fundamental, exercia a função de “tarefeiro” (corte de erva mate) e residia em zona urbana do Município de Faxinal dos Guedes/SC.²⁹⁴

Pelas mesmas razões, não se deu provimento ao apelo de indígena acusado de homicídio privilegiado, pois que sua imputabilidade estava provada pelo fato de ser eleitor e contribuinte cadastrado na Receita Federal, sendo, portanto, capaz de entender as relações e valores do “mundo dito civilizado”, dispensando-se exame de insanidade mental pelo “duplo critério biopsicológico”.²⁹⁵

288. BRASIL. TJSC. Ap 52.257-6/2007. 1.^a Câ. Crim. j. 27.06.2008. rel. Des. Subs. Victor Ferreira.

289. BRASIL. TJSC. Ap 4.686-3/2007. 2.^a Câ. Crim. j. 13.03.2007. rel. Des. Torres Marques.

290. BRASIL. TJSC. Ap 3.035-2/2005. 2.^a Câ. Crim. j. 22.03.2005. rel. Des. Irineu João da Silva.

291. BRASIL. TJSC. Ap 2.890-0/2003. 1.^a Câ. Crim. j. 17.06.2003. rel. Des. Solon d'Eça Neves. publ. 16.09.2003.

292. BRASIL. TJSC. RESE 8.618/1991. 1.^a Câ. Crim. j. 13.05.1991. rel. Des. Nauro Collaço. publ. 21.06.1991.

293. BRASIL. TJSC. Ap 70.627-1/2009. 2.^a Câ. Crim. j. 13.04.2010. rel. Des. Sérgio Paladino.

294. BRASIL. TJSC. Ap 697-4/2003. 1.^a Câ. Crim. j. 29.11.2005. rel. Des. Gaspar Rubik.

295. BRASIL. TJSC. Ap 26.621-9/2002. 1.^a Câ. Crim. j. 11.03.2003. rel. Des. Jaime Ramos.

No julgamento do RESE 62.879-9,²⁹⁶ de 2007, o TJSC afirmou que, tão somente por integrar uma cultura diversa, o índio não pode ser qualificado como inimputável. Antes, deve ser tratado como homem capaz e, quando perfeitamente integrado à sociedade dispensa-se o exame de sanidade mental, com base no critério biopsicológico.²⁹⁷

A não participação da Funai no processo criminal que condenou indígena da etnia Guaraní, acusado de tentativa de estupro de vulnerável, e o não reconhecimento de seu direito de cumprir a pena no regime prisional de semiliberdade foram objetos de *habeas corpus* impetrado por Procurador Federal Especializado, cuja ordem não foi concedida pelo TJSC que entendeu que os “benefícios” do Estatuto do Índio não se aplicam ao indígena integrado à sociedade.²⁹⁸ Mesma motivação para não se conhecer do apelo para reconhecer a incidência da C169 da OIT.²⁹⁹

Também não foi reconhecida a nulidade pela ausência de intimação do Procurador Federal Especializado para atos do processo, se este apresentou peças consideradas necessárias à defesa do apelante indígena.³⁰⁰

O cumprimento de pena em regime prisional de semiliberdade não foi concedido no HC 11.441-6,³⁰¹ de 2009, pois que o indígena, acusado de tentativa de roubo, estava integrado à sociedade.

296. BRASIL. TJSC. RESE 62.879-9/2007. 1.^a Câ. Crim. j. 29.03.2008. rel. Des. Solon d'Eça Neves.

297. BRASIL. TJSC. Ap 55.821-0/2007. 3.^a Câ. Crim. j. 07.02.2008. rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho.

298. BRASIL. TJSC. HC 86.040-6/2013. 2.^a Câ. Crim. j. 21.01.2014. rel. Des. Celso Tomazini.

299. BRASIL. TJSC. Ap 37.477-8/2013. 2.^a Câ. Crim. j. 24.09.2013. rel. Des. Subs. Volnei Celso Tomazini.

300. BRASIL. TJSC. Ap 62.670-8/2009. 2.^a Câ. Crim. j. 08.06.2010. rel. Des. Sérgio Paladino.

301. BRASIL. TJSC. HC 11.441-6/2009. 1.^a Câ. Crim. j. 05.05.2009. rel. Des. Carlos Alberto Civinski.

O TJSC, por fim, não conheceu a arguição de *ne bis in idem* sustentada pela defesa técnica em favor de indígena, da aldeia Pinhalzinho, que fora condenado pela prática de lesões corporais contra a irmã e que já havia sido punido pela comunidade. Por se tratar de indígena aculturado, não cabia o afastamento do *jus puniendi* do Estado, nem os demais direitos do Estatuto do Índio.³⁰²

3.3 Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais

Os Tribunais Regionais Federais são órgãos da Justiça federal, compostos por, no mínimo, sete juízes federais, recrutados e nomeados segundo regras expressas da CF em seus arts. 106 a 110, competindo-lhes, em matéria criminal, processar e julgar, originariamente, juízes federais de sua jurisdição denunciados pela prática de crimes comuns e de responsabilidade, bem como membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça eleitoral; as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou de juízes federais da região; os autos de *habeas corpus*, na hipótese de a autoridade coatora ser juiz federal; conflitos de competência entre juízes federais e, por fim; julgar os recursos interpostos contra decisões de juízes federais e juízes estaduais no exercício da competência federal – reforçando que, nesta, compreende-se a competência para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, conforme o inc. XI do art. 109 da CF.

Foram analisados 38 casos de criminalização de indígenas, coletados nos bancos de dados dos sítios eletrônicos de cada tribunal, debruçados nas vias recursais de julgados de juízes federais de sua circunscrição.

Do total, 57,89% (22 casos) são recursos de apelação, seguidos de *habeas corpus* impetrados (8 casos – 21,05%) e de recursos em sentido estrito (8 casos – 21,05%).

As matérias suscitadas versam, igualmente, sobre laudo antropológico, aplicação dos direitos dos indígenas criminalizados

302. BRASIL. TJSC. Ap 86.669-7/2013. 5.^a Câ. Crim. j. 25.04.2014. rel. Des. Roberto Lucas Pacheco.

e participação de assistência específica. A necessidade de produção de laudo antropológico para aferir a culpabilidade dos acusados foi sustentada em 31,57% dos julgados (12 casos) – mesma porcentagem para a arguição de incompetência do juízo federal (12 casos).

A aplicação de atenuante de pena aparece em 34% deles (13 casos) e o regime especial de semiliberdade foi requerido em 15,78% dos julgados (6 casos).

Em apenas um julgado, foi requerida a nulidade processual por não participação de Procurador Federal Especializado da Funai (2,63% do total).

3.3.1 TRF1

O TRF1³⁰³ exerce sua jurisdição sobre grande parte dos Estados da Federação, incluindo o Distrito Federal, sendo aqueles os Estados de Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins.

Nele, foram encontrados cinco casos de criminalização de indígenas.

Manifestando-se quanto à necessidade de realização de exame antropológico, tratando-se de acusado indígena, o TRF1 reiterou a jurisprudência do STJ e STF no sentido de que, havendo elementos suficientes nos autos que demonstrem a sua integração (assimilação) à “sociedade nacional”, é dispensável a sua produção, mesmo porque o exame antropológico não tem amparo legal, constituindo-se em prova opcional do juízo, em caso de dúvida.

Deste modo, não concedeu a ordem para anulação *ab initio* do processo criminal movido contra indígena da etnia Guajajara, segundo requerimento do Ministério Público Federal que alegou, ainda, ser indispensável a realização da prova pericial desde a

303. BRASIL. TRF1. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

prisão em flagrante para exata dimensão da compreensão do agente quanto à ilicitude da conduta.³⁰⁴

A matéria foi, também, objeto de apelação, no recurso Ap 1010-9,³⁰⁵ de 2003, sem alteração do entendimento da 3.^a T. do TRF1 quanto ao tema, a não ser pela determinação de que o Juízo da Execução observe o cumprimento de pena em regime prisional de semiliberdade, havendo esta possibilidade atestada pela Funai. Reafirmou que o laudo antropológico é desnecessário, pois que a escolaridade, a fluência na língua portuguesa e o grau de liderança que exercia na quadrilha eram indícios suficientes de sua integração à “sociedade nacional” do condenado, que fora denunciado pela prática de tráfico de entorpecentes, nos termos da legislação vigente à época.³⁰⁶

Também não foi concedida a ordem para reconhecer o constrangimento ilegal pela não realização de exame antropológico de indígena acusado de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, pois que, segundo constou nos autos, tratava-se de indígena integrado à sociedade, o que se provava por meio de seu boletim de vida pregressa, porte de carteira de identidade e cadastro de pessoa física, pela fluência na língua portuguesa, bem como pelo fato de exercer a profissão de carpinteiro, ser casado e católico praticante.³⁰⁷

Nos autos da Ap 49.688-4,³⁰⁸ de 2001, a defesa técnica de acusado de estupro de vulnerável, sustentou que a sentença condenatória não considerou a “dupla personalidade do agente”, baseado no fato de aquele ser indígena, e, portanto, não aplicou os direitos previstos no Estatuto do Índio (atenuante de pena

304. BRASIL. TRF1. HC 17.109-9/2003. 3.^a T.j. 15.02.2004. rel. Des. Olindo Menezes.

305. BRASIL. TRF1. Ap 1010-9/2003. 3.^a T. j. 2009. rel. Des. Cândido Ribeiro.

306. A Lei 6.368, de 21.10.1976, foi revogada pela Lei 11.343, de 23.08.2006.

307. BRASIL. TRF1. HC 55.226-05/2012. 3.^a T.j. 15.02.2004. rel. Juiz Marcus Vinicius Reis Bastos.

308. BRASIL. TRF1. Ap 49.688-4/2001. 3.^a T.j. 15.07.2003. rel. Des. Olindo Menezes.

e regime prisional “semiaberto” no local de funcionamento da Funai).

O TRF1, porém, delimitou as questões de competência da Justiça federal àquelas relativas à cultura dos povos indígenas ou que envolvam sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições e, sobretudo, às questões fundiárias das suas reservas. O crime de estupro, sofrido ou praticado por indígena, não se encontra abrangido pela expressão “disputa sobre direitos indígenas” – razão pela qual determinou a anulação do feito e a remessa dos autos para a Justiça estadual julgar.

Pelas mesmas razões, e amparando-se na jurisprudência do STJ e STF, o TRF1 negou provimento ao recurso do Ministério Público Federal que interpôs RESE 2.875-4,³⁰⁹ de 2000, contra decisão declaratória de incompetência da Justiça federal para processamento e julgamento de indígena acusado da prática de homicídio simples.

3.3.2 TRF2

O TRF2³¹⁰ exerce sua jurisdição sobre os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo e, como a quase inexistente discussão judicial sobre criminalização de indígenas em ambos os Estados (ao menos, em sede recursal), manifestou-se quanto ao tema em apenas uma ocasião, em que o Ministério Público interpôs RESE 53.000,³¹¹ de 2002, em face à decisão do juízo federal de declinar da competência para julgamento de crime envolvendo indígena, amparando-se na Súmula 140 do STJ.

O TRF2 decidiu pelo provimento do recurso, afirmando que cabe à União a preservação de todos os direitos dos povos

309. BRASIL. TRF1. RESE 2.875-4/2000. 3.^a T. j. 15.02.2004. rel. Des. Hilton Queiroz.

310. BRASIL. TRF2. Disponível em: <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

311. BRASIL. TRF2. RESE 53.000/2002. 5.^a T. j. 17.04.2001. rel. Des. Raudênio Bonifácio Costa. publ. 30.08.2001.

indígenas e seus membros, dentre eles o direito à vida, não se podendo relegar à Justiça estadual a tarefa de conhecer de infrações penais cometidas por ou contra indígenas (“silvícolas”).

3.3.3 TRF3

O TRF3³¹² exerce sua jurisdição sobre os Estados de Mato Grosso do Sul e São Paulo. Foram encontrados sete casos de criminalização de indígenas.

Ficou caracterizado o constrangimento ilegal de não participação de Procurador Federal Especializado nos atos de processo criminal movido contra indígena considerado não integrado à sociedade, nos autos do RESE 927,³¹³ de 1998.

A incompetência do juízo foi impugnada por meio do *HC* 46.201³¹⁴ e do *HC* 6.958,³¹⁵ ambos de 1998, e suscitada, preliminarmente, no RESE 2.444,³¹⁶ de 2000, sendo acatada pelo TRF3, que anulou os feitos desde o início e deslocou os julgamentos para a Justiça comum, com base no entendimento do STJ. Mesma fundamentação para negar provimento ao RESE 3.111,³¹⁷ de 2002.

Por outro lado, o TRF3 decidiu que a interpretação do inc. XI do art. 109 da CF, deve ser a que assegure máxima proteção aos direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas e seus membros, o que não se limita, portanto, às questões cíveis e

312. BRASIL. TRF3. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

313. BRASIL. TRF3. RESE 927/1998. 1.^a T. j. 23.06.1998. rel. Des. Roberto Haddad. publ. 25.08.1998.

314. BRASIL. TRF3. *HC* 49.086-86/1998. 2.^a T. j. 06.10.1998. rel. Des. Sylvia Steine. publ. 03.02.1999.

315. BRASIL. TRF3. *HC* 6.958/1998. 5.^a T. j. 27.04.1998. rel. Des. Suzana Camargo. publ. 09.06.1998.

316. BRASIL. TRF3. RESE 2.444/2000. 2.^a T. j. 31.05.2005. rel. Des. Cecília Mello. publ. 08.07.2005.

317. BRASIL. TRF3. RESE 3.111/1998. 2.^a T. j. 10.09.2002. rel. Juiz Maurício Kato. publ. 07.11.2002.

administrativas, geralmente vinculadas à questão de demarcação e homologação de terras indígenas.

Cabe à Justiça federal a análise de todo conflito quanto à organização social dos indígenas, aí envolvidos todos os aspectos de seu particular modo de vida e organização política.

Os crimes cometidos ou sofridos por indígenas, quando afetam a coletividade ou ofendam interesses não meramente particulares devem ser reservados à competência da Justiça federal, como foi o caso de tentativa de homicídio praticada por indígena contra liderança da comunidade, na Comarca de Ponta Porã/MS.³¹⁸

Na Ap 55.328,³¹⁹ de 2012, foi negado o direito à atenuante de pena ao indígena acusado de tráfico de drogas, por ser considerado integrado à “sociedade nacional” (sem laudo antropológico amparando a decisão).

3.3.4 TRF4

O TRF4³²⁰ exerce sua jurisdição sobre os Estados de Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Foram encontrados treze casos de criminalização de indígenas.

Nos autos da Ap 216-3,³²¹ de 2006, decidiu-se que não havia nulidade ao não se realizar exame antropológico, quando presente nos autos elementos bastantes para aferir o nível de integração do indígena à “sociedade nacional”. Mesmo entendimento para o julgamento da Ap 1.242-6,³²² de 2001,

318. BRASIL. TRF3. RESE 6.287/2010. 2.^a T. j. 07.08.2012. rel. Juiz Fernão Pompeo. publ. 16.08.2012.

319. BRASIL. TRF3. HC 55.328/2012. 5.^a T. j. 03.02.2014. rel. Juíza Louise Filgueiras. publ. 07.02.2014.

320. BRASIL. TRF4. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

321. BRASIL. TRF4. Ap 216-3/2006. 8.^a T. j. 08.10.2008. rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz.

322. BRASIL. TRF4. Ap 1.242-6/2001. 7.^a T. j. 24.08.2010. rel. Des. Valéria Menin Berlato. publ. 25.08.2010.

em que a perícia antropológica foi considerada desnecessária para aferir a imputabilidade do acusado³²³⁻³²⁴ e dos recursos de apelação: Ap 4.103³²⁵ e 4.104³²⁶, julgadas conjuntamente em 2003; Ap 3.602-02,³²⁷ de 2005; Ap 4.056-11,³²⁸ de 2007; Ap 2.704-50,³²⁹ de 2009; RESE 1.108-4, de 2003.

A tese da incidência de erro de proibição e os pedidos subsidiários de atenuante de pena e cumprimento desta em regime prisional de semiliberdade não foram providos no julgamento da Ap 30.716-3,³³⁰ de 1993, pois que os relatos do corréu (não indígena), em crime de furto qualificado e receptação, teriam demonstrado a capacidade de discernimento do apelante, dispensando-se tratamento jurídico diferente.

O crime de estupro, imputado a cacique da aldeia de Pinhalzinho/PR teve a competência para julgamento deslocada da Justiça federal para a Justiça estadual.³³¹

A “periculosidade do agente”, pela prática dos crimes imputados, foi motivo bastante para negar a liberdade provisória de cacique da etnia Kaingang, na Comarca de Pato Branco/PR, mesmo após arguição de constrangimento ilegal pelo Procurador

323. BRASIL. TRF4. Ap 1.818-1/2004. 8.^a T. j. 13.09.2006. rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz.

324. BRASIL. TRF4. Ap 8.674-7/2006. 8.^a T. j. 17.03.2010. rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado. publ. 23.03.2010.

325. BRASIL. TRF4. Ap 4.103/2003. 8.^a T. j. 13.06.2007. rel. Des. Eloy Bernst Justo.

326. BRASIL. TRF4. Ap 4.104/2003. 8.^a T. j. 13.06.2007. rel. Des. Eloy Bernst Justo.

327. BRASIL. TRF4. Ap 3.602-02/2005. 8.^a T. j. 02.03.2011. rel. Juiz Artur César de Souza. publ. 04.03.2011.

328. BRASIL. TRF4. Ap 4.056/2007. 8.^a T. j. 13.07.2011. rel. Juiz Sérgio Fernando Moro.

329. BRASIL. TRF4. Ap 2.704-5/2009. 8.^a T. j. 02.08.2012. rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado.

330. BRASIL. TRF4. Ap 30.716-3/1993. 1.^a T. j. 05.12.1995. rel. Des. Ronaldo Luiz Ponzi.

331. BRASIL. TRF4. RESE 2.788-5/2006. 7.^a T. j. 06.05.2008. rel. Des. Néfi Cordeiro.

Federal Especializado de que teve, dificultosamente, acesso aos autos do inquérito policial e ao próprio paciente para exercício de sua defesa técnica.³³²

Por outro lado, foi concedida a ordem para a soltura de cacique idoso, por se compreender que a segregação cautelar a que estava submetido era excessiva, pois que o acusado não oferecia riscos à sociedade e mantê-lo custodiado, em cárcere comum, prejudicaria sua própria saúde e o bem estar da comunidade.³³³

3.3.5 TRF5

O TRF5³³⁴ exerce sua jurisdição sobre os Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe. Foram encontrados doze julgados.

A questão da competência para processamento e julgamento de crimes sofridos ou cometidos por indígenas segue a orientação da maioria dos julgados do STJ e do STF, que são referendados pelos Tribunais estaduais: a competência da Justiça federal incide apenas nos casos de disputas sobre direitos indígenas, consideradas estas apenas aquelas que afetam patrimônio da União ou lesam interesses de toda a coletividade, excetuados, portanto, os casos de aparente interesse particular, como crimes de competência comum dos Estados.

Nesse sentido, foi deslocada a competência para a Justiça estadual de tentativa de lesão corporal entre índios da etnia Truká, nos autos do RESE 1.344,³³⁵ de 2010.

332. BRASIL. TRF4. HC 19.397-88/2012. 7.^a T. j. 15.06.1999. rel. Des. Fábio Bittencourt da Rosa. publ. 18.08.1999.

333. BRASIL. TRF4. HC 22.081-8/1999. 1.^a T. j. 28.11.2012. rel. Juiz Luiz Carlos Canalli.

334. BRASIL. TRF5. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

335. BRASIL. TRF5. RESE 1.344/2010. 2.^a T. j. 13.07.2010. rel. Des. Francisco Wildo. publ. 22.07.2010.

Foi mantida a competência da Justiça federal para o julgamento de homicídio imputado a indígena contra outro da etnia Xukuru, pois que os fatos teriam se dado em razão de controvérsia sobre quem teria controle sobre verbas pertencentes a todo o povo.³³⁶ A Súmula 140 do STJ, foi afastada.

A atenuante prevista no *caput* do art. 56 do Estatuto do Índio foi aplicada em julgamento da Ap 8.114,³³⁷ de 2012, pois que não foi negada a identidade indígena do acusado de crime de peculato contra a Funai. Mesma decisão nos autos dos recursos: Ap 9.546,³³⁸ Ap 8.928³³⁹ e Ap 8.838,³⁴⁰ todas de 2013; Ap 10.822,³⁴¹ de 2014.

Porém, entendeu-se que a condição de “silvícola” por si só não confere ao agente tal direito,³⁴² e sua caracterização como “aculturado”³⁴³⁻³⁴⁴ ou completamente integrado à “comunidade nacional” também afasta sua aplicação.³⁴⁵

Pelas mesmas razões, foi negado o pedido de cumprimento de pena em regime prisional de semiliberdade ao indígena

336. BRASIL. TRF5. HC 1.658/2003. 1.^a T. j. 22.05.2003. rel. Des. Edvaldo Batista da Silva Júnior. publ. 27.06.2003.

337. BRASIL. TRF5. Ap 8.114/2012. 3.^a T. j. 23.08.2012. rel. Des. Cíntia Menezes Brunetta. publ. 03.09.2012.

338. BRASIL. TRF5. Ap 9.546/2013. 3.^a T. j. 18.04.2013. rel. Des. Marcelo Navarro. publ. 24.04.2014.

339. BRASIL. TRF5. Ap 8.928/2013. 3.^a T. j. 04.04.2013. rel. Des. Marcelo Navarro. publ. 11.04.2013.

340. BRASIL. TRF5. Ap 8.838/2013. 3.^a T. j. 04.04.2013. rel. Des. Marcelo Navarro. publ. 11.04.2013.

341. BRASIL. TRF5. Ap 10.822/2014. 3.^a T. j. 20.02.2014. rel. Des. Marcelo Navarro. publ. 24.02.2014.

342. BRASIL. TRF5. Ap 5.995/2011. 2.^a T. j. 26.07.2011. rel. Des. Francisco Wildo. publ. 04.08.2011.

343. BRASIL. TRF5. Ap 6.224/2011. 1.^a T. j. 04.08.2011. rel. Des. Manoel Erhardt. publ. 25.08.2011.

344. BRASIL. TRF5. Ap 6.953/2011. 1.^a T. j. 04.08.2011. rel. Des. Manoel Erhardt. publ. 25.08.2011.

345. BRASIL. TRF5. Ap 5.818/2008. 2.^a T. j. 11.11.2008. rel. Des. Ivan Lira de Carvalho. publ. 26.11.2008.

acusado de crime de atentado contra serviço de utilidade pública, pela destruição de torre transmissora de energia elétrica.³⁴⁶

3.4 Jurisprudência do STJ e STF

No STJ e STF, foram encontrados cinquenta e seis casos que versaram sobre criminalização de indígenas, coletados nos respectivos bancos de dados de seus sítios eletrônicos. Do total, 50% (28 casos) são autos de *habeas corpus* impetrados, seguidos de: 35,71% (20 casos) de incidentes processuais de conflito de competência (todos interpostos no STJ); 5,35% (3 casos) de recursos extraordinários (de competência do STF); 3,57% (2 casos) de recursos especiais (de competência do STJ) e de 1,78% (1 caso) de mandado de segurança. Mesma porcentagem para agravo regimental em recurso especial (1 caso) e em recurso extraordinário (1 caso).

A arguição pela nulidade processual dos julgados nas instâncias inferiores por incompetência do juízo foi sustentada em 71,43% dos julgados (40 casos); 17,86% (10 casos) correspondem à arguição de nulidade pela não produção de laudo antropológico para aferir a culpabilidade dos acusados indígenas.

O direito ao cumprimento de pena ou de prisão preventiva em regime especial de semiliberdade foi levantado em 10,71% dos julgados (6 casos) e o direito à atenuação de pena, em 8,93% do total (5 casos). Por fim, a necessidade de participação de representante do órgão de assistência federal foi sustentada em 5,36% (3 casos) dos julgados.

3.4.1 STJ

Foram encontrados no STJ³⁴⁷ quarenta e quatro casos de criminalização de indígenas, a maior parte deles relacionados

346. BRASIL. TRF5. Ap 5.802/2009. 3.^a T. j. 24.09.2009. rel. Des. Vladimir Carvalho. publ. 29.09.2009.

347. BRASIL. STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

ao questionamento de competência judicial da Justiça comum para julgamento de crimes em que os indígenas são acusados ou ofendidos.

A análise da culpabilidade de indígenas sob o elemento da potencial consciência da ilicitude – e, mais especificamente, de sua exclusão ou minoração pela ocorrência de erro de proibição – foi arguida em diversos recursos criminais ou em *writs* impetrados junto ao STJ. Afastando-se do critério biopsíquico que caracterizou a fundamentação da culpabilidade de indígenas como inimputáveis, por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a tese da incidência de erro de proibição parte da noção, em geral, de que aos indígenas falta o conhecimento do injusto dos tipos penais imputados.

Ainda assim, os motivos determinantes para não se reconhecer o erro de proibição são os mesmos aplicados para afastar a tese de inimputabilidade de indígenas: a presença de elementos indiciários de que o contato interétnico possibilitou a aculturação ou integração do acusado à “sociedade nacional”³⁴⁸ (trabalhar, dominar o idioma português, dirigir veículo habilitado etc.).

Nesse sentido, o julgamento dos recursos: *HC* 5.359-30/RR,³⁴⁹ *HC* 243.794/MS,³⁵⁰ REsp 1.129.637/SC,³⁵¹ *HC* 25.003/MA.³⁵²

A assistência de Procurador Federal Especializado no processo criminal foi deferida no MS 30.675/AM,³⁵³ porém por

348. BRASIL. STJ. *HC* 9.403/PA. 5.^a T. Crim. j. 16.09.1999. rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. publ. 18.10.1999.

349. BRASIL. STJ. *HC* 5.359-30/RR. 2.^a T. Crim. j. 21.01.2013. rel. Min. Carlos Eduardo Contar.

350. BRASIL. STJ. *HC* 243.794/MS. 6.^a T. Crim. j. 11.03.2014. rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. publ. 24.03.2014.

351. BRASIL. STJ. REsp 1.129.637/SC. 6.^a T. Crim. j. 25.02.2014. rel. Min. Sebastião Reis Júnior. publ. 10.03.2014.

352. BRASIL. STJ. *HC* 25.003/MA. 6.^a T. Crim. j. 09.09.2003. rel. Min. Paulo Medina. publ. 01.12.2003.

353. BRASIL. STJ. MS 30.675/AM. 5.^a T. Crim. j. 22.11.2011. rel. Min. Gilson Dipp. publ. 01.12.2014.

se entender que o indeferimento constituía ato administrativo para quem não é parte, dispensando-se a exigência de inexistência de recurso com efeito suspensivo. Manifestando-se em autos de recurso especial, mesmo atestando a integração do acusado à “sociedade nacional”, o STJ reconheceu que, por se tratar de indígena, era necessária a participação de Procurador Federal Especializado.³⁵⁴

O STJ fixou a Súmula 140, em que se afirma que os crimes cometidos ou sofridos por indígenas são de competência para processamento e julgamento da Justiça estadual, após o julgamento de vários incidentes recursais de conflito de competência e de julgar preliminares arguidas em diversos recursos criminais sobre a nulidade absoluta decorrente de julgamento por juízo incompetente. Nesse sentido, o julgamento do CC 8.733-3/MA;³⁵⁵ CC 6.419-8/MT;³⁵⁶ CC 21.968/MG;³⁵⁷ HC 35.227/MS;³⁵⁸ HC 87.422/AC;³⁵⁹ HC 32.214/RS;³⁶⁰ CC 52.194/SC;³⁶¹ CC 43.413/MT;³⁶² HC 33.392/RS.³⁶³

354. BRASIL. STJ. REsp 792.256/MA. 5.^a T. j. 10.05.2007. rel. Min. Gilson Dipp. publ. 29.06.2007.

355. BRASIL. STJ. CC 8.733-3/MA. 3.^a T. Crim. j. 22.07.1994. rel. Min. Jesus Costa Lima. publ. 22.08.1994.

356. BRASIL. STJ. CC 6.419-8/MT. 3.^a T. Crim. j. 02.03.1995. rel. Min. Jesus Costa Lima. publ. 27.03.1995.

357. BRASIL. STJ. CC 21.968/MG. 3.^a T. Crim. j. 11.11.1998. rel. Min. Anselmo Santiago. publ. 18.12.1998.

358. BRASIL. STJ. HC 35.227/MS. 5.^a T. Crim. j. 18.04.2013. rel. Min. Laurita Vaz. publ. 25.04.2013.

359. BRASIL. STJ. HC 87.422/AC. 5.^a T. Crim. j. 24.11.2008. rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. publ. 19.12.2008.

360. BRASIL. STJ. HC 32.214/RS. 5.^a T. Crim. j. 08.11.2007. rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. publ. 07.02.2008.

361. BRASIL. STJ. CC 52.194/SC. 3.^a T. Crim. j. 14.03.2007. rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. publ. 26.03.2007.

362. BRASIL. STJ. CC 43.413/MT. 3.^a T. Crim. j. 13.10.2004. rel. Min. Gilson Dipp. publ. 10.11.2004.

363. BRASIL. STJ. HC 33.392/RS. 5.^a T. Crim. j. 08.06.2004. rel. Min. Jorge Scartezini. publ. 02.08.2004.

Embora preliminarmente afirmasse que a súmula não tem caráter vinculativo, mas, antes, servia como uma diretriz, a sua menção em todos os julgados reforçou-a, de tal modo que seu enunciado consolidou-se como um dogma na maior parte dos julgados tanto do STJ quanto de Tribunais de Justiça estaduais.

A partir da elaboração da Súmula 140, vários julgados sedimentaram o entendimento do Tribunal Superior sobre ser a Justiça estadual competente para apreciar os crimes cometidos ou sofridos por indígenas. Nesse sentido: *HC 9.856/MS*,³⁶⁴ *HC 9.826/RS*,³⁶⁵ *HC 9.511/MA*,³⁶⁶ *CC 29.093/MS*,³⁶⁷ *CC 21.794/AC*,³⁶⁸ *CC 99.406/RO*,³⁶⁹ *CC 101.569/PR*,³⁷⁰ *CC 93.120/AM*,³⁷¹ *CC 43.328/MS*,³⁷² *CC 30.022/MS*,³⁷³ *CC 37.665/TO*,³⁷⁴ *CC 35.073/PR*,³⁷⁵ *CC 33.303/TO*.³⁷⁶ Importante frisar que a

364. BRASIL. STJ. *HC 9.856/MS*. 5.^a T. Crim. j. 05.08.1999. rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. publ. 13.09.1999.

365. BRASIL. STJ. *HC 9.826/RS*. 6.^a T. Crim. j. 21.09.1999. rel. Min. Vicente Leal. publ. 11.10.1999.

366. BRASIL. STJ. *HC 9.511/MA*. 6.^a T. Crim. j. 14.03.2000. rel. Min. Vicente Leal. publ. 10.04.2000.

367. BRASIL. STJ. *CC 29.093/MS*. 3.^a T. Crim. j. 09.08.2000. rel. Min. Vicente Leal. publ. 04.09.2000.

368. BRASIL. STJ. *CC 21.794/AC*. 3.^a T. Crim. j. 18.12.2000. rel. Min. Jorge Scartezzini.

369. BRASIL. STJ. *CC 99.406/RO*. 3.^a T. Crim. j. 13.10.2010. rel. Min. Jorge Mussi. publ. 20.10.2010.

370. BRASIL. STJ. *CC 101.569/PR*. 3.^a T. Crim. j. 25.08.2010. rel. Min. Jorge Mussi. publ. 06.09.2010.

371. BRASIL. STJ. *CC 93.120/AM*. 3.^a T. Crim. j. 09.06.2010. rel. Min. Jorge Mussi. publ. 17.06.2010.

372. BRASIL. STJ. *CC 43.328/MS*. 3.^a T. Crim. j. 08.10.2008. rel. Min. Og Fernandes. publ. 21.10.2008.

373. BRASIL. STJ. *CC 30.022/MS*. 3.^a T. Crim. j. 24.03.2004. rel. Min. Jorge Scartezzini. publ. 01.07.2004.

374. BRASIL. STJ. *CC 37.665/TO*. 3.^a T. Crim. j. 12.03.2003. rel. Min. Gilson Dipp. publ. 14.04.2003.

375. BRASIL. STJ. *CC 35.073/PR*. 3.^a T. Crim. j. 11.09.2002. rel. Min. Vicente Leal. publ. 30.09.2002.

376. BRASIL. STJ. *CC 33.303/TO*. 3.^a T. Crim. j. 14.08.2002. rel. Min. Fontes de Alencar. publ. 02.09.2002.

alegação de nulidade por incompetência do juízo foi arguida em *habeas corpus* impetrado em favor de indígenas de Cabrobó/PE, mas não analisada pelo STJ em razão de o tema não ter sido enfrentado em acórdão do TJPE, sob pena de supressão de instância.³⁷⁷

A súmula, contudo, foi excepcionada, em outros julgados,³⁷⁸⁻³⁷⁹ para fins de reconhecer a competência da Justiça federal em conflitos suscitados entre jurisdições distintas.³⁸⁰ Disciplinando como regra o processamento e julgamento de crimes praticados ou sofridos por indígenas pela Justiça estadual, o STJ determinou que toda vez que a questão versar sobre matérias referentes à organização social dos índios, seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, estará configurada a disputa sobre direitos indígenas.

Por tais motivos, foi julgado procedente pedido de deslocamento de competência da Vara Criminal de Formoso do Araguaia/TO para o Juízo federal de Gurupi/TO, para julgamento de crimes de calúnia e difamação entre indígenas da etnia Wahuri, do povo Javaé, na Ilha do Bananal.³⁸¹ Também foi deslocada a competência para a Justiça federal do julgamento do furto qualificado de madeiras contra a Aracruz Celulose S.A., imputado aos indígenas, cujo local dos fatos é objeto de ação possessória julgada naquela jurisdição.³⁸²

377. BRASIL. STJ. HC 34.683/PE. 5.^a T. Crim. j. 14.09.2004. rel. Min. Felix Fischer. publ. 25.10.2004.

378. BRASIL. STJ. CC 43.155/RO. 3.^a T. Crim. j. 24.08.2005. rel. Min. Paulo Gallotti. publ. 30.11.2005.

379. BRASIL. STJ. CC 35.489/RS. 3.^a T. Crim. j. 10.03.2004. rel. Min. Paulo Gallotti. publ. 12.04.2004.

380. BRASIL. STJ. CC 39.389/MT. 3.^a T. Crim. j. 10.03.2004. rel. Min. Laurita Vaz. publ. 05.04.2004.

381. BRASIL. STJ. CC 123.016/TO. 3.^a T. Crim. j. 26.06.2013. rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. publ. 01.08.2013.

382. BRASIL. STJ. HC 24.732/ES. 5.^a T. Crim. j. 04.02.2010. rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. publ. 01.03.2010.

O julgamento do homicídio de produtor rural da comarca de Itamarajú/BA, imputado a cacique da etnia Pataxó, também foi deslocado à Justiça federal, pelo reconhecimento de os fatos terem se dado em contexto de conflito de terras na região.³⁸³ Igualmente, os crimes de tentativa de homicídio, extorsão, sequestro e cárcere privado, lesão corporal, formação de quadrilha e corrupção de menores – todos imputados a indígena da etnia Guarani-Kaiowá, tiveram o processamento e julgamento deslocado para a Justiça especializada, em razão de confrontos por terra na região entre os Municípios de Amambaí e Coronel Sapucaia/MS.³⁸⁴ Mesmo julgamento dado para o pedido de deslocamento da competência para processar e julgar os crimes de homicídio contra policiais imputados a indígenas em razão de conflitos com fazendeiros no Município de Dourados/MS.³⁸⁵

Pelas mesmas razões (integração dos indígenas e seus graus de “aculturação”), o STJ negou os direitos previstos no Estatuto do Índio (atenuante de pena e regime prisional de semiliberdade),³⁸⁶ afirmando que estes não se aplicam em favor do indígena já adaptado à sociedade.³⁸⁷⁻³⁸⁸ Neste mesmo sentido, a decisão no agravo regimental do REsp 1.361.948/PE.³⁸⁹ Porém, foi concedida, sob parecer favorável do Ministério

383. BRASIL. STJ. HC 124.827/BA. 5.^a T. Crim. j. 01.09.2009. rel. Min. Laurita Vaz. publ. 28.09.2009.

384. BRASIL. STJ. CC 93.000/MS. 3.^a T. Crim. j. 08.10.2008. rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. publ. 14.11.2008.

385. BRASIL. STJ. HC 65.898/MS. 5.^a T. Crim. j. 27.03.2007. rel. Min. Laurita Vaz. publ. 14.05.2007.

386. BRASIL. STJ. HC 88.853/MS. 6.^a T. Crim. j. 18.09.2007. rel. Min. Jane Silva. publ. 11.02.2008.

387. BRASIL. STJ. HC 30.113/MA. 5.^a T. Crim. j. 05.10.2004. rel. Min. Gilson Dipp. publ. 16.11.2004.

388. BRASIL. STJ. HC 22.834/MA. 6.^a T. Crim. j. 09.09.2003. rel. Min. Vicente Leal. publ. 22.11.2004.

389. BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1.361.948/PE. 5.^a T. j. 10.09.2013. rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. publ. 16.09.2013.

Público Federal, a ordem ao HC 124.622/PE,³⁹⁰ para estender o regime de semiliberdade ao cumprimento de custódia cautelar, desde que a Funai atestasse sua viabilidade³⁹¹.

3.4.2 STF

No STF³⁹² foram encontrados doze casos que versaram sobre a criminalização de indígenas (sendo um deles anterior ao regime constitucional vigente).

Nos julgados em que foi instado a se manifestar, o STF analisou a culpabilidade de indígenas sob o critério de sua imputabilidade, que poderia ser aferida pelos julgadores sem a prova pericial antropológica, desde que presentes nos autos do processo criminal elementos de sua integração, almejada pelo Estatuto do Índio.

Nesse sentido, nos autos do HC 45.349, julgado em 1969, o STF decidiu que “[n]a cláusula de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, prevista no art. 22 do CP, pode situar-se o silvícola. In casu, não há comprovação de tratar-se de réu silvícola. Ademais, ainda que silvícola, não ficou demonstrada a sua inadaptação à vida do meio civilizado”.³⁹³ Também os autos do HC 64.476-7/MG³⁹⁴ informam que se o índio já é aculturado e tem desenvolvimento mental que lhe permita compreender a ilicitude de sua conduta, é ele plenamente imputável.

390. BRASIL. STJ. HC 45.349/SP. 5.^a T. j. 03.12.2009. rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. publ. 14.12.2009.

391. BRASIL. STJ. HC 55.792/BA. 5.^a T. j. 29.06.2006. rel. Min. Laurita Vaz. publ. 21.08.2006.

392. BRASIL. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

393. BRASIL. STF. HC 45.349/SP. 1.^a T. j. 11.10.1968. rel. Min. Djaci Falcão. publ. 10.11.2006.

394. BRASIL. STF. HC 64.476-7/MG. 2.^a T. j. 10.10.1986. rel. Min. Djaci Falcão. publ. 31.10.1986.

Esse entendimento pouco se alterou após a vigência da nova ordem constitucional, em 1988. Diverge-se quanto à necessidade de produção de laudo antropológico. No julgamento do *HC 79.530-7/PA*,³⁹⁵ impetrado em favor de Paulinho Paiakan (indígena da etnia Kayapó), acusado da prática do crime de estupro, o STF entendeu que a presença nos autos de elementos que indicavam sua integração (como alfabetização, porte de documentos públicos e fluência na língua portuguesa) dispensavam a necessidade de prova antropológica pericial. Nos autos do *HC 85.198-3/MA*,³⁹⁶ o STF julgou ser dispensável a prova pericial quando o juiz afirma a imputabilidade plena do acusado a partir da aferição de sua integração, tendo por base o grau de escolaridade, a fluência na língua portuguesa e a própria prática do crime (no caso, pelo exercício de liderança no crime de associação para o tráfico de drogas e porte ilegal de armas, imputados). Entretanto, neste caso, afirmou-se que o regime especial de semiliberdade deve ser aplicado pela simples condição de tratar-se de réu indígena.

Já nos autos do *HC 84.308-5/MA*, julgou o STF que constitui cerceamento de defesa de acusado indígena a não realização de perícias antropológica e biológica (sanidade mental), quando exigível pelas circunstâncias do caso concreto, ensejando o reconhecimento de nulidade processual não coberta pela preclusão.³⁹⁷

A maior parte dos julgados no STF sobre criminalização de indígenas, no entanto, centra-se na definição de competência para seu julgamento. Em 1996, o STF concedeu a ordem para o deslocamento de competência para a Justiça federal do julgamento de homicídio praticado por indígenas contra outro

395. BRASIL. STF. *HC 79.530-7/PA*. 1.^a T. j. 16.12.1999. rel. Min. Ilmar Galvão. publ. 25.02.2000.

396. BRASIL. STF. *HC 85.198-3/MA*. 1.^a T. j. 17.11.2005. rel. Min. Eros Grau. publ. 09.12.2005.

397. BRASIL. STF. *HC 84.308-5/MA*. 1.^a T. j. 15.12.2005. rel. Min. Sepúlveda Pertence. publ. 24.02.2006.

indígena, na reserva de Caarapó, localizada no Estado de Mato Grosso do Sul. Segundo o relator, Min. Francisco Rezek, não se trata de ampliar a interpretação do conteúdo do inc. XI do art. 109 da CF, mas de reconhecer que na expressão “direitos indígenas” incluem-se todos eles, inclusive o mais elementar – o direito à vida, sendo vontade do constituinte sua proteção pela União³⁹⁸ quando se trata de índios.

Alterando o entendimento anterior, no julgamento do HC 85.737-0/PE,³⁹⁹ o STF não deu provimento ao pedido subsidiário da defesa técnica de se reconhecer a incompetência da Justiça comum no julgamento de crime de roubo qualificado, imputado a indígena da etnia Truká. Segundo o impetrante, os fatos imputados se deram em conflito por disputa de terras, na ilha de Assunção, Município de Cabrobó/PE. Para o STF, contudo, a suposta ofensa a bens semoventes de propriedade particular não representa ofensa a bem jurídico que demande a apreciação da Justiça federal, que só caberia em caso de afronta à cultura indígena, ao direito sobre suas terras ou quando envolvidos interesses da União. Mesma fundamentação aplicada para o julgamento do HC 81.827-7/MT⁴⁰⁰ e do REEx 263.010-1/MS.⁴⁰¹

O fato de o crime ter sido cometido por indígena contra outro, dentro de reserva indígena, não configura motivação para se declarar interesse da União. Esta, segundo manifestou o STF em julgamento de recurso extraordinário, só se desata na hipótese de ocorrência de crime de genocídio⁴⁰² ou quando

398. BRASIL. STF. HC 71.835-3/MS. 2.^a T. j. 04.04.1995. rel. Min. Francisco Rezek. publ. 22.11.1996.

399. BRASIL. STF. HC 85.737-0/PE. 2.^a T. j. 12.12.2006. rel. Min. Joaquim Barbosa. publ. 30.11.2007.

400. BRASIL. STF. HC 81.827-7/MT. 2.^a T. j. 28.05.2002. rel. Min. Maurício Corrêa. publ. 23.08.2002.

401. BRASIL. STF. RE 263.010-1/MS. 1.^a T. j. 13.06.2000. rel. Min. Ilmar Galvão. publ. 10.11.2000.

402. BRASIL. STF. RE 351.487-3/RR. Tribunal Pleno. j. 03.08.2006. rel. Min. Cezar Peluso. publ. 10.11.2006.

tenha havido disputa sobre direitos indígenas,⁴⁰³ não cabendo à análise de crimes cometidos por índios contra índios.⁴⁰⁴

A partir da análise dos julgados, evidencia-se o alinhamento do Judiciário com o discurso criminológico majoritário acerca da criminalização de indígenas segundo o qual se afirma concretizado o ideal integracionista da legislação ordinária sempre que presentes indícios de contato interétnico. A utilização de língua portuguesa, a posse de documentos públicos, o exercício de atividade laborativa, a prática da fé cristã e até a audiência de programas de televisão são reportados como elementos configuradores da transição almejada pelo Estatuto do Índio, da condição de indígenas para integrados à “sociedade nacional”.

Nos Tribunais de Justiça estaduais ou federais, a discussão centra-se na aplicação de direitos dos indígenas criminalizados (regime especial de semiliberdade e atenuante, ambos do art. 56 do Estatuto do Índio), enquanto que, em instâncias superiores (STJ e STF), o requerimento principal é o de declaração de nulidade por incompetência do juízo, o que também desvela outra dificuldade para o exercício da defesa técnica: a definição jurídica de “disputas sobre direitos indígenas”.

O Projeto de Lei do Senado Federal – PLS 156/2009, que institui novo Código de Processo Penal, prevê as seguintes regras para definição de competência da Justiça federal:

“Art. 95. Considera-se praticada em detrimento dos interesses da União, autarquias e empresas públicas, além das hipóteses expressamente previstas em lei, a infração penal lesiva a bens ou recursos que, por lei ou por contrato, estejam sob administração, gestão ou fiscalização destas entidades.

403. BRASIL. STF. RE 419.528-3/PR. Tribunal Pleno. j. 03.08.2006. rel. Min. Marco Aurélio. publ. 09.03.2007.

404. BRASIL. STF. AgRg no AgIn 496.653-7/AP. 2.^a T. j. 06.12.2005. rel. Min. Joaquim Barbosa. publ. 03.02.2006.

§ 1.º Inclui-se na competência jurisdicional federal a infração penal que tenha por fundamento a disputa sobre direitos indígenas, ou quando praticada pelo índio.

§ 2.º Considera-se praticada em detrimento dos serviços federais, a infração penal dirigida diretamente contra o regular exercício de atividade administrativa da União, autarquias e empresas públicas federais”.

Para **Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa**, as regras eximem as dúvidas quanto à fixação da competência federal para processamento e julgamento de crimes praticados ou sofridos por indígenas. “*A Justiça federal (...) está preparada, ou deve estar, e estará cada vez mais, para julgar condutas cometidas por membro de comunidade indígena definida em lei como crime*” (CASTILHO e COSTA, 2009, p. 57).

Em todo caso, porém, seja em julgamentos realizados por Tribunais Estaduais, Regionais Federais, pelo STJ ou pelo STF, o reconhecimento de direitos indígenas sempre exigirá do jurista uma análise que contemple saberes extrajurídicos (como a antropologia, a arqueologia, a história etc.), pois apenas pelo aprofundamento destes é que se torna possível compreender em que medida a conduta ilícita, aparentemente isolada, vincula-se ou não àqueles direitos e interesses assegurados constitucionalmente.

“Esse quadro permite afirmar, portanto, que os objetos jurídicos tutelados pela Constituição são inteiramente peculiares, pois que, além de abranger os objetos jurídicos do direito ‘branco’ na forma constitucional vigente, também se haverão de atender às regras ditadas pela tradição, cultura, organização e valores índios, que podem e devem ser igualmente protegidos tanto civilmente como penalmente, até mesmo quando não explicitamente previstos na legislação ordinária do País, já que a Constituição reconheceu também as regras indígenas e (...) também os valores respectivos (inclusive jurídicos), cuja violação logicamente justifica a mesma sanção” (CASTRO, 2004, p. 89).

Portanto, ambas as causas de nulidade processual mais sustentadas (ausência de laudo antropológico e incompetência

do Juízo estadual) demonstram a incompreensão do Judiciário quanto à diversidade étnica durante a criminalização de indígenas, seja por não lhes reconhecer esta identidade, seja por não acatar a hipótese de que as condutas ilícitas possam ter sido cometidas em razão de disputas sobre seus direitos – o que demandaria processamento e julgamento por órgão jurisdicional especializado.

Também o não acolhimento da causa de nulidade processual por não atuação de Procurador Federal Especializado e dos pleitos de aplicação de atenuante de pena ou de regime prisional especial de semiliberdade demonstram o impacto da compreensão dos juízes sobre a integração dos acusados indígenas à “sociedade nacional”. Ao afirmar completo este processo, negam-se aos indígenas criminalizados seus direitos peculiares, negando-se, por consequência, seu estado de sujeitos de direitos.

A criminalização de indígenas, segundo tais critérios, atualiza a função política de declará-los integrados à “sociedade nacional”, conforme preconizado pela legislação ordinária, e os impactos dessa função espraiam-se para além da mera criminalização e da aplicação indistinta da lei penal: neutralizam ou suprimem as reivindicações de indígenas pelo reconhecimento de seus direitos, pois que sua identidade étnica é, ao mesmo tempo, declarada superada ou em processo de superação.

As lutas pela concretização dos direitos indígenas, por indígenas e suas lideranças, encontram, assim, nova barreira, desta vez realizada pela criminalização – como passamos a examinar.

4

Indígenas (quase) brasileiros

4.1 Criminalização de lideranças indígenas

A profecia de extinção dos povos indígenas e o ideal de integrar até o último índio pela legislação brasileira infraconstitucional não se realizou. O crescimento da população indígena, o número de indivíduos que se reconhecem como tais e as demandas pela demarcação de todas as terras com viés étnico colocaram ao Estado, novamente, o desafio de se desenvolver economicamente sem desrespeitar a diversidade humana.

Segundo o Censo Demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 2010,⁴⁰⁵ houve um crescimento da população indígena de 294 mil pessoas, em 1991, para 896 mil – o que, certamente, refere-se não apenas às alterações dos índices de natalidade e mortalidade, mas, principalmente, ao aumento do número de pessoas que se reconhecem como indígenas, notadamente nos grandes centros urbanos. Foram contabilizadas as pessoas que se declararam indígenas no quesito cor ou raça e os residentes em terras indígenas

405. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Censo 2010. Dados sobre os povos indígenas. Disponível em: <<http://indigenas.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 28.01.2015.

que, embora não declarassem, se consideravam indígenas: 57,7% (517 mil pessoas) moravam em terras oficialmente reconhecidas.

Tais números contrariam as previsões de indigenistas de décadas passadas. Para **Darcy Ribeiro**, por exemplo, empreendendo o estudo dos impactos da política integracionista brasileira, em fins da década de 1950, previa-se o contrário: “(...) *uma redução progressiva da população indígena, na medida em que os diversos grupos passem da condição de isolamento à de integração*” (1993, p. 445) – embora, para o antropólogo, a redução não significasse seu desaparecimento total, pois que, integrados, experimentariam certo incremento demográfico, pela miscigenação.

O futuro dos indígenas foi, por muito tempo, sua assimilação e indistinção na “comunhão nacional”. O “milagre econômico” do regime civil-militar ditatorial, de fins da década de 1960 a meados de 1980, contribuía significativamente para a ideia de que, salvo poucos indivíduos remanescentes, os povos indígenas estavam fadados ao fim, considerando que os grandes empreendimentos da época – como a abertura da BR-230 (Transamazônica) e diversas outras obras de engenharia civil de grande impacto socioambiental – tornavam-nos cada vez mais vulneráveis ao pericínio total.

Tão forte era a convicção sobre o extermínio dos indígenas, em fins da década de 1960, que o Ministro do Interior, General **Albuquerque Lima**, requereu ao Procurador-Geral da República, **Jader de Figueiredo Correia**, que investigasse as acusações de corrupção no SPI, por meio da Portaria 154, de 24.07.1967.

Após visitar mais de cento e trinta postos do órgão indigenista e inquirir centenas de funcionários, o relatório final (conhecido como “Relatório Figueiredo”),⁴⁰⁶ com mais de cinco

406. Os autos do “Relatório Figueiredo”, atualmente, encontram-se disponibilizados, em versão eletrônica, pela 6.^a Câm. de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, órgão setorial que trata de questões vinculadas aos povos indígenas e comunidades tradicionais

mil páginas, foi divulgado ao público e à imprensa nacional e internacional,⁴⁰⁷ chamando a atenção para carnificinas até então omitidas por agentes públicos.

Em conclusão ao seu relatório, **Jader de Figueiredo Correia** afirmou que “[o] *Serviço de Proteção aos Índios foi antro de corrupção inominável durante muitos anos*” ([1967?], p. 4912). Chacinas, torturas, estupros, espancamentos, trabalhos forçados, redução à escravidão, prostituição infantil – muitos os atos, pormenorizadamente descritos, que atestavam a ruptura com a orientação pacifista dos primeiros anos do órgão tutelar e sua substituição pela perversidade no tratamento dos indígenas, a ponto de se poder afirmar, segundo o relator, “(...) *que os castigos de trabalho forçado e de prisão em cárcere privado representavam a humanização das relações índio-SPT*” (idem, p. 4913).

Campos de concentração étnicos foram criados, nos Municípios de Carmésia e Resplendor, no estado de Minas Gerais, em fins de 1960, para encarcerar indígenas considerados infratores. A Fazenda Guarani e o Reformatório Krenak, centros agrícolas estaduais, abrigaram mais de cem mil indígenas de diversas etnias, sendo gerenciados por policiais militares mineiros e por servidores da Funai, do antigo posto indígena Guido Marlière. Submetidos a trabalhos forçados, os indígenas eram encaminhados para esses centros sob as mais diversas acusações, desde a prática de vadiagem e de insubordinação aos inspetores da Funai até o cometimento de crimes de homicídio.

(BRASIL. Ministério Público Federal. 6.^a Câm. de Coordenação e Revisão. Grupo de Trabalho – Violações dos Direitos dos Povos Indígenas e Regime Militar. *Relatório Figueiredo*. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/#&panel1-3>>. Acesso em: 5.02.2015).

407. “De acordo com um repórter presente à entrevista, a Comissão Figueiredo ‘descobriu provas de ampla corrupção e sadismo, indo desde o massacre de tribos inteiras a dinamite, metralhadoras e açúcar misturado com arsênico, até a remoção de uma garota de 11 anos da escola para servir de escrava de um funcionário do Serviço’. O mesmo repórter informou que dos 700 empregados do SPI, 134 eram acusados de crimes, 200 haviam sido demitidos, e 38, fraudulentamente contratados, haviam sido afastados” (DAVIS, 1978, p. 33).

A existência dessas colônias penais era, contudo, negada publicamente pelo Estado ou, ao menos, sua finalidade punitiva. Aos 03.10.1972, o Senador Osires Teixeira, por exemplo, manifestando-se no plenário da Casa sobre acusação do *Jornal do Brasil* e do Senador Nelson Carneiro de que estava em curso a punição de indígenas feita às margens da legislação aplicável, sustentou que os inspetores da Funai não os conduziam a centros de penalização, porque a fundação não os tinha – mas, sim, a centros educacionais, de onde os indígenas poderiam sair “(...) com melhores conhecimentos, com melhor saúde, em melhores condições de contribuir com o seu tuxaua, com o seu cacique, de contribuir com os seus irmãos para a prosperidade da tribo, para a prosperidade de sua gente” (SENADO FEDERAL, 1972, p. 3244). Declarava-se, assim, a existência desses centros, mas “(...) não para segregá-los e, sim, reconduzi-los ao convívio dos seus irmãos, depois de tratados conscientemente; não para puni-los, mas para instruí-los; não para infundir medo àquele que quebrou o rito social de sua comunidade, porém, sobretudo, para despertar nele a sua utilidade no ambiente social em que vive; não para recupera-lo, no sentido convencional da palavra, mas para educá-lo. Para isto a Funai dispõe de um posto indígena – a designação correta – não uma colônia penal, situado no Município de Resplendor, em Minas Gerais, chamado Posto Guido Marlière, que ocupa área de cerca de 300 hectares” (idem).

Além dessas atividades correcionais feitas às margens da lei, os indígenas sofreram os impactos socioambientais de grandes obras da engenharia civil. Deve-se mencionar a abertura da BR-174, ligando a capital dos Estados do Amazonas e Roraima, que vitimou os Waimiri-Atroari quase por completo. Estimados, em 1905, em seis mil pessoas, por pesquisadores alemães, os Waimiri-Atroari somariam, em 1974, menos de mil indivíduos (segundo a Funai) e, em 1983, estariam reduzidos a 332 sobreviventes, 216 deles crianças ou jovens com menos de vinte anos, conforme contabilização feita por Stephan Grant Baines à época (COMITÊ ESTADUAL..., 2014, p. 25).

A construção da BR-174 tinha por objetivo ligar os Municípios de Manaus e Boa Vista, mas, principalmente,

facilitar a mineração em Pitinga/AM e dar acesso às fontes de energia.

“Pais, mães e filhos mortos, aldeias destruídas pelo fogo e por bombas. Gente resistindo e família correndo pelos varadouros à procura de refúgio em aldeia amiga. A floresta rasgada e os rios ocupados por gente agressiva e inimiga. Esta foi a geografia política e social vivenciada pelo povo Kiña desde o início da construção da BR-174, em 1967, até sua inauguração em 1977” (COMITÊ ESTADUAL..., 2014, p. 36).

Também a Comissão Nacional da Verdade – CNV, criada por ato da Presidência da República, em 2012, para apuração dos crimes cometidos contra civis durante o regime da ditadura civil-militar, entre 1946 e 1988, compilou diversas denúncias de graves violações de direitos humanos contra povos indígenas inteiros. A mortandade dos indígenas acontecia por genocídios realizados pelo lançamento de bombas por aviões em voo raso, por tiros de metralhadora e introdução de doenças letais, que aconteciam por mandamento de agentes públicos e políticos, interessados na liberação das terras indígenas para exploração econômica.

Porém, se durante o regime de exceção os indígenas estiveram mais vulneráveis, foi nesse período que começaram a surgir novos atores sociais em defesa de seus direitos: não apenas crescia o número de movimentos indigenistas (formados, majoritariamente, por não indígenas e entidades missionárias) como também o de líderes indígenas, em defesa dos interesses de seu próprio povo. Segundo **Stephen Grant Baines**, *“(...) houve resistência por parte de alguns povos indígenas a abrir mão da tutela, porém, outros povos se organizaram politicamente de maneiras sem precedentes na história do Brasil”* (apud PIMENTA e SMILJANIC, 2012, p. 35).

“Mas as lutas do movimento indígena e dos setores com ele comprometidos não se fizeram isoladamente. Estavam inseridas no contexto das lutas dos movimentos sociais contra as brutalidades do regime de exceção implantado pelo Golpe Militar de 1964, sobretudo em sua versão ‘anos de chumbo’ da década de 1970. Enquanto os

missionários indigenistas diziam não à tradição assimilacionista da Igreja em relação aos índios, o clero e o episcopado de linha progressista, por seu turno, diziam não aos arbítrios da ditadura, denunciando-os. Enquanto os 'chefes indígenas' realizavam seus primeiros encontros e assembleias, os movimentos sociais urbanos e camponeses, com o apoio das Comunidades Eclesiais de Base, iam às ruas protestar contra o regime" (LACERDA, 2008, p. 29).

Entre 1977 e 1981, surgia o primeiro movimento indígena do Brasil – a União das Nações Indígenas – Unind (nome sugerido por Paulo Miriacuréu Bororo), composto pela juventude indígena no distrito federal. Segundo **Marcos Terena**, eleito primeiro presidente dessa entidade (desfeita, porém, no início da década de 1990), à medida que era vencida a desconfiança em relação aos movimentos indigenistas aliados, “[o] índio descobr[ia] que pod[ia] falar, discutir e esclarecer seu sonho de vida. Descobrir[ia] que existe na sociedade do homem branco, pessoas e setores aliados e solidários” (apud VENTURI e BOKANY, 2013, p. 52).

“Assim nasceu o que se pode chamar de primeiro movimento indígena político no país. Eram jovens estudantes que souberam manter seus ideais como a formação acadêmica e profissional, mas que se fortaleciam na cultura de seu povo e tinham conhecimento de causa, desarmando todas as propostas do poder e até mesmo saber se comportar diante da fragilidade de membros do grupo que decidiram, por exemplo, aceitar a oferta de empregos oferecidos, caso voltassem para suas áreas de origem” (idem).

A história de alguns líderes indígenas tornou-se conhecida internacional e nacionalmente pela repercussão de sua atuação e, geralmente, por seu trágico final. Vítimas de crimes não esclarecidos ou acusados pela prática de outros, apenas indiciários, diversas lideranças indígenas foram se multiplicando ao longo do regime político de exceção, a ponto de, na década de 1980, com o processo de abertura à democracia, restar evidente o peso político de suas demandas perante o novo regime constitucional.

Alguns líderes indígenas são centrais nesse quadro. **Mário Juruna** (1942?-2002), por exemplo, foi o primeiro deputado federal indígena, eleito pelo Rio de Janeiro, inscrito

no Partido Democrático Brasileiro – PDT, para o exercício de mandato parlamentar entre 1983 e 1987. Da etnia Xavante (embora reverenciasse os Juruna), **Mário** ficou conhecido pela luta pela demarcação das terras indígenas e, principalmente, pelas denúncias de corrupção no Legislativo e em órgãos do Poder Executivo, portando sempre consigo um gravador para se precaver de acusações de corrupção e proteger-se de ameaças.

Numa dessas ocasiões, por exemplo, sustentou em plenário da Câmara dos Deputados, que o empresário Calim Eid havida tentado suborná-lo, a mando do Deputado Paulo Maluf, para não votar pelas eleições diretas para Presidência da República (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1984, p. 100).

Mário Juruna fez também severas críticas à Presidência da República e à nomeação de Álvaro Villas-Boas para o cargo de presidente da Funai, pois, segundo ele, haveria uma continuidade de política indigenista discriminatória do regime ditatorial antecedente, dada a atuação do representante que julgava questionável. Em seu discurso, de 03.09.1985, disse **Mário Juruna**:

“Álvaro Villas-Boas, que já massacrou índios em Bauru, que já entregou índios à polícia militar e à cadeia. Não concordo com esta Nova República, que traz o regime do passado, o autoritarismo destes 21 anos, quando índio apanhava. Como é que vou entender a Nova República, que escolhe para o cargo do presidente da Funai esse homem já comprometido com o regime do passado, com o tempo do autoritarismo, vigente durante 21 anos? Apanhamos com esse homem. Então, sou contra isto. Protesto porque o Governo Sarney não está respeitando o índio nem a comunidade indígena” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1986, p. 52).

Outro líder indígena que se destacou, na década de 1980, foi Marçal Tupã'í, indígena guarani. Dirigindo-se, diretamente, ao Papa João Paulo II, em sua visita ao Brasil, no ano de 1980, no Município de Manaus/AM, Marçal comunicou todas as atrocidades a que os indígenas eram submetidos até então. Em seu discurso, sustentou o líder guarani:

“Somos uma nação subjugada pelos potentes [poderosos], uma nação espoliada, uma nação que está morrendo aos poucos sem encontrar caminho, porque aqueles que nos tomaram este chão não têm dado condições para a nossa sobrevivência.

Nossas terras são invadidas, nossas terras são tomadas, os nossos territórios são diminuídos, [e] não temos mais condições de sobrevivência. Queremos dizer a Vossa Santidade a nossa miséria, a nossa tristeza pela morte dos nossos líderes assassinados friamente por aqueles que tomam o nosso chão, aquilo que para nós representa a nossa própria vida e a nossa sobrevivência neste grande Brasil, chamado um país cristão” (apud PREZIA, 2006, p. 13-14).

Marçal foi morto com cinco tiros, após se recusar a retirar famílias indígenas de Pirakuá, comunidade localizada no Município do Rio de Janeiro/RJ (idem, p. 75).

Menos conhecidas, contudo, são as histórias de inúmeros líderes indígenas em sua luta diária pela sobrevivência e pelo reconhecimento de seus direitos. Como vítimas ou réus, aplicam-se aos indígenas decisões judiciais pouco afeitas aos seus interesses e influenciadas pela lógica etnocida da legislação integracionista (assimilacionista) que, ainda que superada pela ordem constitucional, reafirma-se nos discursos jurídicos sustentados pelas agências judiciais, de reprodução ideológica e policias. Nestas, aliás, a função política do Direito Penal se exerce com mais intensidade, servindo, por vezes, à deslegitimação das reivindicações dos indígenas, como passamos a analisar.

4.1.1 Indígenas Tenharim em Humaitá/AM

Os indígenas identificados como Tenharim representam o conjunto de três grupos dos povos Kagwahiva, localizados na região do rio Madeira (do Município de Humaitá, ao sul do estado do Amazonas, até o km 180, da BR-230 – Transamazônica), falantes de língua da família tupi-guarani e organizados conforme sistema matrimonial com nomes

de aves.⁴⁰⁸ Denominados, porém, em 1817, como indígenas Parintintin (etnônimo dado, talvez, pelos Munduruku), há registro da presença dos Tenharim no curso do rio Juruena (MT), por volta de 1750, e seu deslocamento é atribuído ao avanço colonizador sobre suas terras.

A “pacificação” dos Tenharim foi iniciada na década de 1920 pelo SPI, contando com a participação de Curt Nimuendajú nas primeiras expedições realizadas, que possibilitaram amplo conhecimento sobre sua diversidade. Mas, na década de 1970, os Tenharim sofreram fortemente com a abertura da Transamazônica, não apenas pelos impactos socioambientais, mas pelo crescimento da violência e de morticínios, muitas vezes, empreendidos ou consentidos por agentes públicos. A população que chegava a dez mil habitantes foi reduzida, em apenas uma década, para duzentas pessoas.⁴⁰⁹ Segundo **Edmundo Antonio Peggion**, “[o]s Tenharim do Igarapé Preto, conhecidos como Yvytytyruhu, padeceram fortemente da descoberta quase simultânea à abertura da Transamazônica, de cassiterita em suas terras. Viveram à mercê de empresas mineradoras até fins dos anos de 1980 e atualmente tentam se recompor. Possuem uma relação de aliança com algumas unidades dos Tenharim do rio Marmelos. A TI Tenharim do Igarapé Preto localiza-se no final da chamada Rodovia do Estanho. Os habitantes da aldeia Tenharim do Igarapé Preto sofrem hoje com a ocupação dos campos no entorno de suas terras, e almejado por plantadores de soja e arroz” (*apud* ISA, 2006, p. 483).

No final do ano de 2013, os Tenharim protagonizaram caso de criminalização de indígenas cuja repercussão demandou o envio pelo Ministério da Justiça de tropas da Força Nacional de Segurança Pública – FNSP à região dos fatos, para conter as manifestações de revolta de moradores que atearam fogo às

408. Dados etnográficos dos indígenas Tenharim foram coletados pelo Instituto Socioambiental – ISA. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/tenharim>>. Acesso em: 10.02.2015.

409. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Rondônia. Parecer Antropológico 03/2014 – Documento – PRM-JPR-RO-00003251/2014. 2014, p. 2.

instalações e veículos da Funai, bem como ao posto de pedágio providenciado pelos indígenas. Em razão dos fatos, aliás, o juiz da Comarca de Eirunepé expediu a Portaria 2/2014, proibindo a circulação de indígenas na circunscrição, o que, em resposta a ofício do Ministério Público Federal, afirmou ter sido medida comemorada pelos habitantes.

Seis indígenas Tenharim foram acusados de cometer homicídio triplamente qualificado de três não indígenas (sendo, um deles, servidor da Eletrobras Amazonas Energia) que, segundo testemunhas anônimas,⁴¹⁰ atravessavam as terras indígenas em um veículo pela Transamazônica com destino ao Município de Apuí.

De acordo com o relatório final formulado pela polícia federal, a motivação do crime foi vingança pela morte, em acidente de trânsito não esclarecido, do cacique Ivan Tenharim,⁴¹¹ aos 2 de dezembro daquele ano.

Ao avistarem um veículo, no qual se encontravam as vítimas, atravessando a terra indígena dos Tenharim, os seis acusados teriam praticado o crime de homicídio triplamente qualificado (motivo fútil, meio cruel e com recurso que dificultara ou impossibilitara a defesa das vítimas – qualificadoras do homicídio previstas pelos incs. II, III e IV do § 2.º do art. 121 do CP).

Dois dias depois, policiais militares afirmaram que viram os acusados empurrando o carro para dentro da mata, na ocasião dos

410. VALENTE, Rubens. PF se vale de anônimos para acusar índios. *Folha de S. Paulo*. Caderno Poder, p. A6. Data: 22.12.2014.

411. Segundo Egydio Schwade, Ivan Tenharim era peça central na luta pela demarcação de terras e na identificação de suspeitos de extração ilegal de madeira na região. “Na região, existem mais de 40 serrarias. Já em 2011 os Tenharim participaram, com agentes do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), das apreensões de madeira, máquinas, caminhões e motosserras dentro da Terra Indígena Tenharim. Desde então são perseguidos por ‘jagunços quando utilizam a Transamazônica e a Rodovia do Estanho’. ‘O cacique colaborou, um mês antes de sua morte, com a Polícia Federal e o Ibama em uma operação na Gleba B da Terra Indígena Marmelos, onde fazendas estavam extraindo ilegalmente madeira. Ele foi visto pelos madeireiros’” (apud CIMI, 2014, p. 24).

fatos – sem explicar o porquê de ali estarem e a razão da demora de prestarem essa informação. Outras testemunhas foram ouvidas em sede de inquérito policial, mas nenhuma delas afirmou ter presenciado o momento do crime, apenas ouviram dizer sobre ele.

Cinco dos indígenas acusados foram presos, preventivamente, aos 30.01.2014, e recolhidos, inicialmente, no Centro de Ressocialização Vale do Guaporé, em Porto Velho (RO); três deles são familiares da vítima (dois filhos e um sobrinho) e um é o cacique Damaceno Tenharim, da aldeia Taboca. Os corpos foram encontrados apenas em fevereiro de 2014, com marcas de tiros e enterrados numa cova rasa no interior da terra indígena – o que, segundo os Tenharim, tornou aquele local amaldiçoado, já que está vedado, em sua cultura, o enterro de cadáveres de não indígenas.

O conflito, portanto, não se resume aos crimes de homicídio e à necessidade de sua resolução; estão envolvidos, também, os direitos do povo Tenharim à sua crença, costumes e à organização social, considerando que dois dos acusados são descendentes da vítima (cacique) e outro responsável por promover a Mbotawa, festa tradicional que congrega todos os povos anualmente.

Além disso, as prisões interferem diretamente na oposição dos indígenas ao ingresso na terra demarcada (contido pela cobrança de pedágio) para extração ilegal de madeira e minérios, desconsiderando-se, assim, os interesses político-econômicos subjacentes.

A defesa jurídica aponta diversas inconsistências da investigação criminal e da acusação.

Uma das vítimas, por exemplo, já havia sido ameaçada de morte, tempos antes, por envolvimento com mulheres casadas, mas esta linha investigatória sequer foi cogitada pelo delegado de polícia; o carro em que se encontravam as vítimas estava todo desmontado e as principais peças com sua identificação, como motor e chassi, não foram encontradas.

Há contradições no depoimento das testemunhas e nem todas tiveram suas oitivas reproduzidas e confirmadas em juízo; a omissão dos policiais que teriam presenciado o momento em que os indígenas empurraram o automóvel mata adentro não foi

esclarecida; em todos os depoimentos dos indígenas, não houve nenhuma anormalidade no cotidiano das aldeias, antes e depois da data dos homicídios; por fim, os cadáveres foram enterrados em uma única cova a dois quilômetros de distância da BR-230, longe das aldeias e, portanto, de difícil acesso aos indígenas, embora próximo da Transamazônica.

Os fatos, ainda sob julgamento, impuseram aos Tenharim, entretanto, uma rotina difícil junto aos não indígenas. O agravamento das relações interétnicas, já prejudicadas em virtude dos interesses político-econômicos legais e ilegais sobre suas terras, tornou-se fonte de manifestações de ódio aos Tenharim.

Atos de discriminação se difundiram e o repúdio aos indígenas foi legitimado por um sentimento de impunidade dos moradores da região – práticas que inviabilizam a continuidade das reivindicações indígenas e o apoio da causa pela população local. Para **Egydio Schwade**:

“Entraram em cena todas as forças de segurança públicas: Exército e polícias. Instauraram-se inquéritos, mas todas as fartas linhas de investigação que poderiam levar a caminhos favoráveis aos indígenas foram desconsideradas. Nesse sentido, não se avista nenhuma justiça para os povos indígenas da região no curto prazo. Nenhum relatório conclusivo que vá ao encontro da justiça. Ao contrário, os inquéritos policiais acabam levando a um e mesmo beco sem saída justa, porque a ‘Justiça’ já foi previamente programada para a condenação de inocentes, dos índios ‘no plural’, como ‘bodes expiatórios’. Tudo para proteger os interesses em jogo dos madeireiros, mineradores, fazendeiros e agronegociantes” (apud CIMI, 2014, p. 25).

4.1.2 Indígenas Kaingang em Faxinalzinho/RS

De fins do século XVIII, são os primeiros relatos mais robustos de contato interétnico com os Kaingang⁴¹² e sua

412. Dados etnográficos dos indígenas Kaingang foram coletados pelo Instituto Socioambiental – ISA. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/kaingang>>. Acesso em: 15.02.2015.

“pacificação” foi sendo, aos poucos, concretizada, não sem resistências e conflitos entre os diversos grupos constituintes do povo, até a década de 1930. Vivendo em mais de trinta terras indígenas espalhadas (fracionamento característico dos grupos jê), os Kaingang apresentam-se em contextos sociais distintos, embora, segundo **Silvio Coelho dos Santos**, compartilhem “(...) *de uma só agonia: a de povo colonizado*” (apud SANTOS, 1982, p. 19).

Aponta-se a presença de ancestrais Kaingang dentre os guaranis reduzidos na Província de Guará e em Conceição, às margens do rio Piquiri, no Estado do Paraná, entre os séculos XVI e XVII. Mas, fugindo dos ataques dos bandeirantes, os Kaingang reuniram-se em maior quantidade às novas reduções jesuíticas na Província do Tapé (atual Estado do Rio Grande do Sul) e nas reduções de Santa Tereza (atual Passo Fundo) e São Carlos (atual Carazinho), destruídas, porém, entre 1632 e 1636.

Grande parte deles foi vitimada por epidemias e poucos foram os Kaingang que se subjugaram à ordem religiosa, conseguindo viver livremente nas matas do oeste paulista, do segundo e terceiro planaltos dos Estados do Paraná e de Santa Catarina e nas bacias dos rios Caí, Jacuí e Piratini, no Rio Grande do Sul, até o século XIX, quando foram totalmente conquistados, após muitas batalhas violentas declaradas por Dom João VI. Segundo Juracilda Veiga, “[a] ocupação das terras indígenas pela colonização portuguesa e, no caso Kaingang, principalmente pela colonização italiana e alemã, no século XIX, retirou dos Kaingang suas áreas de caça, coleta e perambulação e os colocou em módulos de agricultura familiar. As terras atuais dos Kaingang foram demarcadas, no Sul do Brasil, na sua maioria entre os anos de 1900 e 1920, tendo por base o módulo colonial (embora, no Rio Grande do Sul, o estado tenha deixado florestas protetoras que puderam continuar sendo ocupadas pelos índios até praticamente a década de 1940, quando a escassez de terras agricultáveis jogou a colonização sobre as últimas ‘reservas de mato’ e sobre as terras indígenas já demarcadas)” (apud ISA, 2006, p. 837).

À violência da conquista das terras dos Kaingang alternavam-se as tentativas de contato pacífico dos “brancos”, como estratégia para ganhar sua confiança, muitas vezes pela prática de “namoros” (termo utilizado para indicar a entrega de presentes, cada vez em maior quantidade) e utilização de caciques subordinados. Mas, em geral, o território Kaingang só foi invadido por meio de sangrentos confrontos e pela dizimação das comunidades locais.

A ocupação dos territórios indígenas do sul do País deu-se, principalmente, pela abertura da Estrada da Mata, caminho de passagem para o comércio de rebanho trazido do Rio Grande do Sul para Sorocaba, no estado paulista, e possibilitou, gradativamente, a implantação de sesmarias a oeste e norte, a partir dos Campos Gerais no Paraná. À medida que outras estradas eram abertas, os Kaingang refugiavam-se ou atacavam os colonos que iam se fixando em novas vilas e cidades, pois, aos poucos, não se tratava apenas de escravizá-los, mas, também, de invadir as terras para pastagem dos rebanhos remanescentes e expansão das fazendas recém-construídas.

A tentativa de isolar os Kaingang ocorria, porém, com muitas resistências. Expedições eram organizadas para a conquista dos territórios indígenas e demandavam a utilização de forças militares, quando não era possível a “pacificação”. Foi sobre os Kaingang, aliás, a recomendação de **Hermann von Ihering**, diretor do Museu Paulista, em fins do século XIX, de que não cabia outra medida senão o seu extermínio.

As disputas pelo reconhecimento das terras indígenas dos Kaingang, no Estado do Rio Grande do Sul, ainda não se findaram. Exemplo disso é a demarcação parcial da terra indígena Votouro/Kandóia, localizada nos Municípios de Faxinalzinho e Benjamin Constant do Sul, cujo suporte administrativo é o estudo técnico contido na Portaria 773, de 11.08.2003, que reconheceu a superfície de 5.977 hectares.

Abrigando cerca de 1.400 indígenas, Votouro é palco de acirrados conflitos com a população circundante que, paulatinamente, ocupa a área em razão da expansão dos

Municípios adjacentes. Por não ter sido homologada, os Kaingang reivindicam a conclusão do processo demarcatório das terras, sob análise do Ministério da Justiça.

Numa dessas reivindicações, os Kaingang fecharam as estradas próximas de seu local de acampamento, sendo enfrentados por agricultores da região. No conflito, dois agricultores foram mortos, a despeito do prévio pedido de intervenção da polícia militar feito pelo cacique Deoclides da Cunha.

Foi requerida a decretação da prisão temporária de cinco indígenas (o cacique, seu sucessor, o filho do pajé, um agente de saúde e outra liderança indígena), pois que, segundo a autoridade policial, teriam sido vistos no local dos fatos. Presos aos 09.05.2014, o Centro Cultural de Faxinalzinho/RS, para o qual haviam sido convidados para uma reunião relativa à demarcação das terras indígenas,⁴¹³ foram as lideranças conduzidas, ao final, para a penitenciária central de Jacuí, no Município de Porto Alegre/RS – onde permaneceram presos até o deferimento de liminar, em autos de *habeas corpus*, junto ao STJ (HC 296.507/RS).

A defesa técnica argumentou pela dificuldade de ter acesso ao inquérito policial e representou ao órgão corregedor contra o tratamento inadequado que seria dispensado pelos policiais aos indígenas envolvidos.

Ademais, questionou a influência ou incentivo que autoridades políticas locais teriam tido para o desencadeamento

413. Segundo o Conselho Indigenista Missionário, as prisões, além de arbitrárias, foram resultado de uma emboscada, pois que os indígenas apenas se deslocaram de suas terras para as dependências do Palácio Piratini, na expectativa de resolverem, com representantes do Ministério da Justiça, do Governo do Estado do Rio Grande do Sul e da Funai, a questão de demarcação definitiva das terras (CIMI. Sem provas, Polícia Federal e governo transformam cinco líderes Kaingang em presos políticos e criminalizam a luta pela terra. Disponível em: <http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=7518>). Acesso em: 15.02.2015.

dos fatos. É que em dezembro de 2013, os deputados federais Alceu Moreira (do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB) e Luiz Carlos Heinze (do Partido Progressista – PP), ambos do Rio Grande do Sul, manifestaram em audiência pública que, na defesa de suas terras, os agricultores poderiam valer-se de violência, se necessário, para expulsar os índios. Suas falas resultaram no oferecimento de queixa-crime junto ao STF que, entretanto, não reconheceu a legitimidade dos autores para a propositura da ação penal.⁴¹⁴ Resumindo os fatos, **Lúcia Helena Rangel** e **Roberto Antônio Leibgott**:

“No Rio Grande do Sul, em uma audiência pública com produtores rurais, gravada em vídeo, os deputados da bancada ruralista Luís Carlos Heinze (PP/RS) e Alceu Moreira (PMDB/RS) proclamam frases como ‘nós, os parlamentares, não vamos incitar a guerra, mas lhes digo: se fartem de guerreiros e não deixem um vigarista desses dar um passo na sua propriedade. Nenhum! Nenhum!’ e ‘a própria baderna, a desordem, a guerra é melhor do que a injustiça’. Eles também afirmam que o movimento pela demarcação de terras indígenas é uma ‘vigarice orquestrada’ pelo Ministro da Secretaria-Geral da Presidência da República, Gilberto Carvalho” (apud CIMI, 2014, p. 18).

A prisão dos líderes indígenas prejudicou, sobremaneira, a continuidade das manifestações, muito embora os Kaingang permaneçam na luta pelo reconhecimento do direito original às terras tradicionais.

4.1.3 Indígenas Tupinambá de Olivença, na região sul da Bahia

Residentes numa área que se estende da costa marítima da Vila de Olivença, fundada por jesuítas em 1680, até a Serra do Padeiro, próxima ao Município de Ilhéus, na região sul da Bahia,

414. BRASIL. STF. EDcl no Inq 3.862/DF. 1.^a T. rel. Min. Roberto Barroso. data da decisão: 27.11.2014. publ. 12.12.2014.

os Tupinambá⁴¹⁵ compõem o povo com o qual os europeus estabeleceram os primeiros contatos quando da colonização das terras brasileiras.

Submetidos à dominação dos invasores e a constante processo de miscigenação, a ponto de serem identificados, com o passar do tempo, como caboclos ou índios já civilizados, os Tupinambá de Olivença mantêm, apesar disso, sua identidade étnica como indígenas, organizando-se em pequenos grupos familiares.

Apenas em 2001, porém, iniciou-se o processo de demarcação de suas terras, em razão de ter o Texto Constitucional abandonado o critério integracionista para definir identidades étnicas e direitos vinculados.

A luta pela demarcação das terras indígenas, no entanto, não ocorre sem resistências locais: encarados como integrados à “sociedade nacional”, os Tupinambá de Olivença enfrentam discriminação por não serem encarados como indígenas e têm seus direitos taxados de privilégios injustificados – embora haja registros históricos e arqueológicos que confirmam sua presença na região muito antes da invasão europeia.

Vivendo em aldeamentos jesuítas e tendo parte das terras reconhecidas durante a colonização, os Tupinambá de Olivença foram, continuamente, expropriados de suas terras, principalmente no início do século XX. Mesmo recorrendo à intervenção do SPI, abrigoando-se no Posto Indígena Caramuru-Paraguassu, não conseguiram conter as expulsões forçadas e a invasão deliberada por fazendeiros locais.

A resistência dos indígenas, nas décadas de 1920 a 1930, liderados por um caboclo de prenome Marcelino (resistência que, à época, ficou conhecida como “revolta do Marcelino”) também não foi o suficiente para conter os avanços sobre as terras, afetadas, principalmente, na década de 1970, com a exploração econômica da cultura do cacau.

415. Dados etnográficos dos indígenas Kaingang foram coletados pelo Instituto Socioambiental – ISA. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/tupinamba>>. Acesso em: 23.02.2015.

Cada vez mais confinados, tiveram que reconfigurar alguns de seus costumes, como a prática do abandono de áreas habitadas (“casas isoladas”) em busca de novas moradias. Para os Tupinambá de Olivença, essa prática é essencial para a revitalização da vida, já que a mata recobre o espaço antes ocupado pelos humanos.

A reivindicação para demarcação das terras indígenas foi retomada em 2003, sob liderança de Rosivaldo Ferreira da Silva (cacique Babau), e parcialmente atendida pela Funai que, em 2004, iniciou o estudo antropológico sobre a ocupação⁴¹⁶.

Reconhecendo a tradicionalidade da habitação e negadas as contestações feitas, foi publicado pelo órgão assistencial relatório circunstanciado no *Diário Oficial da União*, aos 20.04.2009, atestando tratar-se a área de terras indígenas dos Tupinambá de Olivença. O relatório encontra-se, entretanto, pendente de assinatura e homologação do Ministério da Justiça desde então – situação que tem acirrado os conflitos.

De acordo com **Susana de Mato Viegas**, “[e]m agosto de 2003, durante o levantamento prévio de identificação da Terra Indígena, vivia-se uma situação de enorme tensão na região. Na área da vila e da costa marítima, onde há maior número de empreendimentos turísticos, foi construído um bloqueio que cortava o acesso das crianças indígenas que habitam junto da costa ao seu caminho cotidiano para a escola, e o dos adultos ao seu ponto de pesca privilegiado. Numa outra área, uma escolta da polícia civil tinha ido buscar dois índios para levá-los para depor. Eram acusados de furto de piaçaba” (apud ISA, 2006, p. 766).

416. Segundo Lúcia Helena Rangel e Roberto Antônio Liebgott, em relatório do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, intitulado “Violência contra os povos indígenas no Brasil – dados de 2013”: “Os Tupinambá, do sul da Bahia, permanecem sendo atacados violentamente desde que, em 2004, teve início o processo de identificação de suas terras. As violências não cessam. Em 2013, três homens foram assassinados numa emboscada armada por quatro homens em duas motos. Além dos tiros que mataram os três Tupinambá, os assassinos praticaram violências contra os corpos” (apud CIMI, 2014, p. 17).

Tomadas as terras por decisão dos indígenas, sob a justificativa de facilitar as reintegrações de posse na região, foi montada, em 2014, uma base da polícia federal na aldeia Serra do Padeiro, com apoio da FNSP e da polícia militar baiana. Entendida pela comunidade indígena como retaliação à luta pelas terras, e após diversas denúncias de violência policial, a base foi desmontada, mas iniciada uma série de intervenções do Exército no local, que lá permaneceu até agosto do mesmo ano.

Em relatório produzido, em 2011, pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH (intitulado “Relatório da Comissão Especial Tupinambá”), iniciado por força da Res. 15, de 25.08.2010 e da Res. 6, de 31.08.2011,⁴¹⁷ foram destacadas as principais situações de violência a que os Tupinambá se veem submetidos desde a retomada das terras e das reivindicações por sua demarcação, lideradas pelo cacique Babau.

O relatório descreve, com minúcias, as diversas tentativas de criminalização do líder que, aos 17.04.2008, teve decretada sua primeira prisão. Acusado de promover um motim, em Buerarema/BA, contra o desvio de recursos destinados à saúde, cacique Babau encontrava-se, porém, na capital do Estado na ocasião – razão pela qual ficou detido por apenas dois dias no Presídio Ariston Cardoso, em Ilhéus.

Após os fatos e a conquista de notoriedade pela luta por demarcação das terras indígenas dos Tupinambá de Olivença, o cacique Babau foi incluído no Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos da Bahia (PPDDH/BA), por determinação da SDH.

Mas a partir de então, iniciou-se uma série de perseguições policiais e prisões cautelares contra o líder indígena, sob diversos

417. BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos – SDH. Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. *Relatório da Comissão Especial Tupinambá*. Brasília, 2011. p. 1-90.

fundamentos. Aos 10.03.2010, o cacique Babau foi preso pela segunda vez pela polícia federal, na aldeia da Serra do Padeiro, em sua residência e durante a madrugada, pois que era indiciado em seis inquéritos policiais distintos pela suposta prática de ameaça, lesão corporal, tentativa de homicídio, formação de bando ou quadrilha, incêndio e outros crimes.

Dez dias depois, seu irmão, Givaldo Ferreira da Silva, também seria preso (por formação de bando ou quadrilha) e, aos 16.04.2010, ambos seriam transferidos da carceragem da polícia federal, em Salvador, para a penitenciária de segurança máxima de Mossoró/RN.

Do mesmo modo, sua irmã Glicéria Jesus da Silva foi presa aos 3 de junho daquele ano, enquanto voltava de Brasília, com seu filho de apenas dois meses, após participar da Comissão Nacional de Política Indigenista. Era acusada de participar de uma apreensão de caminhão da Coelba – Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia. Todas as prisões foram revogadas, por decisão do juiz de direito, aos 15.07.2010, evitando-se o julgamento dos autos de *habeas corpus*⁴¹⁸ impetrados no Tribunal de Justiça baiano.

Ainda que arquivados os autos dos inquéritos policiais, por ausência de indícios confirmatórios das imputações feitas, o cacique Babau continuaria a ser demandado para prestar esclarecimentos sobre aqueles.

Assim, após ser convidado pelo presidente da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, Arcebispo Dom Raymundo Damasceno Assis, para compor comissão brasileira para participar da canonização de José de Anchieta, no Vaticano, aos 24.04.2014, o cacique foi notificado pela polícia federal para devolver o passaporte, um dia após ter conseguido autorização dela para a viagem, pois que havia sido expedida uma ordem de prisão pelo juízo federal da comarca de Ilhéus, tendo por base os inquéritos arquivados.

418. BRASIL. TJBA. HC 8.564/2010. 2.^a Câmb. Crim. j. 09.09.2010. rel. Des. Maria Fátima Monteiro Villas Boas. publ. 20.09.2010.

A defesa técnica repassou as informações ao Ministério da Justiça e foi informada de nova acusação contra o cacique, de ter praticado outro homicídio, com ordem de prisão decretada pelo juízo de Una/BA, datada de 20.02.2014.

Entregando-se espontaneamente à autoridade policial dentro da Câmara dos Deputados, onde participava de uma audiência pública da Comissão de Direitos Humanos e Minorias – CDH sobre a situação das terras indígenas no País, o cacique permaneceu preso em Brasília/DF até a concessão de ordem pelo STJ aos autos de *habeas corpus* impetrados⁴¹⁹ – dias após a comitiva ter seguido à Roma e ao Vaticano.

Os conflitos na área permanecem acirrados, principalmente com fazendeiros locais, e não há previsão de regularização da situação de demarcação das terras indígenas, ainda pendente de manifestação do Ministério da Justiça.

4.1.4 Indígenas Terena em Sidrolândia/MS

Os Terena⁴²⁰ são um dos povos mais populosos do País e, em especial, do Estado do Mato Grosso do Sul: presentes nos grandes centros urbanos e às beiras das estradas, em acampamentos improvisados para a reconquista das terras, os Terena são facilmente tachados de indígenas integrados à “sociedade nacional”. Porém, resistentes à tentativa de desmobilização de suas reivindicações, mantêm sua identidade étnica preservada e são conhecidos pela habilidade de dialogarem com agentes públicos e políticos em prol de sua luta que, no entanto, nem sempre permanece pacífica.

Povo de língua Aruák e remanescente dos Guaná, os Terena habitam áreas fragmentadas (“ilhas”) dos Municípios

419. BRASIL. STJ. HC 292.982/2014. j. 29.04.2014. rel. Min. Sebastião Reis Júnior. publ. 02.05.2014.

420. Dados etnográficos dos indígenas Kaingang foram coletados pelo Instituto Socioambiental – ISA. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/terena>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

de Anastácio, Aquidauana, Dois Irmãos do Buriti, Miranda, Nioaque, Rochedo e Sidrolândia, do Estado do Mato Grosso do Sul – sendo circundadas por grandes latifúndios e plantações de cana-de-açúcar. Seu isolamento em “ilhas” deve-se, em grande parte, à chegada à região, na década de 1920, do SPI e à construção da Estrada de Ferro Noroeste do Brasil, fatores que, gradativamente, diminuíram suas faixas habitacionais em benefício de novos moradores e fazendeiros.

O contato inicial e pacífico com o SPI deu lugar, aos poucos, à tentativa pelos agentes públicos de modificação radical de sua cultura e costumes, impondo um regime de trabalho agrícola que tornava os Terena fonte de mão de obra barata. Com a criação de reservas de trabalhadores, o SPI garantia o funcionamento das indústrias agrícolas que, continuamente, ocupavam a região e, igualmente, a urbanização dos indígenas, segundo o primado da política integracionista.

A medida, porém, não os impediu de manterem traços de sua organização social; antes, a tentativa de integrá-los ao mercado agrícola e à “sociedade nacional” permitiu uma minimização dos efeitos deletérios do contato interétnico, com a sobrevivência do grupo e consolidação de sua presença em diversos espaços simultaneamente.

Após o advento do Texto Constitucional de 1988, os Terena retomaram a luta pelas terras ainda não demarcadas e pela ampliação das que o Estatuto lhes reservara. Seus reclamos são deslegitimados pelos munícipes, que enxergam nos Terena a completa realização do projeto de integração à “sociedade nacional”. Ademais, vítimas de discriminação por comporem grande parte da população pobre sul-matogrossense, suas reivindicações são facilmente olvidadas e os Terena precisaram, por vezes, valer-se da retomada das terras por conta própria.

Uma das áreas de disputa é a na qual se localiza a fazenda Buriti, no Município de Sidrolândia/MS. Em 2001, a Funai confirmou, por estudo antropológico e histórico, tratar-se a região de terras tradicionalmente ocupadas pelos Terena, o que, contudo, não convenceu o juízo federal, de primeira instância,

que, em 2004, declarou que aquelas pertenciam aos produtores rurais, legitimamente. A decisão foi revista pelo TRF3, em 2006, reconhecendo o direito originário dos Terena.

Em grau recursal, contudo, os fazendeiros reverteram a decisão do TRF3, em junho de 2012, o que motivou o contrarrazoado em favor dos indígenas. Pendente de julgamento desde então, os indígenas resolveram ocupar as terras até que a disputa fosse dirimida.

Requerida a desocupação da fazenda Buriti, com auxílio de força policial, aos 31.05.2013, policiais federais e manifestantes entraram em confronto, do qual resultou a morte do indígena Oziel Gabriel, atingido por um disparo de arma de fogo. Dezesete indígenas foram detidos no final da operação, abrindo-se inquérito policial para apurar os fatos, até o momento sem solução.

4.1.5 Indígenas Xukuru, em Serra de Ororubá/PE

Habitantes da Serra do Ororubá, no estado de Pernambuco, os Xukuru são um dos povos que mantém contato com não indígenas no Brasil desde o início de sua chegada, havendo, já no século XVI, relatos de conflitos com portugueses que invadiram suas terras para a constituição das primeiras vilas na região montanhosa.⁴²¹ Desde o Alvará de 25.06.1654, por meio do qual se concedia ao fidalgo João Fernandes Vieira parte das terras ororubaenses, a conflituosidade jamais cessou, mudando apenas de atores à medida que os séculos transcorriam.

Marcados pela religiosidade (sendo o toré o principal ritual sagrado), os Xukuru foram profundamente afetados pela política indigenista pombalina, que incentivava a miscigenação e a formação de vilas na região (sendo a mais conhecida a

421. Dados etnográficos dos indígenas Xukuru foram coletados pelo Instituto Socioambiental – ISA. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/xukuru>>. Acesso em: 9 mar. 2015.

“Vila de Cimbres”), mas mantiveram, de todo modo, sua identidade étnica e sua persistente luta pela demarcação das terras indígenas.

Apenas em 1989, mais de trezentos anos desde a primeira invasão, os Xukuru tiveram iniciado o processo demarcatório, não, porém, sem perdas significativas: a morte de líderes indígenas e intensas disputas territoriais com fazendeiros e autoridades políticas regionais continuaram até o término do processo administrativo, em 2001, ano em que foi assassinado o líder Xukuru, Chico Quelé. Morto a tiros na região de Pedra D'água (área sagrada para rituais em Pesqueira/PE), Quelé lutava, como os demais, pela demarcação das terras da Serra de Ororubá e contra a construção de um santuário religioso nelas, de interesse de fazendeiros locais.

Findo o processo demarcatório a favor dos indígenas, a especulação sobre as terras utilizou-se de novas táticas. Uma delas foi a tentativa de convencimento dos Xukuru para permitirem a construção de um santuário em homenagem à Nossa Senhora das Graças, que teria sido vista no local por duas crianças, setenta anos atrás. O empreendimento atrairia visitantes de todos os pontos e facilitaria a abertura de estradas, hotéis e centros comerciais. Parte dos indígenas concordava com a medida, opondo-se a ela, contudo, Chico Quelé e José Barbosa dos Santos (Zé da Santa), vice-cacique Xukuru, dentre outras lideranças.

Após sua morte, a polícia federal encerrou, em quinze dias, sua investigação e concluiu que Zé da Santa teria mandado José Campos da Silva (Dandão) cometer o homicídio de Quelé, pois que a vítima teria descoberto desvio de recursos de um projeto educacional entre os Xukuru e intentava denunciá-lo como autor dessa prática. Baseando-se no inquérito policial, que ignorou outras hipóteses investigativas ligadas ao conflito de terras e à construção do santuário, o Ministério Público Federal promoveu a ação penal contra Zé da Santa, apesar de ter a 6.^a Câ. de Revisão e Coordenação da Procuradoria-Geral da República se manifestado, à época, a favor do investigado.

Provou-se, porém, no julgamento realizado no Tribunal do Júri da 28.^a Vara Federal da Subseção de Arcoverde, em julho de 2012, que a verba destinada ao projeto era administrada pelo Centro de Cultura Luiz Freire, com sede em Olinda/PE, e que, portanto, não passava pelos indígenas.

Além disso, na fase investigativa foram ouvidos apenas os que eram favoráveis à construção do santuário, contra a qual a vítima lutara, prejudicando-se, assim, a confiabilidade dos indícios e, logo, das provas produzidas. Zé da Santa foi, então, inocentado da imputação de ser mandante do homicídio de Quelé.

Para a defesa técnica, tanto o homicídio de Chico Quelé quanto a acusação de Zé da Santa serviam aos interesses escusos de invasores das terras indígenas, considerando que três anos antes dos fatos, Francisco de Assis Araújo, o cacique Chicão Xukuru, também havia sido assassinado, com seis tiros à queima-roupa, aos 20.05.1998, a mando, segundo a acusação, do fazendeiro José Cordeiro de Santana (“Zé da Riva”) – fatos que deixavam todo o povo Xukuru vulnerável e desmobilizado.

Também em 2003, Marcos Xukuru, cacique e filho de Chicão Xukuru, foi vítima de tentativa de homicídio, sendo mortos, na ocasião dos fatos, dois indígenas que faziam sua segurança pessoal, Josenilson José dos Santos (Nilsinho) e Ademílson Barbosa da Silva (Nilson).

Portanto, além das ameaças à vida das lideranças indígenas, a criminalização é outra estratégia de desmotivação à resistência oferecida pelo povo. A prisão de líderes indígenas desestabiliza as reivindicações, muito embora, para seu cumprimento, seja necessário declarar-se sua integração (assimilação) à “sociedade nacional”, dada a ausência de normatividade sobre a temática, como vemos a seguir.

4.2 A situação prisional dos indígenas brasileiros

Por determinação do art. 56 do Estatuto do Índio, ao indígena criminalizado deve ser aplicada atenuante de pena,

bem como determinado o seu cumprimento, se possível, em regime prisional especial de semiliberdade, em estabelecimento próximo ao posto de atendimento de suas terras e territórios.

Para **Guilherme de Souza Nucci**, todavia, deve-se ter “cautela” quanto à interpretação do art. 56 do Estatuto do Índio, pois, para o autor, “[s]ob outro prisma, não vemos sentido algum em aplicar qualquer atenuante ao silvícola considerado integrado. Possuindo plena noção das leis nacionais, não há razão plausível para obter atenuação da pena” (2007, p. 641).

Este é o mesmo entendimento de **Ricardo Antonio Andreucci**, para quem “(...) a atenuante prevista no artigo em comento somente será aplicada se o índio for considerado isolado ou em vias de integração. Um índio integrado não terá a sua pena atenuada” (2010, p. 273) – e, em relação ao regime especial de semiliberdade, será este aplicado “(...) se o índio for considerado isolado ou em vias de integração, não importa[ndo] a natureza do crime que cometeu. Por mais grave que seja a infração cometida, ele cumprirá pena em regime especial de semiliberdade” (idem).

Estas interpretações são adotadas pela jurisprudência majoritária, como vimos, que segue os preceitos da ideologia integracionista (assimilacionista) da legislação ordinária para o reconhecimento destes direitos subjetivos. Segundo **Carlos Frederico Marés de Souza Filho**, “[n]a visão dominante, a única justificativa para atenuar as penas e minorar os efeitos de sua aplicação aos índios, é o fato de que eles teriam um entendimento incompleto do caráter delituoso, por falta de compreensão das regras sociais e, numa visão que chega ao limite do racismo, por inferioridade ética ou mental. A ideologia dominante não consegue entender que os índios pertencem a outra sociedade, cultural e organizativamente diferenciada, de tal forma que o tipo de pena e a forma de seu cumprimento devem também ser diferenciados. E é isto que pretende dizer o Estatuto do Índio, jamais entendido” (apud GRUPIONI, 1992, p. 166-167).

Porém, duas dificuldades são postas para a compreensão de ambos os direitos subjetivos: a primeira delas concerne à sua imprecisão conceitual e, a segunda, ao exato conhecimento sobre sua observância na atualidade.

De fato, o dispositivo legal, sem mencionar o grau de integração como requisito, não esclarece se os direitos subjetivos ali expressos se aplicam a todos os indígenas criminalizados, independentemente do nível do contato interétnico estabelecido, ou se são aplicáveis apenas aos indígenas “isolados” e aos “em vias de integração”. Muito embora faça referência aos postos de atendimento da Funai, em alusão aos indígenas aldeados, a norma não é clara quanto às circunstâncias em que se deve reconhecer a atenuação de pena ou seu cumprimento em regime especial.

Além disso, a norma não define a natureza do regime prisional de semiliberdade e as regras que deve observar. Não se confunde com o regime prisional semiaberto, previsto pelo Código Penal vigente (isto é, aquele regime em que a pena é cumprida em estabelecimento penal agrícola, industrial ou similar), mesmo porque há determinação legal de que o seu cumprimento ocorra em local de funcionamento da Funai, mais próximo da habitação do indígena.

A disposição não esclarece, ainda, se o procedimento que se deve adotar para a execução da pena deve seguir aquele previsto pela Lei 7.210, de 11.07.1984 – Lei de Execução Penal –, ou se deverá seguir regulamentação própria. Não esclarece se a execução da pena será feita diretamente pelos diretores dos postos de atendimento da Funai, nem segundo quais objetivos – se os mesmos do antigo SPI, por exemplo (isto é, de ensino de atividade agrícola ou similar para a integração nacional). De todo modo, é de se afirmar que, segundo **René Ariel Dotti**, “[a] experiência tem demonstrado que o encarceramento do indígena é absolutamente desaconselhável pela resistência natural de adaptação ao isolamento celular, fato que provoca depressão que beira o suicídio” (2010, p. 506).

Controverso, também, é o reconhecimento pelo Judiciário do direito à aplicação, pelo povo indígena envolvido, de pena ao acusado que dele for parte, prevista como alternativa encarceradora no art. 57 do Estatuto do Índio – que, ademais, não esclarece se a pena aplicada pelos indígenas substituiria a

pena privativa de liberdade ou se seria secundária e, logo, não afastaria aquela.

Para **Carlos Frederico Marés de Souza Filho**, a aplicação desta norma corresponderia ao respeito à diversidade étnica e cultural almejada pelo Texto Constitucional, pois que “[a] *variedade de sanções corresponde à importância da transgressão e a legitimidade da forma e da sanção não é questionada, porque não deriva de um poder acima da comunidade, mas da própria comunidade que as estabelece no processo social, de acordo com as necessidades do grupo*” (apud GRUPIONI, 1992, p. 154). O autor faz, porém, a ressalva de que a terminologia empregada (“tolerância pelo Estado”) revela um “direito envergonhado” por reconhecer usos, costumes e tradições de comunidades indígenas, bem como por reconhecer sua existência em território nacional, o que redundaria num direito indígena encarado como fonte secundária de normatividade (idem, p. 155).

Guilherme de Souza Nucci, ao contrário, não compreende a vigência da norma que lhe parece “vazia”, pois, segundo o autor, “(...) *os estudiosos do denominado Direito Penal indígena não apontam sanções ‘civilizadas’, aplicadas pelos silvícolas. Por isso, na sua imensa maioria, serão penas cruéis, infamantes ou até mesmo a morte. Logo, vedadas*” (2007, p. 641-642).

Para **Ricardo Antonio Andreucci**, “(...) *partindo da premissa de que a CF [Constituição Federal] reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, temos a tolerância na aplicação, pelos grupos tribais, de sanções penais ou disciplinares contra seus membros. Contudo, não se pode deixar que estas sanções penais ou disciplinares ultrapassem os limites das garantias individuais, não sendo permitidas, portanto, punições de caráter cruel ou infamante, ou pena de morte*” (ANDREUCCI, 2010, p. 273).

Todas estas imprecisões conceituais, aliadas ao reforço do ideal integracionista, tornam os direitos subjetivos dos indígenas criminalizados pouco aplicáveis.

Particularmente quanto à realidade prisional dos indígenas, desconhece-se o número de encarcerados cumprindo pena nos estabelecimentos penais comuns. Em resposta à consulta

de acesso à informação formulada à Funai sobre o número de postos de assistência em funcionamento no País e, em quantos deles, encontram-se indígenas cumprindo pena de privação de liberdade, em conformidade ao regime especial do Estatuto do Índio, fomos informados de que “(...) o art. 56 e seu parágrafo único da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (...) encontram-se em vigor, cabendo sua aplicação ao juiz da causa”. Quanto aos indígenas presos naqueles estabelecimentos, a Procuradoria Federal Especializada informou que “(...) não possui dados capazes de dirimir a dúvida sobre o quantitativo de cidadãos indígenas que cumprem pena de privação de liberdade nas condições do parágrafo único da Lei 6.001/1973”.⁴²²⁻⁴²³

Os dados oficiais sobre o encarceramento de indígenas são disponibilizados pelo Sistema de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça – o InfoPen Estatística.⁴²⁴

Sendo o registro de indicadores gerais e preliminares sobre a população penitenciária brasileira, o InfoPen Estatística tem o objetivo de compilar informações importantes aos órgãos públicos, responsáveis pela realização de políticas públicas para o sistema prisional, colhendo-as diretamente das secretarias de administração penitenciária dos Estados.

Entretanto, mesmo estes dados carecem de análise qualitativa adequada e isto por várias razões: há uma pluralidade de órgãos envolvidos na coleta das informações prestadas, o que dificulta sua depuração; desconhecem-se os métodos empregados pelos

422. BRASIL. Fundação Nacional do Índio. Sistema de Informação ao Cidadão – SIC/Funai. *Sistema de Acesso à Informação – Pedido respondido*. Protocolo 08850.003223/2013-52. Data: 15.02.2013. Acervo pessoal.

423. A Funai manifestou que pretende realizar o levantamento e identificação dos indígenas presos no País, após verificar o aumento de casos e o desencontro de informações (TALENTO, Aguirre. Funai vai mapear número de índios presos no Brasil. *Folha de S. Paulo*. Caderno Poder. Data: 07.10.2014).

424. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (Depen) – Sistema de Informações Penitenciárias (Infopen). Fonte: <<http://www.infopen.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

informantes no momento de identificação do preso (se permitem a autoidentificação ou se atribuem, segundo critérios parciais, a etnia de cada um); não se distinguem indígenas condenados e presos cauterlamente; por fim, não se explicitam os tipos penais a que respondem os indígenas presos, condenados e provisórios.

Para **Cristhian Teófilo da Silva**, “(...) *os dados quantitativos do Infopen devem nos interessar menos como registro fidedigno do total de índios presos e mais como dados elucidativos dos usos de classificações étnicas e jurídicas no interior do sistema de produção e administração da informação penitenciária no Brasil*” (2009, p. 213). Isso porque há um “(...) *uso distorcido das categorias de classificação por cor de pele/etnia para a soma de ‘índios’ e ‘pardos’ presos*” (SILVA, 2009, p. 213).

Segundo **João Pacheco de Oliveira Filho**, esta categoria de “pardos” serve como um “(...) *indicador genérico para a mistura entre diferentes grupos de cor*” (1999, p. 134) e “(...) *parece não ter outra função do que a de servir como instrumento do discurso de mestiçagem e reunir evidências numéricas que reforcem as suposições ideológicas quanto à tendência ao ‘branqueamento’ progressivo da população brasileira* (...)” (1999, p. 131).

Aliás, pela análise dos números apresentados em cada relatório resta dúvida se nos semestres que apresentam um maior encarceramento de indígenas, tenham, de fato, ocorrido mais prisões ou se, na verdade, foram identificados como indígenas os presos que anteriormente eram considerados como “pardos”.

Sendo assim, passamos à análise apenas quantitativa dos presos reconhecidos como indígenas.

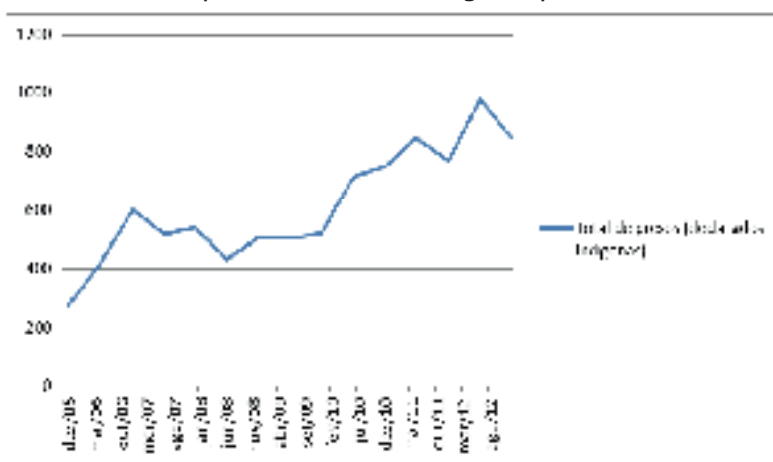
Tabela 1.
Total de presos declarados indígenas por semestre

Semestre	Homens presos (declarados indígenas)	Mulheres presas (declaradas indígenas)	Total de presos (declarados indígenas)
Dezembro/2005	264	15	279
Junho/2006	386	36	422

Semestre	Homens presos (declarados indígenas)	Mulheres presas (declaradas indígenas)	Total de presos (declarados indígenas)
Dezembro/2006	534	68	602
Junho/2007	474	44	518
Dezembro/2007	508	31	539
Junho/2008	401	29	430
Dezembro/2008	475	36	511
Junho/2009	474	31	505
Dezembro/2009	486	35	521
Junho/2010	673	42	715
Dezembro/2010	692	56	748
Junho/2011	786	60	846
Dezembro/2011	708	61	769
Junho/2012	924	55	979
Dezembro/2012	799	48	847

Fonte: Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional (Depen) – Sistema de Informações Penitenciárias – Infopen. Disponível em: [http://www.infopen.gov.br]. Acesso em: 20 mar. 2015.

Gráfico 1.
Total de presos declarados indígenas por semestre



Dados: Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional (Depen) – Sistema de Informações Penitenciárias – Infopen. Disponível em: [http://www.infopen.gov.br]. Acesso em: 20 mar. 2015.

Até dezembro de 2012, foram constatados 847 indígenas presos no Brasil, tendo o País atingido o pico de 979 indígenas encarcerados (ou identificados como indígenas) no primeiro semestre do mesmo ano.

Reforce-se que em razão da ausência de outras informações correlatas – como a etnia a qual o preso, identificado como indígena, se vincula, se houve ou não procedimento incidental para a atribuição desta identidade, qual o tipo penal em que o preso foi incurso etc. – não é possível saber em que medida a pena é utilizada como um controle político-jurídico de contenção dos movimentos indígenas (com maior ou menor intensidade de atuação em épocas distintas) e se houve análise, ainda que incidental, da sua identidade étnica.

Contudo, mesmo consideradas as deficiências de precisão das informações colhidas pelo Infopen Estatística, há uma “(...) *descharacterização étnica e consequente invisibilização legal dos*

índios por agentes penitenciários, policiais civis e militares, delegados, procuradores, juízes, secretários de segurança pública, advogados e procuradores da Funai, missionários, ativistas dos direitos indígenas etc." (SILVA, 2007, p. 112). Um quadro que, a despeito de outras críticas, expressa um racismo institucional que visa "(...) *destituir os índios de seus direitos pela manipulação de sua indianidade*" (SILVA, 2009, p. 214).

4.3 A resistência

As dificuldades impostas aos indígenas para o pleno reconhecimento de sua existência e demandas pelo Estado jurisdicional não esmoreceram suas lutas.

Segundo **Beatriz Perrone-Moisés**, já a história da legislação indigenista brasileira, desde o período colonial, mostra o movimento pendular de concessão e revogação de seus direitos (*apud* CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 126): reconhecem-se direitos ulteriormente suprimidos pelo discurso de seu desaparecimento ou assimilação aos não indígenas. No regime colonial, por exemplo, a definição de "índios aliados" ou "bravios inimigos" era condição fundamental para o estabelecimento de Leis da Coroa portuguesa mais brandas ou mais severas, não raro, concomitantemente aplicáveis. No regime republicano, à determinação da soberania dos povos indígenas, num esboço de primeira Constituição positivista, dar-se-ia lugar ao rebaixamento de sua condição como os novos tutelados do Estado em legislação ordinária (regime jurídico vigente até então).

Atualmente, porém, o reconhecimento de direitos originários dos indígenas prescinde do reconhecimento de sua própria existência: policiais, promotores de Justiça, defensores, advogados, juízes – todo o aparato estatal ou a seu serviço atribuindo, num contínuo processo, identidades étnicas, dizendo quem é ou não é mais indígena, segundo a suposta integração à "sociedade nacional".

Como objetos e não sujeitos de direitos, os indígenas enfrentam a árdua tarefa de garantir sua existência digna, num

cenário que pouco entende a diversidade humana. Nele, prevalece um índio imagético, arquetípico, cuja natureza, costumes e hábitos são os mesmos de seus antepassados e, seguramente, serão os mesmos dos descendentes. Categorizados como povos estacionários, primitivos, dóceis ou brutais, os indígenas veem suas identidades étnicas manipuladas pelo Estado para reconhecer ou negar direitos, legitimar ou deslegitimar suas reivindicações por aqueles.

A quebra do paradigma integracionista pela Constituição Federal de 1988 não produziu, porém, o sufocamento da prática classificatória: antes, esta continuou a referendar o cumprimento do ideal de assimilação perseguido por séculos, encontrando assento, na atualidade, na criminalização.

De fato, a responsabilidade criminal de indígenas respalda-se na doutrina e nos julgados penais sob os preceitos da criminologia etiológica, mecanismo por meio do qual torna-se possível idealizar o perfazimento de sua integração, considerando que, pela descrição de algumas circunstâncias provenientes do contato interétnico, almeja-se estender ao indígena sua condição de igual aos não indígenas, ao menos em termos da capacidade de imputação. Transfigurados etnicamente, os indígenas têm suprimida ou neutralizada suas diversidades social, cultural, política e econômica e todas as lutas aí implicadas, sendo acusados e apenados como os demais por não haver mais distinções numa sociedade, finalmente, homogênea.

Mas a permanência do múltiplo num uno inatingível (CLASTRES, 2004) faz ruir os discursos etnocidas, porque frágeis e incompatíveis com as bandeiras erigidas pelo próprio Estado de Direito, que tem a missão de salvaguardar direitos e garantias fundamentais. Se há os que persistem e se identificam como indígenas; se há costumes, crenças e tradições vinculadas às terras imemorialmente habitadas; se há diversidade étnica obstinada na nação que se pretendia unívoca – é preciso que o Estado contemple sua ocorrência e garanta sua perenidade, atrelado que está à sua finalidade protetiva de direitos humanos fundamentais.

É deste modo que o silêncio normativo, o laconismo das agências de reprodução ideológica e a irreflexão do sistema de Justiça sobre o adequado tratamento jurídico-penal de indígenas constituem-se em soluções majoritariamente apresentadas para a criminalização. Do contrário, seria preciso reconhecer a falibilidade do Estado, seja em perseguir, num primeiro momento, o ideal de integração, seja, posteriormente, em reconhecer plenamente aquela diversidade étnica. As lições do evolucionismo social e a aceção generalizante dos indígenas como sobreviventes, entre o estado humano e o animalesco, são, mais que pressupostos teóricos, métodos do julgador.

Pela supressão ou neutralização discursiva da diferença étnica é possível a anulação dos sujeitos e direitos aí enquadrados. A mera transformação corriqueira de seus hábitos culturais será lida como a migração de seu estado selvático, embrionário, para o estado de progresso, de evolução. Seus valores, costumes, visão de mundo, procedência – tudo constituirá falhas superadas pelo esclarecimento advindo de seu contato com o outro, com o mundo civilizado.

“Um avanço duvidoso, pois o progresso é discutível. No contato com o outro sistema econômico, os índios tornam-se pobres, apesar de donos da terra: vêem objetos que não podem comprar. Experimentam a desigualdade que não existia. Antes consumiam poucos bens, mas os mesmos para todos. Agora, surgem infinitas necessidades. Até para tratamento de saúde ou viagens para a defesa de terras e direitos, há novos gastos.

Diante dos olhos abertos para novas invenções e formas de vida, porém, não há como voltar atrás. É o consumo introduzido na vida tribal onde antes o dinheiro não existia” (MINDLIN, 1987, p. 105).

Ao mesmo tempo, porém, os indígenas jamais ascendem à condição de cidadãos plenos: como “quase” brasileiros, é comum nas relações interétnicas travadas um diálogo marcado por racismo e discriminação, opondo brancos e índios como se fossem diferentes espécies humanas: uma evoluída, a outra, atrasada.

O fenômeno previsto de sua transitoriedade, contudo, não se operou. A crescente autoidentificação de indígenas demonstra

não só o exercício político de manipulação desta identidade, para a legitimidade de suas reivindicações por mais direitos, mas, simultaneamente, o núcleo duro que constitui uma identidade étnica: resistindo às diversas formas de opressão por séculos, os povos indígenas tornam-se parte de uma história inacabada com a invasão europeia no continente americano; estão presentes e orientam-se para o futuro. Afirmam-se portadores de valores sociais que coexistem aos que se pretendem os únicos válidos, dos quais são excluídos ou sob os quais se justifica a tutela estatal. Em outras palavras, segundo **Manuela Carneiro da Cunha**, “(...) *um direito essencial de um povo é o de poder ser ele próprio*” (apud CIMI, 1982, p. 72).

Resumindo o início do processo de protagonismo político indígena no Brasil, afirmou **Stephen Grant Baines**:

“Os líderes indígenas das diversas sociedades apropriam-se da linguagem dos movimentos políticos indígenas como maneira de apresentarem suas reivindicações políticas, mas subordinam esta linguagem a seus próprios modelos e a dirigem às suas metas políticas locais. Para muitas sociedades indígenas, as organizações políticas abriram espaços para as lideranças aparecerem como atores políticos nas relações interétnicas com a sociedade nacional, espaços políticos em que buscam visibilidade e reconhecimento a partir da politização da sua identidade étnica” (apud PIMENTA e SMILJANIC, 2012, p. 35-36).

Ser indígena é, portanto, ser resistente: obstinar-se em respeitar sua identidade étnica e exigir seu reconhecimento – categoria, aliás, que prescinde, segundo **Axel Honneth**, de três distintos modos intersubjetivos: o amor, a solidariedade e o direito. Pressupõe o reconhecimento, portanto, a existência de ligações afetivas entre as pessoas (como as observadas entre os grupos familiares), o reconhecimento de nós mesmos como “pessoas” (ente moral), além do reconhecimento jurídico inerente às relações entre nós e os outros (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2006, p. 32-33).

A permanência dos resistentes e sua obstinação são objetos que intrigam a etnologia e desafiam as relações jurídicas contemporâneas, mas uma possível descrição de seus contornos

pode ser encontrada na fala de Isaías, indígena Awá e personagem ficcional do romance *Maíra*, de **Darcy Ribeiro**, escrito em 1976.

Retirado de seu povo Mairum por missionários católicos e tornado seminarista em Roma, Isaías-Awá retorna para suas terras de origem e enfrenta o descompasso entre a identidade perdida e a forjada, entre o mundo de “caraíbas” e o que lhe pertencia, já desfeito. Não pode hesitar em vacilar na escolha entre os distintos universos que, embaraçados, confluem na sua identidade dual, senão múltipla. Entretanto, do mundo que lhe impingiram, de seu novo aprendizado religioso e de sua nova visão de mundo, o indígena Mairum tinha por certo apenas um ensinamento:

“Este é o único mandato de Deus que me comove todo: o de que cada povo permaneça ele mesmo, com a cara que Ele lhe deu, custe o que custar. Nosso dever, nossa sina, não sei, é resistir, como resistem os judeus, os ciganos, os bascos e tantos mais. Todos inviáveis, mas presentes (...).

No futuro, não sei quando, algum dia, aqueles entre nós, os inviáveis, que sobreviverem, terão sua oportunidade. Para quê?”
(RIBEIRO, 1983, p. 33)

Conclusão

Analisando os estudos criminológicos eminentemente etiológicos, bem como a doutrina penal brasileira e a jurisprudência dos Tribunais de Justiça estaduais, dos Tribunais Regionais Federais, do STJ e do STF, pensamos ter desvelado o exercício de um controle social sobre a diversidade étnica que não invalida as bases sobre as quais se erige o poder de punir do Estado (de cunho etnocida), nem exige uma revolução paradigmática das ciências criminais, voltadas que estão para justificar aquele poder.

Pretendemos demonstrar que, embora superado pelo ordenamento constitucional vigente, o ideal integracionista (assimilacionista) da legislação indigenista está presente no tratamento jurídico-penal de indígenas, servindo o Direito Penal e os discursos criminológicos que o amparam como instrumentos políticos de sua afirmação. Ao mesmo tempo em que impedem o reconhecimento de direitos peculiares e dificultam o aprofundamento da análise da culpabilidade dos acusados indígenas, comunica-se, pela repressão penal, que não há mais indígenas, pois que integrados à sociedade de Estado.

O reconhecimento de indígenas e de seus direitos originários foi de encontro aos objetivos de constituição de um Estado nacional, no início do regime republicano, o que ensejou

a formulação de uma política indigenista assimilacionista (e, portanto, etnocida) que pretendia a sua “progressiva e harmoniosa” integração à “sociedade nacional”, até seu completo desaparecimento.

Atualmente, contudo, perduram as demandas postas por aquele reconhecimento da diversidade étnica que caracteriza o País e, assim, comunicar a transitoriedade de indígenas tornou-se tarefa premente, pois, do contrário, será preciso declarar, abertamente, não apenas a falência do antigo (mas latente) projeto de integração nacional, como, também, a falibilidade dos ideais republicanos e de respeito à ordem constitucional, assentada em princípios universais do Estado de Direito, como o respeito aos direitos humanos fundamentais, à diferença e à diversidade cultural.

Em outras palavras, se não há índios, não há direitos indígenas.

Determinar quem é e quem não é indígena; dizer quem tem ou não tem amparo por legislação protetiva específica; manipular um precário conceito sobre sua natureza atemporal e universal (índio arquetípico); atribuir ou não a identidade étnica do outro, segundo parâmetros etnocêntricos e racistas: estas são as funções políticas possibilitadas pelo discurso penal, feito com base na criminologia positivista, e desempenhadas pelas agências do sistema punitivo contemporâneo, na criminalização de indígenas – processo que intitulamos de penalidade civilizatória.

Pela análise dos julgados, em especial, ressaltamos as omissões legislativas e conceituais que prejudicam o exercício da defesa técnica – como a ausência de previsão do laudo antropológico pela legislação processual penal e a indefinição quanto ao conteúdo do termo “disputas”, utilizado pelo inc. XI do art. 109 da CF, ao delimitar a competência da Justiça federal.

A imprescindibilidade de previsão legislativa do laudo antropológico e de sua obrigatoriedade, tratando-se de acusado indígena, vincula-se à necessidade mesma de superação do estereótipo etnocida e racista que marca os povos indígenas e seus membros; em geral, nos Tribunais de Justiça estaduais,

requer-se a sua produção, pois que apenas indícios de integração utilizados pelo julgador, além de arbitrários, não são suficientes para compreender o ânimo do agente, sua volição e as circunstâncias de sua conduta. Mesmo porque, “[n]o paradigma da pluriethnicidade o grau maior de integração do indígena à sociedade nacional não o descaracteriza como indígena, tampouco exclui a imputabilidade penal” (CASTILHO e COSTA, 2009, p. 60).

Ainda, não é possível, nestas circunstâncias, o exercício do contraditório, já que a base de fundamentação do julgador (criminologia etiológica) já está dada como irrefutável. Assim, por exemplo, se o acusado indígena não fala mais sua língua de origem, mas, sim, a língua portuguesa, logo estará integrado à “sociedade nacional” e, portanto, compreenderá plenamente os efeitos de sua conduta e sua reprovabilidade ante a lei penal, merecendo punição. A mera utilização da língua portuguesa é a prova da integração e, para esta, só deve haver uma única direção: a pena. Não é por outra razão que a arguição da nulidade processual pela não realização de laudo antropológico é a segunda causa de interposição de recursos nos Tribunais de Justiça estaduais – a primeira, se considerado o fato de que o regime prisional especial, como pleito mais requerido, somente o é por aparecer subsidiariamente aos pedidos principais.

Aliás, em relação aos direitos subjetivos dos indígenas criminalizados, previstos no art. 56 do Estatuto do Índio (atenuante de pena e regime prisional especial de semiliberdade), entendemos que, por não mencionar o grau de integração à “sociedade nacional” como requisito para seu reconhecimento, a determinação legal mencionada deve ser aplicada a todos os indígenas, independentemente de seu “grau de integração” ou domicílio, ainda que a lei faça referência apenas à proximidade aos postos de atendimento da Funai, em alusão aos indígenas aldeados.

Esta orientação do legislador faz apenas ressaltar sua omissão ao tratamento a ser cumprido em relação aos indígenas em contexto urbano, que não são residentes em terras e territórios indígenas. Se não os ignora, demonstra que

parte do pressuposto de sua integração e, em termos de uma legislação integracionista (assimilacionista), em descompasso com a Constituição Federal, não fariam eles jus às disposições mais favoráveis da legislação indigenista.

Pela natureza deste instituto de execução penal, o critério de aplicação do regime de semiliberdade não poderia aplicar-se somente aos indígenas aldeados, pois que o direito subjetivo dos condenados aí expresso (de cumprimento de pena em regime prisional menos gravoso) está intrinsecamente vinculado à identidade étnica dos sujeitos de direitos. O cumprimento de pena, se não feito em estabelecimento da Funai, deveria se dar em estabelecimento correspondente ao de menor rigor em relação ao regime concretamente aplicado, por interpretação analógica.

Não é este, porém, o entendimento majoritário. A definição de quem é ou não é indígena nos discursos jurídicos impacta o reconhecimento de direitos subjetivos dos indígenas na execução das penas. Em primeiro lugar, pela não aplicação da atenuante de pena e, em segundo, pela imposição de cumprimento desta em estabelecimento penal comum, diverso daquele previsto pelo próprio Estatuto do Índio.

A doutrina jurídica e a jurisprudência penal majoritárias conferem a atenuação de pena somente aos indígenas isolados e, em alguns casos, aos indígenas em vias de integração, como vimos, sem, em muitas ocasiões, a produção de laudo antropológico que defina seu grau de adaptação.

No que concerne à análise da culpabilidade, ao afirmar que os indígenas devem ser considerados inimputáveis de acordo com seus graus de integração, a doutrina jurídica repisa todo o arcabouço da criminologia positivista ou etiológica que refuta na sua manualística penal. Possibilita, assim, o exercício de um poder sobre a etnicidade que, simultaneamente, define-lhe os contornos e a própria existência.

Em outras palavras, a doutrina jurídica, representada no sistema jurídico como agências de reprodução ideológica (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 60-1), concretiza, sob o manto de um cientificismo intocado, a criminalização feita segundo

argumentos raciais e etnocidas que marcam a legislação tutelar de indígenas no Estado, referendando seu *status* de objetos de direitos e a necessária intervenção sobre sua existência, com o pretensão respaldo de sua tutela.

Esta circunstância demonstra que, embora relegada, por vezes, à condição servil de ciência auxiliar da teoria do delito, a criminologia exerce efetivo controle social informal por meio dos discursos que engendra e, particularmente o seu viés crítico, pode revelar a crise contemporânea da culpabilidade, pois que, após o desenvolvimento das teorias sociológicas das subculturas, ficou claro que não se pode dizer que exista um único conjunto de valores éticos, tutelados pelo Estado e contra os quais alguns poucos (e excepcionais) indivíduos se oporiam, em razão de suas anomalias biopsíquicas, por meio da prática deliberada do crime.

Antes, para **André Nascimento**, há uma pluralidade de sistemas de valores coexistentes e a escolha de um ou outro corresponde aos “(...) *mecanismos normais de sociabilidade, sob o influxo de fatores sociais estruturais. O Direito Penal, portanto, não regula a criminalização daqueles valores universalmente considerados imprescindíveis à vida do homem em sociedade*” (apud BATISTA e NASCIMENTO, 2011, p. 16).

Portanto, a função política desempenhada pela criminalização de indígenas, quando erige como válidos apenas os parâmetros etiológicos, é, em essência, etnocida, pois que visa a comunicar a supressão (pela extinção de sujeitos de direitos) ou a neutralização (por sua assimilação à “sociedade nacional”) da diversidade étnica atualizada nos investigados, acusados ou condenados.

É imprescindível, portanto, que se proceda à revisão da criminalização de indígenas realizada pelas agências do sistema penal atual, pois que “[u]m saber que pretende programar o poder dos juízes sem incorporar os dados que lhe permitam dispor de um conhecimento correto a respeito do concreto exercício deste poder, nem de sua meta ou de seu objetivo político, tende a redundar em um ente sem sentido (*nicht nützig*)” (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 65).

Para conter os impulsos etnocidas de toda formação estatal (CLASTRES, 2004, p. 87), bem como os de autoritarismo do estado de polícia, contido este, apenas, pelo modelo de Estado de Direito (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 90), são necessárias reformas não apenas do arcabouço conceitual (criminológico e da teoria do delito) que dão suporte científico à criminalização, mas, principalmente, mudanças legislativas, de interpretação normativa e de compreensão dos julgadores e demais agentes do sistema de Justiça sobre o tema.

Sem a pretensão de exaurir as recomendações possíveis, sugerimos, a seguir, uma série de medidas que, pensamos, traduzem as demandas trazidas pelos pleitos defensivos, deduzidos da pesquisa jurisprudencial realizada, e convergem para um tratamento jurídico-penal mais garantista. Eis o porquê de elegermos a criminologia da libertação como a via metodológica adequada para o desenvolvimento da pesquisa, por seu papel transformador da realidade analisada.

Primeiramente, é necessário superar o evolucionismo social que marca a maior parte dos estudos jurídicos sobre os indígenas. Considerá-los primitivos, retardatários ou não desenvolvidos é método intencional de controle social informal que ratifica o exercício do poder tutelar sobre esses sujeitos de direitos. Não há que se falar em povos civilizados e a civilizar, pois que apenas pelo abandono dessas noções etnocêntricas é que se poderá empreender a revisão dos construtos jurídicos etnocidas, característicos da legislação indigenista infraconstitucional.

Essa superação, no entanto, deve sobrepujar a mera revisão doutrinária sobre a temática, pois que se exige, também, uma profunda transformação cultural dos agentes do sistema de justiça por meio do desapego de concepções racistas sobre a identidade indígena; isto é, requer-se o abandono do índio arquetípico que habita o seu imaginário. Falar-se em “índios de verdade” como habitantes da selva, que caçam, pescam e coletam e vivem alheios ao “mundo dos brancos” é referendar, tão somente, o marco imagético do evolucionismo social de povos que se organizam, cultural, política, econômica e socialmente

de modo diverso das sociedades de Estado capitalistas. Basear atos procedimentais e decisões judiciais sobre tais critérios etnocêntricos é, como expusemos, exercer um controle social etnocida da diversidade étnica.

Pelas mesmas razões, entendemos que a manutenção do ideal integracionista do Estatuto do Índio consolida uma política indigenista etnocida e, portanto, incompatível com o Estado de Direito, devendo ser declarados inconstitucionais os dispositivos que lhe dão suporte.

Em primeiro lugar, por sua não recepção pela Constituição Federal, dada a incompatibilidade de orientação paradigmática. Em segundo, pelo fato de o ideal integracionista habilitar uma função penal latente, em que se criminalizam indígenas conforme o entendimento do julgador sobre seu “grau de integração” à “sociedade nacional”. Amplia-se, sem controle legal do poder punitivo, o arbítrio das decisões judiciais, proferidas segundo uma visão etnocêntrica e racista de superação ou não da identidade étnica do outro.

É necessária, também, uma revisão da interpretação constitucional dada, majoritariamente, ao inc. XI do art. 109 da CF, que determina ser de competência da Justiça Federal o julgamento de causas relativas às disputas por direitos indígenas.

Limitando a expressão às hipóteses de questões ligadas à cultura indígena e aos direitos sobre suas terras já demarcadas, a jurisprudência majoritária nega que os crimes cometidos ou sofridos por indígenas, individualmente, sejam considerados casos de disputas sobre seus direitos – entendimento, como visto, sumulado pelo STJ. Deve-se ressaltar, porém, que à época de sua formação (04.04.1995), o País ainda não havia ratificado e promulgado a C169 da OIT, internalizada no ordenamento jurídico pelo Dec. 5.051, de 19.04.2004, o que faz com que a Súmula 140 do STJ esteja em descompasso com tratado internacional de direitos humanos.

Ademais, segundo **Roberto Lemos dos Santos Filho**, somada à vigência da convenção internacional mencionada, pesa em favor da revisão da súmula o oscilante posicionamento

do STF sobre o tema, “(...) *devendo qualquer causa envolvendo indígenas ou suas comunidades ser processada e julgada pela Justiça federal*” (apud VILLARES, 2011, p.102-103).

Entendemos, também, ser pertinente o reconhecimento de que direitos indígenas não são apenas aqueles descritos no *caput* do art. 231 da CF, pois que a C169 da OIT aumenta o rol de direitos com força constitucional, partindo da tese segundo a qual os tratados de direitos humanos, ratificados e promulgados pelo País, compõem o denominado “bloco de constitucionalidade” por serem eles a *ratio essendi* do Estado de Direito (CANOTILHO, 1993, p. 18). A C169 da OIT deve ser considerada norma materialmente constitucional que compõe o rol de direitos e garantias individuais do art. 5.º da CF, que não é exaustivo, por força de seu § 2.º (AFONSO DA SILVA, 2000, p. 174).

Para além das alterações interpretativas sugeridas, são imprescindíveis reformas legislativas, a menos no âmbito processual.

Não entendemos ser prudente a determinação apriorística do tratamento penal de investigados ou acusados indígenas, pois que apenas a casuística é que determinará a incidência de um ou outro instituto já previsto pela legislação penal. É possível que um indígena seja considerado inimputável, se menor de dezoito anos ou se afetado por transtorno mental, à luz do que preceitua o art. 26 do CP; o que não se pode dizer é que o seja por ser indígena, tão somente. Do mesmo modo, pode ser que o indígena entenda o caráter ilícito da sua conduta, mas seja inexigível comportamento diverso, em razão de sua cultura. Aliás, a conduta pode, ainda, ser considerada atípica ou, em determinadas hipóteses, ser atingida pelos efeitos do erro de proibição.

Em resumo, não há que se adotar uma ou outra posição, na teoria do delito, em relação aos indígenas e aplicá-la indistintamente a todos os indivíduos tão somente por sua identidade étnica, sem que se faça, antes, um exame concreto de quem ele seja e do que represente sua conduta, sem que se aprofunde a interrelação de sua conduta com a disputa sobre os

direitos indígenas, nem sobre o nível de conflituosidade como um todo. A busca por uma decisão única, dada apenas pela identidade étnica, conduz ao equívoco de considerar todos os indígenas iguais, em todas as circunstâncias, o que revigora o índio arquetípico que se pretende abandonar.

Por outro lado, é de se notar que o Código de Processo Penal não dispõe de instrumentos processuais que permitam adequado tratamento procedimental quando da investigação ou acusação de indígenas.

Desse modo, entendemos ser importante que haja o reconhecimento de indígenas desde o início do processo criminal, permitindo a intervenção de órgãos pertinentes à sua defesa. Assim, no momento de averiguação das circunstâncias pessoais, sociais e econômicas do indiciado, bem como de sua motivação para a prática do crime e de outros elementos que contribuam para a apreciação de seu ânimo antes, durante e depois de praticá-lo, deveria a autoridade policial proceder à sua identificação como indígena e, se possível, identificar o povo ao qual se vincula.

Nesta hipótese, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União deveriam ser notificados, quando o crime ocorrer em terra indígena demarcada ou em processo de demarcação e, em qualquer hipótese, o órgão de assistência federal dos indígenas. Tal medida, segundo pensamos, auxiliaria na identificação dos casos de criminalização dos indígenas em virtude de disputa sobre seus direitos e, de todo modo, contribuiria para intervenção mais célere dos órgãos judiciais competentes para defesa de interesses e direitos de indígenas criminalizados.

A identificação primeira do indiciado como indígena, bem como do povo ao qual se vincula, poderia ser realizada tanto pela autoridade policial como pelo próprio indiciado, sendo posteriormente objeto de análise em laudo antropológico, produzido por requerimento do Ministério Público, do defensor ou do órgão de assistência federal dos indígenas ou, ainda, por determinação, de ofício, do juízo.

Ademais, é imprescindível a previsão legislativa do laudo pericial antropológico, evitando-se decisões judiciais arbitrárias sobre a identidade étnica dos acusados. O juiz ordenaria, de ofício, representado pela autoridade que presidiu o inquérito policial ou a requerimento do Ministério Público, do defensor ou do órgão de assistência federal dos indígenas a produção do laudo, no caso de o investigado ou acusado ser identificado ou se identificar como indígena. O juiz determinaria a suspensão do processo, se iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que pudessem ser prejudicadas pelo adiamento.

O laudo antropológico seria elaborado por perito, nomeado pelo juiz, e conteria a qualificação do investigado ou acusado e a etnia a qual se vincula, circunstâncias pessoais, sociais, econômicas e culturais provenientes de contato interétnico, local de sua habitação, circunstâncias do crime e seu grau de reprovabilidade social segundo os usos, costumes e tradições do povo indígena interessado, bem como se houve punição aplicada pelo povo. Sua falta constituiria nulidade processual.

O interrogatório e a qualificação de acusado indígena deveriam ser realizados na presença de antropólogo nomeado pelo juiz, que, preferencialmente, tivesse produzido o laudo antropológico correspondente, ou por representante do órgão de assistência federal dos indígenas. O interrogado que não soubesse a língua nacional oficial ou não tivesse dela pleno domínio ou tivesse, ainda, dificuldade em sua compreensão deveria ser assistido, durante a qualificação e interrogatório, por intérprete de sua língua materna.

Na decretação de prisão cautelar, deveriam ser remetidas cópias integrais dos autos ao órgão de assistência federal dos indígenas, ao Ministério Público Federal e à Defensoria Pública da União, notadamente na hipótese de ter o crime ocorrido em terra indígena demarcada ou em processo de demarcação. Ainda, poderia ser previsto entre as medidas cautelares substitutivas da prisão o reconhecimento de usos, costumes e tradições próprias do povo indígena.

Sobre o encarceramento, a existência de indígenas no sistema prisional comum é um indício de que a essa população não foi aplicado o cumprimento de pena em regime especial de semiliberdade. Sugerimos, portanto, que o instituto de indulto seja aplicado, declarando-se indultados os que tiverem cumprido determinado lapso temporal da pena privativa de liberdade imposta em estabelecimentos penais comuns, pois que a terão cumprido em regime prisional mais gravoso. A extinção da pena ou sua progressão deveria dar-se, portanto, em menos tempo.

Entendemos que estas sugestões não são exaustivas e certamente devem merecer reparos diretamente de indígenas interessados, de suas associações e organizações próprias, de agentes do sistema de Justiça penal e de órgãos governamentais e não governamentais representativos de interesses dos povos indígenas, pois apenas uma ampla consulta sobre a reforma legislativa pode conduzir ao fim da política indigenista etnocida.

Por fim – e sobretudo – os indígenas devem ser considerados sujeitos de direitos, respeitados em sua integralidade, e, em razão disso, todas as decisões judiciais devem estar amparadas por fatos reais, concretos, aprofundando-se ao máximo a compreensão sobre seu contato interétnico, sua influência em seu comportamento e desígnios; sobre o contexto em que se deram os fatos delituosos, o nível de conflituosidade e a observância ou não às formas diferentes de coexistência, por ser esta, mais que um princípio, uma premente medida da convivência humana fraterna.

Referências

Obras básicas consultadas

- ABREU, Aurélio M. G. de. *Culturas indígenas do Brasil*. São Paulo: Traço, 1987.
- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ALMEIDA, Silvio. Divagações. *O Estado de S. Paulo*, Caderno: 12.10.1908 (Fonte: Arquivo do Estado de São Paulo).
- ALTAVILLA, Enrico. Um novo projeto de código criminal brasileiro. *Revista Forense* v. LXXX, p. 260-267, ano XXXVI, Rio de Janeiro: Papelaria Record.
- ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. *Projetos para o Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- ASSIS RIBEIRO, C. J. *História do direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Zélio Valverde, 1943.

- BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- _____.; NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de repressão: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BITTENCOURT, Cézár Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – 1*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOÉTIE, Étienne de la. *Discurso de la servidumbre voluntaria*. Trad. Pedro Lomba. Madrid: Trotta, 2008.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Mensagens presidenciais (1890-1910)*. Brasília: Centro de Documentação e Informação – Coordenação de Publicações, 1978.
- _____. Câmara dos Deputados. *Discursos de liberdade (1983-1984): discursos e projetos de lei apresentados pelo deputado Mário Juruna*. Brasília: Centro de Documentação e Informação – Coordenação de Publicações, 1984.
- _____. Câmara dos Deputados. *Discursos de liberdade II (1985-1986): discursos proferidos pelo deputado Mário Juruna*. Brasília: Centro de Documentação e Informação – Coordenação de Publicações, 1986.
- _____. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. Brasília: CNV, 2014. v. 2.
- _____. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos – SDH. Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. *Relatório da Comissão Especial Tupinambá*. Brasília: SDH, 2011.
- _____. Senado Federal. *Diário do Congresso Nacional – Seção II*, ano XXVII, n. 102, p. 3243-3244, Brasília: Secretaria Geral da Mesa, 1972.

- _____. Senado Feral. Projeto de Lei iniciado no Senado – PLS 216/2008. Ementa: *Altera o art. 56 da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, para estabelecer critérios de imputabilidade de índios*. Brasília: Secretaria Geral da Mesa, 2008.
- _____. Senado Feral. Projeto de Lei do Senado Federal – PLS 156/2009. Ementa: *Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Secretaria Geral da Mesa, 2008.
- _____. Senado Feral. Projeto de Lei iniciado no Senado – PLS 236/2012. Ementa: *Reforma do Código Penal Brasileiro*. Brasília: Secretaria Geral da Mesa, 2008.
- _____. Senado Federal. *Relatório final da Comissão de Juristas criada nos termos do RQS 756/2011, do Senador Pedro Taques, aditado pelo Requerimento 1.034/2011, do Senador José Sarney, destinada a elaborar anteprojeto de Código Penal*. Brasília: Secretaria Geral da Mesa, 2012.
- BRITO, Lemos. *O crime e os criminosos na literatura brasileira*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1946.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes de. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I.
- CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os direitos do Índio – Ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- _____. *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- _____. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.
- CASTEJÓN, Federico (org.). *Estudio jurídico penal y penitenciario del Indio – Trabajos preparatórios, ponencias, debates y acuerdos del II Congreso Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano y Filipino – São Paulo, Brasil, 19-25 Enero 1955*. Madrid: Cultura Hispanica, 1956.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O projeto de lei do Senado 156/2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 55-66, Brasília: Senado Federal, 2009.

- CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas. *Revista Jurídica* 316/82-97 (fev. 2004).
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal* – Parte geral. Florianópolis: Conceito, 2012.
- CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2004.
- _____. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*. Trad. Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2003.
- COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO (CPI). Índios: direitos históricos. *Cadernos da Comissão Pró-Índio*, n. III, São Paulo, 1982.
- COMITÊ ESTADUAL DE DIREITO À VERDADE, À MEMÓRIA E À JUSTIÇA DO AMAZONAS. *A ditadura militar e o genocídio do povo Waimiri-Atroari: “por que kamnã matou kiña?”*. Campinas: Curt Nimuendajú, 2014.
- CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). *Outros 500: construindo uma nova história*. São Paulo: Salesiana, 2001.
- _____. *Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil* – Dados de 2010. Brasília: CIMI, 2011.
- _____. *Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil* – Dados de 2013. Brasília: CIMI, 2014.
- CORACINI, Celso Eduardo Faria. A antropologia criminal no Brasil nas obras de Cândido Nogueira da Motta e Raimundo Nina Rodrigues. *RBCCrim*, v. 41, p. 179-205, ano 11, jan.-mar./2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. *Curso básico de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- COSTA JR., Paulo José da. *Código Penal comentado*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. Salvador: Jus Podium, 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu; DANTAS, Beatriz Góis. *Terra dos índios Xocó: estudos e documentos*. São Paulo: [s/ed], 1980.

- DAVIS, Shelton H. *Vítimas do milagre: o desenvolvimento e os índios do Brasil*. Trad. Jorge Alexandre Faure Pontual. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ELBERT, Carlos Alberto. *Criminologia, ciência e mudança social*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.
- ESTEFAM, André. *Direito penal 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRI, Enrico. *Studi sulla criminalità ed altri saggi*. Torino: Fratelli Bocca, 1901.
- _____. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.
- FILHO, Lacerda; PEIXOTO, Rodrigues. Contribuições para o estudo anthropologico das raças indígenas do Brazil. *Arquivos do Museu Nacional do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Museu Nacional do Rio de Janeiro, 1876. v. 1. p. 47-75.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, t. II: arts. 11 ao 27.
- FRANCO, Affonso Arinos de Mello. *O índio brasileiro e a revolução francesa – As origens brasileiras da teoria da bondade natural*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1937.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969. t. I.
- GAROFALO, R. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1925.
- GARZÓN, Biviany Rojas (org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.

- GONZAGA, João Bernardino. *O direito penal indígena: à época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, s.d.
- GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008.
- GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (org.). *Índios no Brasil*. São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura de São Paulo, 1992.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Org. Richard Tuck. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- HORTA BARBOSA, Luís Bueno. O problema indígena do Brasil. Publicação n. 88 da “Comissão Rondon”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, t. 2.º (arts. 11 a 27).
- ISA – Instituto Socioambiental. *Povos indígenas no Brasil: 2001-2005*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.
- JENNINGS, Francis. *The invasion of America: indians, colonialism and the cant of conquest*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1975.
- JESUS, Damásio de. *Código Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda (orgs.). *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.
- JURUNA, Mário; HOHLFELDT, Antonio; HOFFMANN, Assis. *O gravador do Juruna*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982.
- KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.
- KOERNER, Andrei (org.). *História da Justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCrim, 2006.
- LACERDA, Rosane. *Os povos indígenas e a Constituinte – 1987/1988*. Brasília: CIMI, 2008.
- LAPLANTINE, François. *Aprender antropologia*. Trad. Marie-Agnès Chauvel. São Paulo: Brasiliense, 2009.
- LEÃO, Laurindo. *Estudos de philosophia do direito: 1.ª parte – Introdução ao estudo das sciencias do direito*. Recife: Imprensa Industrial, 1904.

- _____. A questão da responsabilidade. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, ano XXI, p. 3-66, Pernambuco: Imprensa Industrial, 1913.
- LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de código penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades – edição especial – Reforma do Código Penal*. São Paulo: IBCCrim, 2012.
- LINS, Ivan. *História do positivismo no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967.
- LOUREIRO, Osman. *A reforma penal no Brasil*. Maceió: Casa Ramalho, 1955.
- LYRA, Roberto. *Direito penal normativo*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.
- MACHADO, Alcântara. O Projeto do Código Criminal perante a crítica. *RF*, v. LXXX, p. 290-317, ano XXXVI, Rio de Janeiro: Papellaria Record Ltda.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *A culpabilidade no direito penal contemporâneo*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MARTIUS, Carlos Frederico von. *O direito entre os indígenas do Brasil*. Trad. Amaral Gurgel. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, [1938?].
- MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- MAXWELL, Kenneth. *Marquês de Pombal: paradoxo do iluminismo*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- MENDES JR., João. *Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MONTAIGNE, Michel de. *Ensaio: livro I*. Trad. Sérgio Milliet. Coleção *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1972.
- NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

- NIZZA DA SILVA, Maria Beatriz (org.). *Nova história da expansão portuguesa: o império luso-brasileiro (1750-1822)*. Portugal: Estampa, 1986.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: v. I (introdução e parte geral)*. São Paulo: Saraiva, 1959.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Código Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Guilherme Percival de. *Estados afetivos e imputabilidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958.
- OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo*. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Paralelo 15, 2006.
- OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. *Ensaio em antropologia histórica*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.
- OLMO, Rosa Del. *A América Latina e sua criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzshon. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- OTÁVIO, Rodrigo. *Os selvagens americanos perante o direito*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1946.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Método, 2008. v. I.
- PEIXOTO, Rodrigues. Novos estudos craniológicos sobre os botocudos. *Arquivos do Museu Nacional do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Museu Nacional do Rio de Janeiro, 1876. v. 6, p. 205-256.
- PEREIRA, Virgílio de Sá. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil* – Projecto apresentado ao Governo pelo Desembargador Virgilio de Sá Pereira. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928.
- PESAVENTO, Sandra Jatahy. *Visões do cárcere*. Porto Alegre: Ed. Zouk, 2009.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PIMENTA, José; SMILJANIC, Maria Inês (orgs.). *Etnologia indígena e indigenismo*. Brasília: Positiva, 2012.

- POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. *Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth*. São Paulo: Unesp, 2011.
- PREZIA, Benedito. *Marçal Guarani: a voz que não pode ser esquecida*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. Jurisdição penal indígena. *Boletim IBCCrim*, ano 23, n. 266, p. 8-9, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015.
- QUIJANO, Anibal. *Cuestiones y Horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2014.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. v. 66, ano 17, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1928.
- _____. v. 694, ano 82, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. v. 746, ano 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. v. 775, ano 89, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. v. 787, ano 90, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. v. 797, ano 91, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- REZENDE, Guilherme Madi. *Índio – Tratamento jurídico-penal*. Curitiba: Juruá, 2009.
- _____. Índio é índio. *Boletim IBCCrim*, ano 18, n. 222, p. 9, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011.
- RIBEIRO, Darcy. *Matira*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1983.
- _____. *Os índios e a civilização: a integração dos povos indígenas no Brasil moderno*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- _____. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- RIBEIRO, João. *História do Brasil: curso superior*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1935.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito penal – Curso completo: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- ROBERT, Philippe. *Sociologia do crime*. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007.
- RODRIGUES, José Honório. *Teoria da história do Brasil (introdução metodológica)*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.
- RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil: com um estudo do Professor Afrânio Peixoto*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1894.
- RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Fundamentos e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010.
- ROQUETTE-PINTO, E. *Rondonia*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935.
- SÁ, Geraldo Ribeiro de. *A prisão dos excluídos: origens e reflexões sobre a pena privativa de liberdade*. Juiz de Fora: Editora da Universidade Federal de Juiz de Fora, 1996.
- SACCO, Rodolfo. *Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: Senac, 2000.
- SANTILLI, Marcos. *Aré*. São Paulo: Sver & Boccato Editores Ltda., 1987.
- SANTOS, Silvio Coelho dos (org.). *O índio perante o direito*. Florianópolis: UFSC, 1982.
- SCHMIDT, Max. *Estudos de etnologia brasileira – Peripécias de uma viagem entre 1900 e 1901. Seus resultados etnológicos*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.
- SIQUEIRA, José Prudente. *A imputabilidade e a responsabilidade criminais*. Rio de Janeiro: Jacynto, 1938.
- SILVA, Cristhian Teófilo da; LIMA, Antonio Carlos de Souza; BAINES, Stephen Grant (orgs.). *Problemáticas sociais para sociedades plurais: políticas indigenistas, sociais e de desenvolvimento em perspectiva comparada*. São Paulo: Annablume; Distrito Federal: FAP-DF, 2009.
- _____. *The astonishing resilience: ethnic and legal invisibility of Indigenes from a Brazilian perspective*. Vibrant, 2007. v. 4, n. 2, p. 97-115.
- SIQUEIRA, José Prudente. O problema da imputabilidade no Projeto Alcantara Machado. *Revista Forense*, ano XXXVI, v. LXXX, p. 276-289, Rio de Janeiro: Papelaria Record.

- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2004.
- _____. (org.). *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 1992.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colegio de México, 1988.
- TALENTO, Aguirre. Funai vai mapear número de índios presos no Brasil. *Folha de S. Paulo. Caderno Poder*. Data: 07.10.2014.
- TAVARES, Juarez (coord.). *Revista da EMERJ*, v. 15, n. 60. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TÓRTIMA, Pedro. *Crime e castigo para além do Equador*. Belo Horizonte: Inédita, 2002.
- VAREJÃO, Marcela. João Vieira de Araújo (1844-1923): paradigmas italianos na Faculdade de Direito do Recife e um “comentário antecipado” à legislação penal em 1901. *Revista Jurídica*, v. 16, p. 69-96, n. 1. Campinas: PUCcamp, 2000.
- VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (orgs.). *Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013.
- VIANNA, Oliveira. *Povos meridionais do Brasil: história, organização, psicologia*. 1.º vol. *Povos rurais do Centro-sul: paulistas, fluminenses, mineiros*. 4. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.
- VILLARES, Luiz Fernando (coord.). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2011.
- VILLAS BÔAS, Orlando. *Orlando Villas Bôas: história e causas*. São Paulo: FTD, 2005.
- _____; VILLAS BÔAS, Cláudio. *Xingu: os índios, seus mitos*. São Paulo: Círculo do Livro, 1970.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando (org.). *Orlando Villas Bôas: expedições, reflexões e registros*. São Paulo: Metalivros, 2006.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tobias Barreto y la critica de Nina Rodrigues. *Anais do Forum Internacional de direito penal comparado: comemoração dos 380 anos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia*. Salvador: TJB, 1989.
- _____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- _____. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- _____. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012.

Legislação consultada

- Código Civil – Lei 3.071, de 01.01.1916.
- Código Penal – Dec. 847, de 11.10.1890.
- ____ – Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940.
- ____ – Lei 7.209, de 11.07.1984 (Parte Geral).
- Código de Processo Penal – Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941.
- Consolidação das Leis Penais – Dec. 22.213, de 14.12.1932.
- Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16.07.1934.
- Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10.11.1937.
- Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18.09.1946.
- Constituição da República Federativa do Brasil, de janeiro de 1967.
- Constituição da República Federativa do Brasil, de 10.10.1988.
- Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais – Dec. 5.051, de 19.04.2004.
- Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio da Organização das Nações Unidas – Dec. 30.822, de 06.05.1952.
- Dec. do Poder Legislativo 5.484, de 27.06.1928.
- Estatuto do Índio – Lei 6.001, de 19.12.1973.

Páginas da Internet consultadas

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Censo 2010. Dados sobre os povos indígenas. Disponível em: <<http://indigenas.ibge.gov.br/>>.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (Depen) – Sistema de Informações Penitenciárias (Infopen). Disponível em: <<http://www.infopen.gov.br>>.

_____. Ministério Público Federal. 6.^a Câmb. de Coordenação e Revisão. Grupo de Trabalho – Violações dos Direitos dos Povos Indígenas e Regime Militar. *Relatório Figueiredo*. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/#&panel1-3>>.

_____. STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. TJAC. Disponível em: <<http://www.tjac.jus.br>>.

_____. TJAL. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br>>.

_____. TJAP. Disponível em: <<http://www.tjap.jus.br>>.

_____. TJAM. Disponível em: <<http://www.tjam.jus.br>>.

_____. TJBA. Disponível em: <<http://www.tjba.jus.br>>.

_____. TJCE. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br>>.

_____. TJDF e Territórios. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>.

_____. TJES. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br>>.

_____. TJGO. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br>>.

_____. TJMA. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br>>.

_____. TJMT. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br>>.

_____. TJMS. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br>>.

_____. TJMG. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>.

_____. TJPA. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br>>.

_____. TJPB. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br>>.

_____. TJPR. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>.

_____. TJPE. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br>>.

_____. TJPI. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br>>.

- _____. TJRJ. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>.
- _____. TJRN. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br>>.
- _____. TJRS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>.
- _____. TJRO. Disponível em: <<http://www.tjro.jus.br>>.
- _____. TJRR. Disponível em: <<http://www.tjrr.jus.br>>.
- _____. TJSC. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>.
- _____. TJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.
- _____. TJSE. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br>>.
- _____. TJTO. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br>>.
- _____. TRF1. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>.
- _____. TRF2. Disponível em: <<http://www.trf2.jus.br>>.
- _____. TRF3. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>.
- _____. TRF4. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>.
- _____. TRF5. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>.
- ISA – Instituto Socioambiental. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/>>.

Anexos



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Mestrado em Direito, Estado e Constituição

FORMULÁRIO PARA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

Fonte de pesquisa			
TJ Tribunal de Justiça	TRF Tribunal Regional Federal	STJ Superior Tribunal de Justiça	STF Supremo Tribunal Federal
Estado:	Região:		

Peça processual analisada								
Agravo em exe- cução	Apelação	Conflito de com- petência	Embargos	<i>Habeas corpus</i>	Mandado de segu- rança	Recurso em senti- do estrito	Recurso extraor- dinário	Revisão criminal
Nº	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº

Dados processuais					
Recorrente/paciente					
Recorrido/coator					
Órgão julgador					
Data da decisão		Data de publicação		Data da análise	
Fonte:					

Dados relacionados à acusação e defesa técnica					
Indígena	Etnia:			Réu	Vítima
Crime imputado		Doloso	Culposo	Tentado	Consumado
Circunstâncias do crime					
Pedido da defesa		Pedido da acusação			
Decisão					

Análise da culpabilidade do paciente ou recorrente					
Critério utilizado	Imputabilidade		Consciência potencial da ilicitude		Inexigibilidade de conduta diversa
Grau de integração	Isolado		Em vias de integração		Integrado
Identidade indígena	Laudo antropológico				
Circunstância do contato interétnico					
Termos recorrentes					
Estatuto do Índio	Atenuante de pena (art. 56, <i>caput</i>)	Regime especial de semiliberdade (art. 56, § 1º)	Aplicação de sanções penais pelo grupo (art. 57)		Crimes contra indígenas (art. 58 e 59)
Jurisprudência/doutrina					

Observações finais

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS DA REGIÃO NORTE

Peças processuais				
UF	Recurso de apelação	Incidente de desaforamento	<i>Habeas corpus</i>	Recurso em sentido estrito
AC	Ap. 2.778-0/09 Ap. 2.801-2/09		HC 4.685-2/09 HC 1.044-02/13 HC 1.032-85/13 HC 2.120-4/08	
AP	Ap. 2.078-28/13			
PA		Des. 13.695/13	HC 11.670-4/12	
RO	Ap. 68.661/04 Ap. 206.866-56/04		HC 92.477/03 HC 5.172-85/10 HC 5.051-52/13 HC 1.418-38/10	RESE 54.765-43/02 RESE 8.129/10
RR	Ap. 428-3/10 Ap. 207-9/11 Ap. 38-2/09 Ap. 331-9/10 Ap. 37.732/02 Ap. 646-4/10 Ap. 374-5/11 Ap. 257-2/11			
TO	Ap. 3.970/09		HC 3.971/14 HC 5.820-85/14	
28 casos	14 casos	1 caso	11 casos	2 casos

Pleitos defensivos mencionados nos julgados					
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional	
AC		Ap. 2778/09 Ap. 2801/09	HC 2120/08 HC 4685/09		
AP		Ap. 2078/13			

Pleitos defensivos mencionados nos julgados						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
PA			HC 11670/12			
RO	RESE 54765/02 HC92477/03	Ap. 206866/04	HC 1418/10	HC 5051/13	RESE 8129/10 RESE 54765/02 Ap. 68661/04	RESE 54765/02 HC 5172/10
RR		Ap. 207/11 Ap. 331/10 Ap. 428/10		Ap. 257/11 Ap. 331/10 Ap. 646/10	Ap. 38/09 Ap. 428/10 Ap. 374/11	Ap. 37732/02
TO				HC397/14 HC5820/14	Ap. 3970/09	
31 (total)	2 ocorrências	7 ocorrências	4 ocorrências	6 ocorrências	7 ocorrências	3 ocorrências

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS DA REGIÃO NORDESTE

Peças processuais				
UF	Recurso de apelação	Incidente de desaforamento	<i>Habeas corpus</i>	Recurso em sentido estrito
AL	Ap. 538/09			
BA	Ap. 58/03		HC 36.557/07 HC 315.424/12	
MA	Ap. 26.452/05 Ap. 16.175/99 Ap. 11.339/08 Ap. 16.661/99 Ap. 25.366/05 Ap. 33.438/11 Ap. 15.066/01 Ap. 824.320/01 Ap. 645.220/05			

Peças processuais				
UF	Recurso de apelação	Incidente de desaforamento	<i>Habeas corpus</i>	Recurso em sentido estrito
PE	Ap. 92.655/03 Ap. 193.681/10 Ap. 138.287/11 Ap. 225.870/12 Ap. 112.110/05 Ap. 214.622/12		HC304.934/13 HC60.325/00 HC211.820/10	
RN	Ap. 8.607/08			
25 casos	20 casos	--	5 casos	--

Pleitos defensivos mencionados nos julgados						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
AL				Ap. 538/09		
BA	HC36.557/07	Ap. 58/03		Ap. 58/03 HC315.424/12		
MA	Ap. 16.661/99 Ap. 15.066/01 Ap. 16.175/99 Ap. 8.243/01 Ap. 645.220/05	Ap. 16.661/99 Ap. 8.243/01 Ap. 26.452/05 Ap. 11.339/08		Ap. 26.452/05 Ap. 16.175/99 Ap. 11.339/08 Ap. 16.661/99 Ap. 25.366/05 Ap. 15.066/01	Ap. 26.452/05	Ap. 33.438/11
PE		HC60.325/00 Ap. 138.287/11 Ap. 214.622/12 HC304.934/13		Ap. 193.681/10 Ap. 138.287/11 Ap. 225.870/12 Ap. 112.110/05 HC304.934/13 HC211.820/10		Ap. 92.655/03
RN				Ap. 8.607/08	Ap. 8.607/08	
		9 ocorrências	--			2 ocorrências

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS DA REGIÃO CENTRO-OESTE

Peças processuais julgadas nos tribunais de justiça estaduais sobre criminalização de indígenas								
UF	Recurso de apelação	Ação revisional	Agravo em execução	CC	IncDes.	<i>Habeas corpus</i>	MS	Recurso em sentido estrito
DF	Ap. 703584/85					HC 449587/87 HC 456587/87 HC 447687/87		
GO	Ap. 35131/07					HC 22830/04 HC 32728/13 HC 29636/09		
MT	Ap. 16845/09 Ap. 97.811/09				IncDes 125503/12	HC 112592/08 HC 11927/05 HC 34025/02 HC 46270/08 HC 72411/11 HC 32301/12 HC 10389/05 HC 4833/00 HC 23179/02 HC 31032/04 HC 37773/05		RESE 22588/10 RESE 31775/11 RESE 37820/05 RESE 13018/02

Peças processuais julgadas nos tribunais de justiça estaduais sobre criminalização de indígenas								
UF	Recurso de apelação	Ação revisional	Agravo em execução	CC	IncDes.	Habeas corpus	MS	Recurso em sentido estrito
MS	Ap. 12550/06							
	Ap 2961/08							
	Ap 20291/11							
	Ap. 26559/08							
	Ap. 31.253/09					HC 34694/08		
	Ap. 8.909/04					HC 27.251/10		RESE 5374/01
	Ap 29266/04					HC 6.293/08		RESE 4366/04
	Ap. 5359/01					HC 34700/08		RESE 3065/06
	Ap. 3003/07		AgEx. 10.379/06			HC 27018/06	MS 6172/13	RESE 11588/03
	Ap. 22938/07	Rev. 23570/11	AgEx 12031/10	CC 35528/10		HC 25932/08	MS 4155/13	RESE 746/11
	Ap. 37068/08					HC 25925/08		RESE 34603/08
	Ap. 1001/09					HC 16043/07		RESE 7375/01
	Ap. 6066/09					HC 3098/08		RESE 16017/05
	Ap. 20012/09					HC 8248/06		
	Ap. 32764/09					HC9917/12		
	Ap. 21762/08							
	Ap. 4/10							
	Ap. 11024/10							
	Ap. 17419/05							

Peças processuais julgadas nos tribunais de justiça estaduais sobre criminalização de indígenas								
UF	Recurso de apelação	Ação revisional	Agravo em execução	CC	IncDes.	Habeas corpus	MS	Recurso em sentido estrito
	Ap. 14012/08							
	Ap. 6552/01							
	Ap. 14.887/08							
	Ap. 7.304/09							
	Ap. 16685/09							
	Ap. 29472/09							
	Ap. 19022/10							
	Ap. 2630/11							
	Ap. 17955/11							
	Ap. 14006/08							
	Ap. 27720/07							
	Ap. 10704/05							
	Ap. 12398/04							
	Ap. 8600/04							
	Ap. 2902/10							
86	39 casos	1 caso	2 casos	1 caso	1 caso	2 8 casos	2 casos	12 casos

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

REGIÃO CENTRO-OESTE

Pleitos defensivos mencionados nos julgados dos tribunais de justiça estaduais sobre criminalização de indígenas						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
DF				HC 449587/87 HC 456587/87 HC 447687/87		Ap 703584/85
GO			HC 32728/13		HC22830/04	HC 29636/09 Ap. 35131/07
MT	IncDes 125503/12 RESE 37820/05		HC 23179/02 RESE 13018/02 HC 31032/04 HC 37773/05	HC72411/11 Ap. 16845/09 HC32301/12 Ap. 97.811/09 HC10389/05 HC4833/00	HC 112592/08 HC11927/05 HC34025/02 HC46270/08 RESE 22588/10 RESE 31775/11	
MS	HC9.917/12 CC 35.528/10 Ap. 14.012/08 HC8.248/06 Ap. 17.419/05 RESE 16.017/05 RESE 7.375/01	Ap. 8.600/04 Ap.12.398/04 Ap. 10704/05 Ap. 27.720/07 Ap. 14.006/08 Ap. 17.955/11 Ap. 2.630/11 Ap. 19.022/10	Ap. 2902/10 Ap. 31.253/09	AgEx. 21790/10 AgEx. 12031/10 HC 16.043/07 HC 25.925/08 HC 25.932/08 Ap. 26.559/08 HC27.018/06	Ap. 11.024/10 Ap. 4/10 HC 3.098/08 Ap. 21.762/08 Ap. 32.764/09 Ap. 20.012/09 Ap. 6.066/09	

Pleitos defensivos mencionados nos julgados dos tribunais de justiça estaduais sobre criminalização de indígenas						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
		Ap. 29.472/09 Ap. 16.685/09 Ap. 7.304/09 Ap. 14.887/08 Ap. 6.552/01		Ap. 20.291/11 HC 34.700/08 Ap. 29.621/08 AgEx. 10379/06 HC 6.293/08 HC 27.251/10 Ap. 12.550/06 HC 34.694/08	Ap. 1.001/09 Ap. 37.068/08 Ap. 22.938/07 Ap. 3.003/07 Ap. 5.359/01 Ap. 29.266/04 Rev. 23.570/11 RESE 34603/08 RESE 746/11 RESE 11588/03 RESE 3065/06 RESE 4.366/04 MS 4.155/13 RESE 5.374/01 MS 6172/13 Ap. 8.909/04	
78 (total)	9 ocorrências	13 ocorrências	7 ocorrências	24 ocorrências	30 ocorrências	3 ocorrências

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS DA REGIÃO SUDESTE

Peças processuais					
UF	Recurso de apelação	Agravo em execução	<i>Habeas corpus</i>	Ação revisional	Recurso em sentido estrito
ES			HC37.270/06		
MG	Ap. 357.610/07	AgEx. 9341/13			RESE 348032/00
SP	Ap. 154.136/10 Ap. 27.069/10 Ap. 436.526/10		HC569.516/10 HC410.606/00 HC446.893/10	Rev. 149449/11	
11 casos	4 casos	1 caso	4 casos	1 caso	1 caso

Pleitos defensivos mencionados nos julgados						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
ES	HC 37.720/06					
MG	RESE 348032/00			AgEx. 9341/13		Ap. 357.610/07
SP			HC 446.893/10	HC 569.516/10 HC 410.606/00 Ap. 27.069/10 Ap. 436.526/10	Rev. 149449/11 Ap. 154.136/10	
11 (total)	2 ocorrências	--	1 ocorrência	5 ocorrências	2 ocorrências	1 ocorrência

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS DA REGIÃO SUL

Peças processuais					
UF	Agravo em execução	Recurso de apelação	<i>Habeas corpus</i>	Recurso em sentido estrito	Recurso <i>ex officio</i>
PR		Ap. 431.484-7 Ap. 322.956-7 Ap. 329.435-1 Ap. 630.700-6	HC 100.229-7 HC 135.796-2 HC 212.091-6	RESE 481.804-4 RESE 80.391-0 RESE 143.145 RESE 92.978-8 RESE 306-076-4 RESE 882.428-8 RESE 126.641-3 RESE 133.057-2	RexOf 313.024
RS	AgEx 261.156	Ap. 78.897 Ap. 579.356 Ap. 218.563 Ap. 368.583 Ap. 888.044 Ap. 678.967 Ap. 460.953 Ap. 82.525 Ap. 657.099 Ap. 807.807	HC 200.291 HC 608.796 HC 610.484 HC 295.333 HC 154.885 HC 879.750 HC 55.055 HC 254.419		
SC		Ap. 4.686-3 Ap. 52.257-6 Ap. 55.821-0 Ap. 26.621-9 Ap. 697-4 Ap. 70.627-1 Ap. 2.890-0 Ap. 3.035-2 Ap. 21.310-1 Ap. 5.160-8 Ap. 631-0 Ap. 34.401-9 Ap. 97.271-2	HC 11.441-6 HC 148-0 HC 86.040-6	RESE 2.264-3 RESE 8.618 RESE 62.879-9 RESE 4.375-1 RESE 135-1 RESE 21.590-2 RESE 22.927-2	

Peças processuais					
UF	Agravo em execução	Recurso de apelação	<i>Habeas corpus</i>	Recurso em sentido estrito	Recurso <i>ex officio</i>
		Ap. 26.496-8 Ap. 13.123-2 Ap. 45.307-2 Ap. 60.232-0 Ap. 62.670-8 Ap. 37.477-8 Ap. 86.669-7			
65 casos	1 caso	34 casos	14 casos	15 casos	1 caso

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

REGIÃO SUL

Pleitos defensivos mencionados nos julgados						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
PR	Ap. 329.435-1	Ap. 630.700-6		RexOf 313.024	HC 100.229-7	RESE 481.804-4
	Ap. 322.956-7	HC 212.091-6		HC 135.796-2	RESE 92.978-8	RESE 80.391-0
	RESE 143.145-0			RESE 143.145	RESE 306.076	HC 100.229-7
	RESE 126.641-3				RESE 143.145	RESE 92.978-8
	RESE 133.057-2				RESE 882.428	
					RESE 80.391-0	
					Ap. 431.484-7	
					Ap. 322.956-7	
					Ap. 329.435-1	

Pleitos defensivos mencionados nos julgados						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
RS	Ap. 368.583	AgEx	HC254.419		Ap. 78.897	Ap. 82.525
	Ap. 888.044	261.156	Ap. 807.807		Ap. 579.356	Ap. 657.099
	Ap. 678.967	Ap. 460.953			Ap. 218.563	HC55.055
	HC200.291	HC879.750				
	HC608.796					
	HC610.484					
	HC295.333					
	HC154.885					
SC	Ap. 21.310-1		Ap. 37.477-8	HC11.441-6	RESE 2.264-3	Ap. 52.257-6
	Ap. 5.160-8		Ap. 86.669-7		RESE 8.618	Ap. 62.670-8
	Ap. 631-0				RESE 62.879-9	HC86.040-6
	Ap. 34.401-9				Ap. 4.686-3	
	Ap. 97.271-2				Ap. 52.257-6	
	Ap. 26.496-8				Ap. 26.496-8	
	Ap. 52.257-6				Ap. 55.821-0	
	Ap. 13.123-2				Ap. 26.621-9	
	Ap. 45.307-2				Ap. 697-4	
	Ap. 60.232-0				Ap. 70.627-1	
	HC148-0				Ap. 2.890-0	
	RESE 2.264-3				Ap. 3.035-2	
	RESE 4.375-1					
	RESE 135-1					
	RESE 21.590-2					
	RESE 22.927-2					
77 (total)	29 ocorrências	5 ocorrências	4 ocorrências	4 ocorrências	25 ocorrências	10 ocorrências

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Peças processuais				
TRF	Recurso de apelação	Incidente de desaforamento	<i>Habeas corpus</i>	Recurso em sentido estrito
1.ª Região	Ap. 1010/03 Ap. 49.688/01		HC 17.109/03 HC 55.226/12 HC 55.226/12	RESE 2.875/00
2.ª Região				RESE 53.000/02
3.ª Região	Ap. 55.328/12		HC 46.201/98 HC 6.958/98	RESE 927/98 RESE 2.444/00 RESE 3.111/02
4.ª Região	Ap. 216/06 Ap. 1.818/04 Ap. 8.674/06 Ap. 4.103/03 Ap. 4.104/03 Ap. 4.056/07 Ap. 2.704/09 Ap. 30.716/93		HC 19.397/12 HC 22.081/99	RESE 1.108/03 RESE 2.788/06
5.ª Região	Ap. 8.114/12 Ap. 9.546/13 Ap. 8.928/13 Ap. 8.838/13 Ap. 10822/14 Ap. 5.802/09 Ap. 5.995/11 Ap. 6.224/11 Ap. 6.953/11 Ap. 5.818/09		HC 1.658/03	RESE 1.344/10
37 casos	21 casos	--	8 casos	8 casos

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Pleitos defensivos mencionados nos julgados						
TRF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
1. ^a Região	RESE 2.875/00	Ap. 49.688/01		Ap. 49.688/01	HC 17.109/03 HC 55.226/12 Ap. 1010/03	
2. ^a Região	RESE 53.000/02					
3. ^a Região	HC 46.201/98 HC 6.958/98 RESE 2.444/00 RESE 3.111/02 RESE 6.287/10	Ap. 55.328/12				RESE 927/98
4. ^a Região	RESE 2.788/06	Ap. 30.716/93	HC 19.397/12 HC 22.081/99	Ap. 30716/93	Ap. 216/06 Ap. 1.242/01 Ap. 1.818/04 Ap. 8.674/06 Ap. 4.103/03 Ap. 4.104/03 Ap. 4.056/07 Ap. 2.704/09 RESE 1.108/03	
5. ^a Região	RESE 1.344/10 HC 1.658/03	Ap. 8.114/12 Ap. 9.546/13 Ap. 8.928/13 Ap. 8.838/13 Ap. 10822/14		Ap. 5.802/09		

Pleitos defensivos mencionados nos julgados						
TRF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
		Ap. 5.995/11 Ap. 6.224/11 Ap. 6.953/11 Ap. 5.818/09				
40 (total)	10 ocorrências	12 ocorrências	2 ocorrências	3 ocorrências	12 ocorrências	1 ocorrência

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Peças processuais					
UF	Agravo em recurso especial	Incidente de conflito de competência	<i>Habeas corpus</i>	Mandado de segurança	Recurso especial
AC		CC 21.794	HC 87.422		
AM		CC 93.120		MS 30.675	
BA			HC 124.827 HC 55.792		
ES			HC 24.732		
MA		CC 8.733-3	HC 30.113 HC 22.834 HC 30.113 HC 25.003 HC 9.511		REsp 792.256
MT		CC 6.419-8 CC 43.413 CC 39.389			

Peças processuais					
UF	Agravo em recurso especial	Incidente de conflito de competência	<i>Habeas corpus</i>	Mandado de segurança	Recurso especial
MS		CC 29.093 CC 43.328 CC 30.022 CC 93.000	HC88.853 HC243.794 HC35.227 HC9.856 HC65.898 HC88.853		
MG		CC 21.968			
PA			HC9.403		
PR		CC 101.569 CC 35.073			
PE	AgREsp 136.948		HC 124.622 HC34.683		
RS		CC 35.489	HC32.214 HC33.392 HC9.826		
RO		CC 99.406 CC 43.155			
RR			HC5.359-30		
SC		CC 52.194			REsp 1.129.6637
TO		CC 37.665 CC 33.303 CC 123.016			
46 casos	1 agravo regimental	20 incidentes de conflito de competência	22 <i>habeas corpus</i>	1 mandado de segurança	2 recursos especiais

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

Pleitos defensivos mencionados						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
AC	HC 87.422 CC 21.794					
AM	CC 93.120					MS 30.675
BA	HC 124.827 HC 55.792					
ES	HC 24.732					
MA	HC 9.511 CC 8.733-3	HC 30.113 HC 22.834		HC 22.834 HC 30.113	HC 25.003	REsp 792.256
MT	CC 6.419-8 CC 43.413 CC 39.389					
MS	HC 35.227 HC 9.856 HC 65.898 CC 29.093 CC 43.328 CC 30.022 CC 93.000	HC 88.853		HC 88.853	HC 243.794	
MG	CC 21.968					
PA					HC 9.403	
PR	CC 101.569 CC 35.073					
PE	HC 34.683	AgREsp 136.948		HC 124.622 AgREsp 136.948		
RS	HC 32.214 HC 33.392 HC 9.826 CC 35.489					

Pleitos defensivos mencionados						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
RO	CC 99.406 CC 43.155					
RR					HC5.359-30	
SC	CC 52.194				REsp 1.129.637	
TO	CC 37.665 CC 33.303 CC 123.016					
48 (total)	32 ocorrências	4 ocorrências	--	5 ocorrências	5 ocorrências	2 ocorrências

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Peças processuais				
UF	Recurso extraordinário	Agravo regimental no agravo de instrumento	Habeas corpus	Mandado de segurança
AP		AgRegAl 496.653/05		
MA			HC84.308/05 HC85.198/05	
MT			HC81.827/02	
MS	Rex. 263.010/00		HC71.835/95	
MG			HC64.476/86	
PA			HC79.530/99	
PE			HC85.737/06	
PR	Rex 419.528/06			
RR	Rex 351.487/06			
SP			HC45.349/69	
12 casos	3 casos	1 caso	8 casos	--

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF

Pleitos defensivos mencionados						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
AP	AgRegAI 496.653/05					
MA					HC84.308/05 HC85.198/05	
MT	HC81.827/02					
MS	HC71.835/95 Rex. 263.010/00					
MG					HC64.476/86	
PA					HC79.530/99	
PE	HC85.737/06					
PR	Rex 419.528/06					
RR	Rex 351.487/06					
SP					HC45.349/69	
12 (total)	7 ocorrências	--	--	--	5 ocorrências	--

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

Imagem 4
DECLARAÇÃO DE ATAYDE PEREIRA DOS SANTOS
À 6ª INSPETORIA DO SPI

DECLARAÇÃO 1742

EU, ATAYDE PEREIRA DOS SANTOS, brasileiro, residente nesta capital, de livre e espontânea vontade, compareci a 6ª. Inspeção do Serviço de Proteção aos Índios, na presença do Sr. Sr. João Baptista Ferreira Filho, chefe da Inspeção, declarei fatos que se relacionam com a expedição levada a efeito com a finalidade de matar os índios chamados Cinta Larga, que desta expedição resultou a morte de vários índios, mortos a tiros, quando estes estavam no trabalho de fazeres suas moradias, a margem do Rio Aripuanã.

Que ainda no regresso da viagem que empreendemos atrás dos que conseguimos escapar, encontramos uma índia e um menino índio, que tinham fôrças mortas, a mulher foi lbe amarrada as pernas e cortada ao meio por facção, e o menino atirado na cabeça.

A expedição teve como guia e responsável pelo serviço e indivíduo de nome CHICO LUIZ, e mais 4 (quatro) companheiros de nome, MANOEL, RUIZINO e RODRIGUES.

Darei a expedição cerca de cinquenta e tantos dias, que, da frente a viagem nos foi fornecido alimentos e munições, pelo avião tipo Cessna 190, de cor azul, pilotado por um piloto de nome Renato ou Renato.

Declarando ainda, que a expedição foi organizada pelo Marinheiro Antonio Junqueira, que contratou os serviços dos componentes da expedição.

Que as armas usadas foram, pistola calibre 45, revólveres e metralhadoras.

Em cumprimento as ordens recebidas, fizeti encargo de matar o Capitão, o que foi feito e o Chico Luiz, metralhou outros índios sendo acompanhados pelos demais.

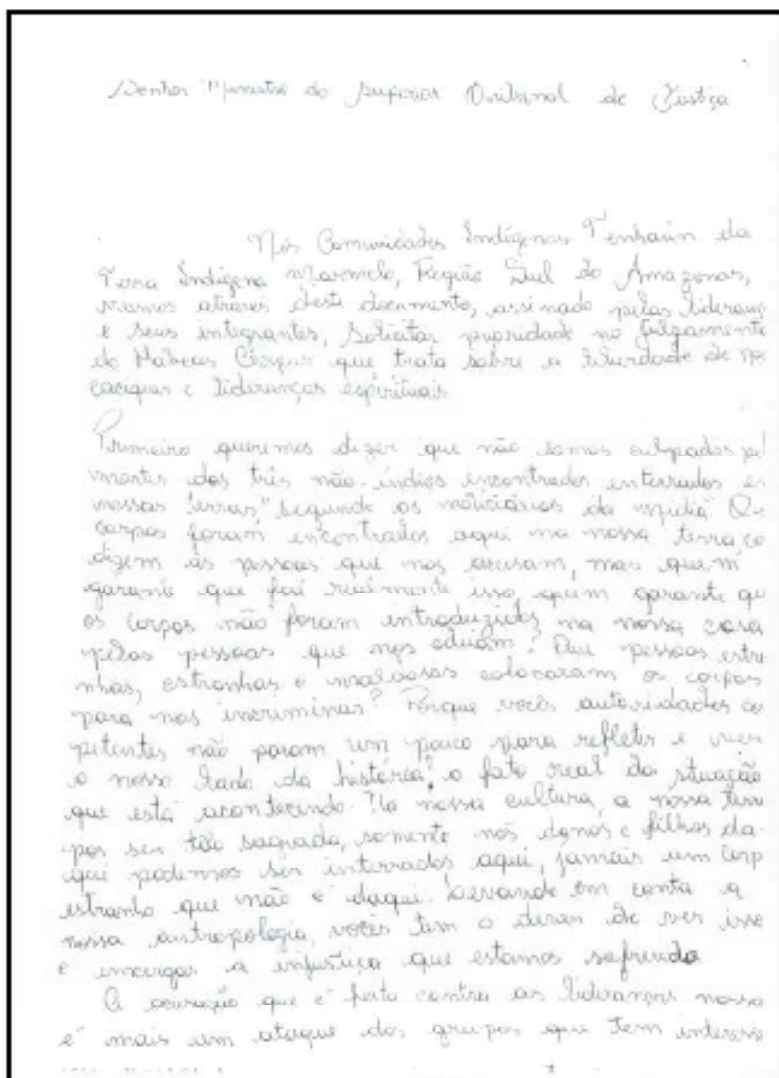
Coloco-me ao dispor das autoridades para maior esclarecimento.

Quinta 7/Dezembro/1963

Atayde Pereira dos Santos

Legenda: Microfilme 235_01786: Declaração de Atayde Pereira dos Santos à 6.ª Inspeção do Serviço de Proteção aos Índios [1963]. (Fonte: Acervo do MUSEU DO ÍNDIO).

Imagem 5
CARTA DOS INDÍGENAS TENHARIM
AO MINISTRO DA JUSTIÇA



Fonte: Acervo do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2014.

querem nos destruir, para usufruir de nossas
 riquezas, para isso, atacam nossas Lideranças e
 caciques para nos enfraquecer politicamente e espí-
 ritualmente, exatamente como está acontecendo, estamos
 sem Cacique Geral, sem Lideranças Espirituais, sem
 Plano da Festa, sem rituais e cerimônias. Enquanto as
 nossas Lideranças e Caciques estão presos por uma coisa
 que nós cometemos, os caminhos de caminhantes, com
 modinhas vibradas de nossas terras, passam todos os
 dias pelas nossas aldeias, nossas favelas e favelas,
 estão morrendo por causa de doenças e até morte.
 Nos Juizados está acontecendo, coisa que nunca uma
 Justiça de mais para decidir, três mortes em pe-
 nas uma (1) semana passada, nossos velhos que
 são nossas maiores riquezas já não comam mais de
 tanta preocupação, outros pensam em morrer do que
 ficar sem direção política e Espiritual que estamos
 por causa da ausência das 5 Juntas, não conse-
 guimos mais aguentar uma injustiça, todo mundo tem
 direito de responder Processo em liberdade, nossas
 parentes também são Cidades Brasileiras, estão sendo
 Nativas de Resistentes, pois no isso explica a
 distorção com o nosso pedido de liberdade deles.
 Nossas Lideranças são inocentes, enquanto o Justiça
 e a sociedade porque nossas Lideranças e nosso
 povo, as verdadeiras responsáveis pelo acontecido
 deve estar sendo de todos nós, pois estão nos fa-
 zendo de malhadores, de bates.

Fonte: Acervo do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2014.

Excelência, no Povo Indígena Tancharin ainda
mantemos a esperança de realizar a nossa Festa
ainda neste Ano de 2034, para nos livrarmos de
tudo os males, assim como pois Cristãos já estão
sonhando com a Páscoa de nozes.

Onde se dirigida

Tema Indígena Tancharin, Almeida.
Am, 34 de Outubro de 2034.

Fonte: Acervo do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2014.

Imagem 6
OFÍCIO DO JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA
DA COMARCA DE EIRUNEPÉ/AM

	DO JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO AMAZONAS JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE EIRUNEPÉ - AM	
OFÍCIO Nº 102/2014 GAB Eirunepé - AM, 11/03/2014	
Ao Ilustríssimo Senhor Procurador da República. Júlio José Araújo Junior	
Assunto: Prestação de informações referentes ao Ofício 139/2014/5ª OFÍCIO CÍVEL/PR/AM. PR-AM-30006374/2014	
Senhor Procurador,	
Cumprimentando-o, cordialmente, passo a prestar as informações solicitadas conforme Ofício nº 139/2014/5ª OFÍCIO CÍVEL/PR/AM, proveniente dos fatos desencadeados pela edição da portaria nº. 32/2014.	
Cumpro-me informar-lhe inicialmente que a intenção deste Magistrado sempre foi sedimentada na necessidade latente de proteção do indivíduo, assim como garantir os desígnios da Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em seus artigos I, II e III.	
O Estatuto do Índio de 1973, em seu artigo 58, II é claro em constituir como crime a venda de bebida alcoólica para índios não integrados. Salienta-se que o cerne da portaria nº. 02/2014 não é a proibir a permanência do índio na sede do Município de Eirunepé, e sim impedir que eles passem a consumir em demasia o álcool. Quando os índios chegam à sede do Município de Eirunepé para receberem os benefícios do Governo Federal, estes se tornam reféns de sua própria	

Fonte: Acervo do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2014.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO AMAZONAS
JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE EIRUNEPÉ - AM.

"cabeça azul", nome dado ao álcool comum são demasiadamente grande, o que faz com que o auxílio governamental seja utilizado única e exclusivamente para degradar a situação humana em que se encontram.

É público e notório que as duas etnias, os Kanamaris e Kulina, ao adentrarem na Cidade, invadem o patrimônio particular de forma violenta e indiscriminada de maneira a tornar o choque cultural ainda mais latente. Os índios não conhecem o idioma ou comungam da cultura branca e o mais temerário aflora a violência nos indivíduos de maneira a fazê-los praticarem crimes bárbaros em si e contra os cidadãos da Cidade. Invadem comércio locais em busca da famigerada bebida, gastam o benefício recebido única e exclusivamente com álcool, desvirtuando a essência do auxílio federal.

O que assola o indígena na Região do Município de Eirunepé são o descaso e o abandono com que se encontram. A prova disto são os inúmeros processos criminais transitando no Juízo Estadual da Comarca de Eirunepé. Em uma busca rápida no sistema Profud encontram-se os seguintes processos: CRIMINAL: 0000204-90.2014.8.04.4100, 0000024-74.2014.8.04.4100, 0000422-21.2014.8.04.4100 - HOMICÍDIO: 0000424-98.2014.8.04.4100, 0001487-5.2013.8.04.4100, 0001569-19.2013.8.04.4100, 0001601-24.2013.8.04.4100-ESTUPRO DE VULNERÁVEL: 0002540-04.2013.8.04.4100-HOMICÍDIO: 0003517-93.2013.8.04.4100, 0003533-47.2013.8.04.4100-LESÃO: 0003736-09.2013.8.04.4100-HOMICÍDIO: 0003740-46.2013.8.04.4100, 0002702-95.2013.8.04.4100 - HOMICÍDIO - TENTATIVA: 0003533-47.2013.8.04.4100 - LESÃO: 0003708-41.2013.8.04.4100.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO AMAZONAS
JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE EIRUNEPÉ - AM.

Qualquer ser humano que se depare com as condições de penúria e degradação a que se encontram os índios não deixaria passar despercebido tal acontecimento sem que tomar uma atitude.

Este Magistrado entende que em verdade a finalidade da portaria acabou por ser desvirtuada, uma vez que o intuito sempre foi o de resguardar o ordem pública no Município e dos indígenas.

Uma vez que em Eirunepé não possui Juízo Federal, a própria Lei garante o acesso à justiça por intermédio da Justiça Estadual. A inércia no trato com o assunto é geral e completo, pois o Governo Municipal permanece omissa a problemática, o Ministério Público Estadual, até a presente data não se manifestou acerca do assunto e a FUNAI por sua vez, prefere entender que o caso é de segurança pública e não indígenista.

Como um desabafo, tenho que a preocupação da FUNAI e de Instituições Federais é com a atitude deste Magistrado, que trava no Município uma luta sem pares na defesa da comunidade e não com a situação que tende a tomar proporções maiores do que o ocorrido no Município de Humaitá, onde o choque de culturas e interesses estusos culminou no assassinato de três homens brancos e a localização de covas com mais de 40 corpos, isto segundo informações da Polícia Federal.

Melhor é pecar pelo excesso do que pela omissão, de forma que deixar os acontecimentos de embates entre culturas no Município de Eirunepé sem que sejam tomadas providências imediatas, é permitir que o preconceito e segregação étnica tomem conta de uma população indignada.

Fonte: Acervo do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2014.

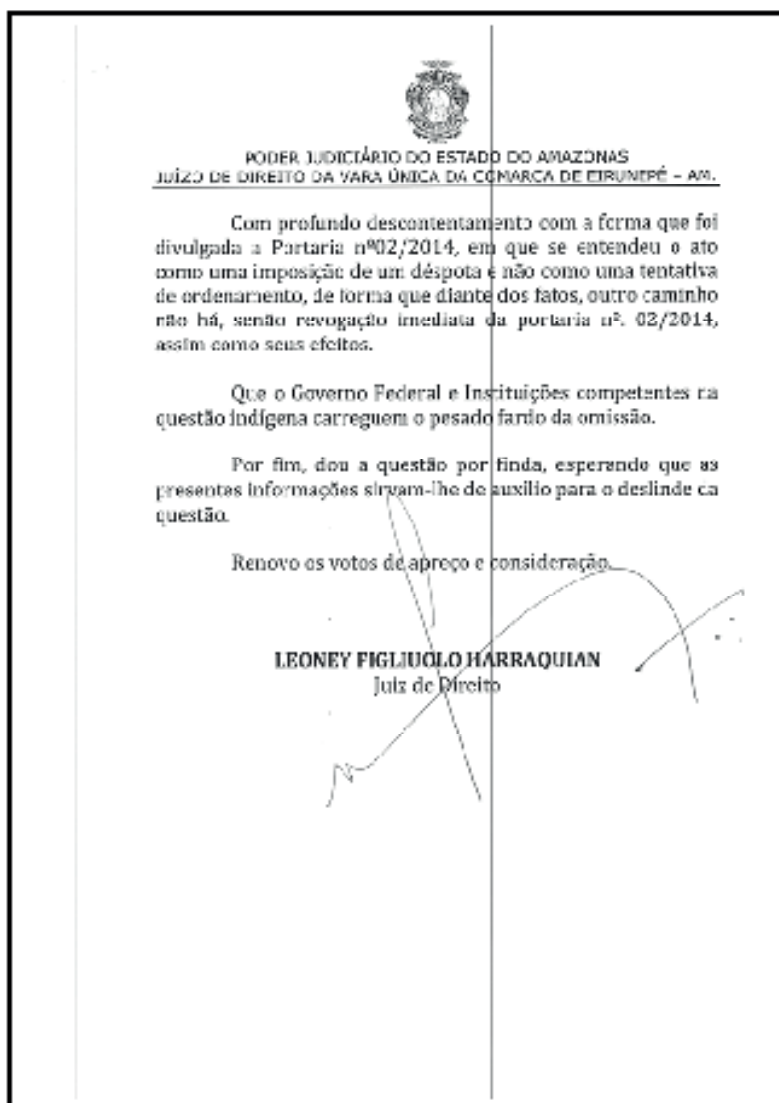


PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO AMAZONAS
JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE EIRUNEPÉ - AM.

A repercussão popular da portaria nº. 02/2014 na Comarca de Eirunepé foi positiva e elogiada, contudo, o que se entende que o mesmo não se pode dizer da FUNAI, que prefere varrer o problema para baixo do tapete, a efetivar um programa de valorização do povo indígena de modo a garantir seus direitos constitucionais.

Este Magistrado já teve contato com trabalhos da FUNAI no Município de Tabatinga, quando de sua passagem como Juiz Titular daquela Comarca em 1996 e recentemente em 2012 na condição de Juiz Eleitoral e pode afirmar que o trabalho desempenhado naquele Município é infinitamente melhor executado, pois lá, a FUNAI designou para os trabalhos um Sertanista e Indigenista, conhecedor dos costumes, língua e necessidades culturais. Deixei a comarca com a sensação de alívio e contentamento, muito diferente do que acontece em Eirunepé, onde o representante da FUNAI permite que o Índio absorva negativamente não a cultura, mais os ranços da civilização branca. Aos que gritam é dada a garantia de serem ouvidos, de forma que permanecer na condição em que os índios vivem no Município deveria ser objeto de investigação por parte do Governo Federal.

Mata-se e morre-se no Município de Eirunepé pela barbárie digna da idade média, ao ponto de um índio da etnia kulina ceifar a vida de sua esposa com golpes de fio elétrico e em sua audiência, deixar claro que ele sequer compreendia a gravidade de seus atos. Não se pode traduzir ao pé da letra atos e efeitos para a língua de culturas tão diferentes e peculiares, de maneira que a própria defesa do indivíduo fica deveras impraticável. Em resumo, atualmente, o contato estreito entre povos têm se dado nas dependências de uma Delegacia de Polícia. E desta forma que os indígenas vêm sendo assediado na Comarca de Eirunepé pela FUNAI.



Fonte: Acervo do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2014.

Relação das Monografias Publicadas

Monografias

1. *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*
 - RUI CARLOS MACHADO ALVIM
2. *A Condição Estratégica das Normas*
 - JUAN FÉLIX MARTEAU
3. *Direito Penal, Estado e Constituição*
 - MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES
4. *Conversações Abolicionistas – Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva*
 - Organizadores: EDSON PASSETTI E ROBERTO B. DIAS DA SILVA
5. *O Estado e o Crime Organizado*
 - GUARACY MINGARDI
6. *Manipulação Genética e Direito Penal*
 - STELLA MARIS MARTINEZ
7. *Criminologia Analítica – Conceitos de Psicologia Analítica para uma Hipótese Etiológica em Criminologia*
 - JOE TENNYSON VELO
8. *Corrupção: Ilegalidade Intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992)*
 - FLÁVIA SCHILLING
9. *Do Gene ao Direito*
 - CARLOS MARIA ROMEO CASABONA
10. *Habeas-Corpus, Prática Judicial e Controle Social no Brasil (1841-1920)*
 - ANDREI KOEMER
11. *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*
 - ANABELA MIRANDA RODRIGUES
12. *Crimes Sexuais e Sistema de Justiça*
 - JOANA DOMINGUES VARGAS
13. *Informatização da Justiça e Controle Social*
 - RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

14. *Policiamento Comunitário e Controle sobre a Polícia: A Experiência Norte-Americana*
 - THEODOMIRO DIAS NETO
15. *Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*
 - TADEU ANTONIO DIX SILVA
16. *Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro*
 - BENEDITO ROBERTO GARCIA POZZER
17. *Os Filhos do Mundo - A Face Oculta da Menoridade (1964-1979)*
 - GUTEMBERG ALEXANDRINO RODRIGUES
18. *Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia*
 - GISELE MENDES DE CARVALHO
19. *O Mundo do Crime - A Ordem pelo Averso*
 - JOSÉ RICARDO RAMALHO
20. *Os Justicadores e sua Justiça - Linchamentos, Costume e Conflito*
 - JACQUELINE SINHORETTO
21. *Bem Jurídico-Penal - Um Debate sobre a Descriminalização*
 - EVANDRO PELARIN
22. *Espaço Urbano e Criminalidade - Lições de Escola de Chicago*
 - WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS
23. *Ensaaios Criminológicos*
 - ADOLFO CERETTI, ALFREDO VERDE,
 - ERNESTO CALVANESE, GIANLUIGI PONTI,
 - GRAZIA ARENA, MASSIMO PAVARINI,
 - SILVIO CIAPPI E
 - VINCENZO RUGGIERO
24. *Princípios Penais - Da Legalidade à Culpabilidade*
 - CLÁUDIO DO PRADO AMARAL
25. *Bacharéis, Criminologistas e Juristas - Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*
 - MARCOS CÉSAR ALVAREZ
26. *Iniciativa Popular*
 - LEONARDO BARROS SOUZA
27. *Cultura do Medo - Reflexões sobre Violência Criminal, Controle Social e Cidadania no Brasil*
 - DÉBORA REGINA PASTANA

- 28.** *(Des)continuidade no Envolvimento com o Crime – Construção de Identidade Narrativa de Ex-Infratores*
▪ ANA PAULA SOARES DA SILVA
- 29.** *Sortilégio de Saberes: Curandeiros e Juízes nos Tribunais Brasileiros (1900-1990)*
▪ ANA LÚCIA PASTORE SCHRITZMEYER
- 30.** *Controle de Armas: Um Estudo Comparativo de Políticas Públicas entre Grã-Bretanha, EUA, Canadá, Austrália e Brasil*
▪ LUCIANO BUENO
- 31.** *A Mulher Encarcerada em Face do Poder Punitivo*
▪ OLGA ESPINOZA
- 32.** *Perspectivas de Controle ao Crime Organizado e Crítica à Flexibilização dos Garantias*
▪ FRANCIS RAFAEL BECK
- 33.** *Punição, Encarceramento e Construção de Identidade Profissional entre Agentes Penitenciários*
▪ PEDRO RODOLFO BODÊ DE MORAES
- 34.** *Sociedade do Risco e Direito Penal – Uma Avaliação de Novas Tendências Político-Criminais*
▪ MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO
- 35.** *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo – O Caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*
▪ CHRISTIANE RUSSOMANO FREIRE
- 36.** *Efeitos da Internação sobre a Psicodinâmica de Adolescentes Autores de Ato Infracional*
▪ SIRLEI FÁTIMA TAVARES ALVES
- 37.** *Confisco Penal: Alternativa à Prisão e Aplicação aos Delitos Econômicos*
▪ ALCEU CORRÊA JUNIOR
- 38.** *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*
▪ FABIANA LEMES ZAMALLOA DO PRADO
- 39.** *O Trabalho Policial: Estudo da Polícia Civil no Estado do Rio Grande do Sul*
▪ ACÁCIA MARIA MADURO HAGEN
- 40.** *História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises*
▪ ORGANIZADOR: ANDREI KOEMER

- 41.** *Formação da Prova no Jogo Processo Penal: O Atuar dos Sujeitos e a Construção da Sentença*
 - NATALIE RIBEIRO PLETSCH
- 42.** *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto: Da Presunção de Inocência à Antecipação de Pena*
 - FABIANA COSTA OLIVEIRA BARRETO
- 43.** *O Discurso do Telejornalismo de Referência: Criminalidade Violenta e Controle Punitivo*
 - MARCO ANTONIO CARVALHO NATALINO
- 44.** *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea – Dogmática, Missão do Direito Penal e Polícia Criminal na Sociedade de Risco*
 - CLÁUDIO DO PRADO AMARAL
- 45.** *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: O Trancamento da Criminalização Secundária por Decisões em Habeas Corpus*
 - MARINA QUEZADO GROSNER
- 46.** *A Capitalização do Tempo Social na Prisão: A Remição no Contexto das Lutas de Temporalização na Pena Privativa de Liberdade*
 - LUIZ ANTÔNIO BOGO CHIES
- 47.** *Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*
 - GUILHERME GOUVÊA DE FIGUEIREDO
- 48.** *Um estudo dialógico sobre institucionalização e subjetivação de adolescentes em uma casa de semiliberdade*
 - TATIANA YOKOY DE SOUZA
- 49.** *Policiando a Polícia: A Corregedoria-Geral de Polícia Civil do Rio Grande do Sul (1999-2004)*
 - SAULO BUENO MARIMON
- 50.** *Repressão Penal da Greve – Uma experiência antidemocrática*
 - CHRISTIANO FRAGOSO
- 51.** *O Caos Ressurgirá da Ordem*
 - MARCOS PAULO PEDROSA COSTA
- 52.** *Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática*
 - RAFFAELLA DA PORCIUNCULA PALLAMOLLA
- 53.** *Lei, Cotidiano e Cidade*
 - LUÍS ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA

- 54.** *A Recusa das grades*
▪ EDA MARIA GÓES
- 55.** *O Crime de Tortura e a Justiça Criminal*
▪ MARIA GORETE MARQUES DE JESUS
- 56.** *Súmula Vinculante em Matéria Criminal*
▪ DIOGO TEBET
- 57.** *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*
▪ MARCELO DA SILVEIRA CAMPOS
- 58.** *DELITO Y POBREZA: espacios de intersección entre la política criminal y la política social argentina en la primera década del nuevo siglo*
▪ EMILIO JORGE AYOS
- 59.** *Criminalização e Seleção no Sistema Judiciário Penal*
▪ OSCAR MELLIM FILHO
- 60.** *Solidariedade e Gregarismo nas Facções Criminosas*
▪ BRUNO SHIMIZU
- 61.** *Concurso de agentes nos delitos especiais*
▪ MARIANA TRANCHESI ORTIZ
- 62.** *Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus*
▪ BRUNA ANGOTTI
- 63.** *A LUTA E A LIDA: estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária*
▪ FRANCIELE SILVA CARDOSO
- 64.** *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do Direito Penal contemporâneo*
▪ YURI CORRÊA DA LUZ
- 65.** *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de Intervenção, Sanção Penal e Administrativa*
▪ ANA CAROLINA CARLOS DE OLIVEIRA
- 66.** *Drogas: uma nova perspectiva*
▪ ORGANIZADOR: SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA
- 67.** *Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas*
▪ SINTIA SOARES HELPES

68. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*

▪ VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS

Coleção de Monografias Digitais

- *A desconstrução da criminalidade feminina*
KARLA TAYUMI ISHIY
- *A política criminal brasileira no Governo Lula (2003–2010): diretrizes, reformas legais e impacto carcerário*
ANA CLAUDIA CIFALI
- *A defesa na cooperação jurídica internacional penal: o auxílio direto e a atuação por meio de redes*
VIVIANE CEOLIN DALLASTA DEL GROSSI

Para apresentação e publicação de textos de Monografias – IBCCRIM

Com o objetivo de difundir amplamente o conhecimento no campo das ciências criminais, o IBCCRIM vem publicando, desde 1997, monografias científicas, com obras de reconhecido valor, muitas delas fruto de dissertações de mestrado e doutorado, produzidas em renomadas universidades brasileiras e estrangeiras.

Com a iniciativa, procura-se dar divulgação a trabalhos destacadamente interdisciplinares de inegável qualidade científica, que encontram nessa coleção o espaço merecido, muitas vezes não proporcionado pelo mercado editorial. Os trabalhos recebidos pela Comissão Julgadora serão, preferencialmente, aqueles resultantes de dissertações de mestrado e teses de doutorado, cuja temática se inscreva nas áreas relacionadas às ciências criminais (direito, criminologia, sociologia, antropologia, ciência política, psicologia, história, serviço social, entre outras). Os trabalhos resultantes de monografias de conclusão de cursos de graduação não serão aceitos.

Os autores que desejarem submeter seus trabalhos à avaliação deverão fazê-lo no período regular de inscrições do Concurso anual, a ser divulgado em momento oportuno, não olvidando a rigorosa observância das normas do edital do certame.

Eventuais dúvidas poderão ser dirimidas por meio do endereço eletrônico: concursodemonografia@ibccrim.org.br.

Esta dissertação estuda o tratamento jurídico-penal dos povos indígenas no Brasil, considerando que o direito penal é o instrumento de que se vale o Estado com frequência para resolver seus problemas sociais, o que não poderia excepcionar aqueles em que a diversidade humana – em suas esferas econômica, social, cultural e política – se apresenta como óbice ao projeto desenvolvimentista que se pretende implementar. Além disso, a criminalização dos povos indígenas possibilita, uma vez mais, a concretização do ideal integracionista ainda vigente na legislação indigenista ordinária, a partir do princípio de igualdade, com aplicação no direito penal. O Estado civiliza os indígenas nivelando-os por baixo, por meio da repressão do direito penal, único lugar em que são considerados capazes e integrados, como outros sujeitos de direitos. A criminalização dos indígenas se insere num contexto secular de formação da nação brasileira, por meio do sufocamento da alteridade.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-99216-46-0



9 788599 216460