

**REDE METODISTA DE EDUCAÇÃO DO SUL
CENTRO UNIVERSITÁRIO METODISTA IPA
CURSO DE DIREITO**

RAQUEL DEBONI FRANCO

**ÍNDIO: ANÁLISE DA CULPABILIDADE ATRAVÉS DE LAUDO ANTROPOLÓGICO.
OBRIGATORIEDADE?**

PORTO ALEGRE

2012

RAQUEL DEBONI FRANCO

**ÍNDIO: ANÁLISE DA CULPABILIDADE ATRAVÉS DE LAUDO ANTROPOLÓGICO.
OBRIGATORIEDADE?**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito no Centro Universitário Metodista IPA.

Orientador: Prof. Me. Rodrigo Moretto

**Porto Alegre
2012**

RAQUEL DEBONI FRANCO

**ÍNDIO: ANÁLISE DA CULPABILIDADE ATRAVÉS DE LAUDO ANTROPOLÓGICO.
OBRIGATORIEDADE?**

O presente **Trabalho de Conclusão de Curso** submetido à banca examinadora integrada pelos professores abaixo firmados foi julgado e aprovado para a obtenção do grau de Bacharel em Direito **no Centro Universitário Metodista IPA.**

Porto Alegre, ____ de _____ de 2012.

Orientador Me. Rodrigo Moretto

Prof.

Prof.

Dedico este trabalho aos meus pais Elita Deboni e Mário Franco (in memoriam) as minhas filhas Rafaela e Manuela e a minha amiga Manuela Maltez Fernandes.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente quero agradecer a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos é o maior mestre que uma pessoa pode conhecer.

Agradeço a minha mãe Elita Deboni, por sempre me dar suporte quando necessitei, por sempre confiar em mim, és e sempre será meu porto seguro. Ao meu pai Mário Franco (in memoriam), por sempre me incentivar enquanto esteve presente. Vocês sempre foram e sempre serão meus maiores exemplos de vida. O meu muito obrigada por cada incentivo, e orientação que me deram. Dedico este trabalho muito a você, pois sempre confiaram em mim.

As minhas maravilhosas filhas, Manuela e Rafaela que tiveram que superar a minha ausência em alguns momentos, onde os estudos me custavam o tempo, a vocês amores da minha vida dedico este presente trabalho.

Agradeço aos meu avós Ernesto Deboni e Dilva Deboni, as minhas tias Edite Deboni, Glaucia Deboni, Célia Deboni e ao meu tio Roberto Deboni, que mesmo distante sempre me apoiaram e me deram incentivo.

Agradeço a Clair Couto e Manuel Silva, vó e vô da Manuela por zelar com todo amor, carinho e cuidando um dos maiores tesouros da minha, nos momentos que estive ausente.

Agradeço ao meu orientador Professor. Me. Rodrigo Moretto por quem sempre tive uma grande admiração, carinho e respeito e que com muita paciência e atenção, dedicou do seu valioso tempo para me orientar ao longo deste trabalho. Ao professor Ricardo Aveline pela contribuição de materias para a elaboração deste trabalho.

Agradeço a minha amiga do coração Manuela Maltez Fernandes, por sempre me dar um palavra de incentivo, por sempre me fazer acreditar que eu era capaz, de realizar este sonho, pelas risadas e pelo ombro amigo, amiga muito obrigada do fundo do meu coração.

No decorrer do curso fiz muitos colegas, mas acima de tudo fiz amigos, que levarei para resta da minha vida, quero agradecer aos meus amigos, Marcos Machado, Gabriel Olegário, Marcelo Santos, Fernanda Azevedo, Felipe Mendes, Raphael Zaneti, Clézio Tomazetti, Bruno Ramires, Juan Becker, Andreia, Felipe Gomes, Renã, Regis, Felipe Molarinho e Jordana. Obrigada pela paciência, pelas caronas, pelos sorrisos, pelas risadas, pelos abraços, pelas mãos, que sempre se estendiam quando eu precisava. Esta caminhada não seria a mesma sem vocês.

Meus agradecimentos ao Excelentíssimo Senhor Doutor Luiz Eduardo de Oliveira Azevedo, 1º Promotor de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, o qual me deu a honra de fazer estágio, junto a Promotoria Militar, sempre muito gentil, atencioso e inteligente, o meu muito obrigada.

Agradeço a Excelentíssima Senhora Doutora Juíza de Direito Eliane Almeida Soares, Juíza de Direito substituta da 2ª Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, da qual tenho um carinho especial e uma admiração muito grande, o meu muito obrigada, por me ensinar e sempre confiar em meu trabalho durante meu estágio na JME/RS.

O meu muito obrigada as servidoras do Cartório da 2ª Auditoria Militar do Estado, em especial a Carla Dada Roque e Fernanda Martinez Cauduro e ao Tenente João Carlos.

Aos colegas e amigos da 1ª Promotoria Militar do Estado, em especial a Antônia Ferreira com quem aprendi muito desde que comecei a fazer parte da equipe, sempre muito atenciosa e paciente, tens minha admiração e carinho. Obrigada. Agradeço também a Shirlei e a Dirlaine.

Agradeço aos amigos do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul em especial aos Sargentos Jorge Adão Oviedo e Remy Doyle Nunes, pelas risadas, pelas palavras de apoio e incentivo o meu muito obrigada.

E por fim, mas não menos importante a minha turma do Campus Dc Navegantes, sempre irei carregá-los em meu coração pode passar o tempo que for sempre estarão comigo, fiz amigos aqui para vida toda, Camila Caetano, Nara Costa, Daiane Brasil, Eneas Brasil, Francisco e Clarisse.

Agradeço a todos e a todas que de alguma forma fizeram parte desta longa caminhada e que de certa forma torceram por mi. A vocês dedico este presente trabalho de Conclusão de Curso. Muito Obrigada.

*Quando o português chegou
Debaixo de uma bruta chuva
Vestiu o índio
Que pena!
Fosse uma manhã de sol
O índio tinha despido
O português.*

Oswald de Andrade.

RESUMO

Este trabalho tem como finalidade verificar o processo histórico dos indígenas, desde quando os portugueses chegaram a costa do litoral brasileiro. Apresenta referencial teórico sobre a relação entre as constituições e os índios, os crimes contra o índio e a competência para julgar esses crimes e os cometidos por indígenas. As legislações específicas foram analisadas, a fim de se compreender de que forma as Declaração da ONU/2007, a OIT /1969 modificaram os direitos dos indígenas e de suas tribos. Também tem como finalidade verificar se é pertinente a necessidade de laudo antropológico para analisar qual seu grau de aculturação. Conclui-se que quando não constar provas nos autos do grau de discernimento do indígena ficará a cargo do magistrado há necessidade de laudo antropológico.

Palavras-chave: Índios, Direitos dos Povos Indígenas, Laudo antropológico, imputabilidade indígena.

ABSTRACT

The present study sets forth the historical process of the Indians, starting from the arrival of Portuguese ships at the Brazilian shores. It brings up theoretical views on the relation between the legal system and the Indians, approaching the crimes committed both against and by these people, as well as the jurisdiction under which these judgments must take place. Specific legislations are then analyzed to gauge how UN's 2007 and ILO's 1969 declarations affect the rights of the Indians. The coursework also verifies the pertinence of the employment of anthropological reports to assess their acculturation degree. In conclusion, it states that when in lack of proof on the degree of discernment shown by the Indian, the judge must decide on whether the report is or isn't needed.

Keywords: Indian, Indigenous Peoples Rights, Anthropological report, indigenous accountability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. ORIGEM HISTÓRICA INDIGENISTA.....	12
3. AS CONSTITUIÇÕES E OS INDÍGENAS.....	15
4. PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDIGENAS.....	19
5. DECLARAÇÃO DOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: 27 ONU/2007.....	27
5.1 DEFINIÇÃO DE ÍNDIO.....	29
5.2 CRIMES CONTRA O ÍNDIO.....	33
5.3 (IN)IMPUTABILIDADE DO ÍNDIO.....	38
5.4 COMPETÊNCIA.....	46
6 CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade verificar o tratamento dado aos índios e as suas comunidades, no direito nacional e internacional. Tem como objetivo, averiguar os instrumentos normativos de como serão inseridos os direitos dos índios e de seus povos, especialmente no sistema penal Brasileiro.

O escopo deste trabalho vem mostrar a existência do direito indigenista em um sistema positivado com normas e legislações específicas em favor dos indígenas.

As legislações, em matéria penal, no que se referem aos indígenas, são legislações específicas que regulam como responderão se cometerem alguma infração penal, bem como a forma de avaliação, se respondem por seus atos e de que forma os respondem e por fim se necessitam de laudo antropológico. Cabe observar que estas não se confundem com as normas impostas por cada tribo, pois em suas comunidades as organizações das normas são feitas conforme os costumes e crenças para regular as relações do indígena em suas comunidades.

O trabalho em seu primeiro capítulo apresentará um pouco da história dos indigenistas, e de suas origens no Brasil. Seguindo, serão abordadas as Constituições com relação aos Indígenas, a primeira Constituição a abordar esta temática foi a Constituição Federal de 1934. Contudo, em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição Federal, e esta reconheceu de forma significativa os direitos dos povos e comunidades indígenas. Será também analisada a Proteção dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas e quais os direitos que eles gozam, desembocando na Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas com relação a ONU-2007.

Será abordado também a Definição de Índio, que na Constituição Federal de 1988, não apresenta o conceito de índio, os Crimes contra os índios, que neste aspecto é comum entre as comunidades indígenas o uso de bebida alcoólica, o que gera um enorme transtorno, como brigas com os familiares e muitas agressões físicas contra mulheres e filhos. Será abordado também índio como sujeito ativo de crime e a sua (In)imputabilidade.

Neste ponto, será analisado, se é necessário Laudo antropológico, para o indígena que cometer algum ato infracional, ou se não faz necessário, com provas contendo nos autos. Caberá ao magistrado tal decisão.

Por último, é essencial analisar quando ocorrer um ato infracional fora ou dentro da tribo, de que forma será abordado, de quem será a Competência para julgar os indígenas, pois esta matéria tem se tornado constante em nossos tribunais visto a utilização de índios na execução de crimes em troca de valores.

2 ORIGEM HISTÓRICA INDIGENISTA

É sabido, que com a chegada dos portugueses ao litoral do Brasileiro, os índios foram “descobertos”, e logo, iniciou-se muitas mudanças às quais não foram tão benéficas aos indígenas, dentre elas as apropriações das terras indígenas pelos portugueses que ali chegavam.

Conforme a Fundação Nacional dos Índio (FUNAI), com a chegada dos Portugueses ao litoral do Brasil, iniciou-se “ um processo de migração que estenderia até o início do século XX, e paulatinamente foram estabelecendo-se nas terras que eram ocupadas pelos povos indígenas”.¹

Dentre as mudanças marcantes foi a integração dos índios, a qualquer custo, bem como o esbulho das terras indígenas. Ressalta Roberto Filho²

[. . .] que, embora Portugal tenha editado muitas leis sobre os povos indígenas no Brasil, cuja a aplicação se dava em conjunto com as Ordenações do Reino, que tinha vigência integral mediante adaptações interpretativas, não construiu nada parecido com as “ Leyes de Indías” que significava “um sistema jurídico complexo produzido pela Espanha para seu império americano [. . .]

A legislação do século XVI resumia-se no provável e bom tratamento dos indígenas e de suas comunidades, ou seja, os indígenas que se submetessem a catequese o tratamento era de forma pacífica e tranquila, contudo, os indígenas que se portavam de forma rebelde, insolente eram tratados com meios de violência física e tratados como inimigos, sendo permitido se necessário fosse, a guerra contra estes índios.

¹Fundação Nacional do Índio. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/indios/fr-conteudo.htm>
www.funai.gov.br/indios/fr-conteudo.htm.> Acesso em 19 out. 2012.

²O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Jurua, 1998, pag 50-55)

Em seu texto Márcia Cristina Altevater Vilas Boas relata

[. . .] a política em relação às sociedades indígenas fundamentava-se na preparação educacional desses povos através da catequese, a fim de submetê-los às regras assim assimilacionistas dos povos portugueses, subjugando o povo indígena, inclusive por meio de violência física, escravização, alterando suas práticas sociais tradicionais.

Conforme a FUNAI

O método de colonização conduziu à supressão de várias sociedades indígenas, que habitavam territórios dominados podendo ser pela “ação de armas”, da mesma forma o “contágio de doenças”, vindas de outros países e também objetivando à compreensão dos indígenas à sociedade com uma forte ingerência europeia³

Somente com o advento do Regimento de 1548, foi proibido colocar os índios em cativeiro, salvo, os tomados em guerra justa e os saqueadores, como lembra Roberto Lemos dos Santos Filho.⁴

Com a vinda dos europeus ao Brasil, estes tinham uma visão péssima ao modo de vida dos indígenas, eram considerados como sujos, brutos, rudes dentre outros adjetivos. Desta forma, justificava-se a exploração e tratamento com que eram submetidos, ou seja, eram tratados de forma inferior, eram vistos como selvagens, por tal motivo, teriam que ser domesticados e catequizados. Esta visão somente seria abandonada com a chegada da Constituição Federal de 1988.

Os povos indígenas foram dizimados ao extremo ao longo dos anos, tanto no método de colonização, por interferência das guerras, como também da política de assimilação.⁵

Existem várias divergências quanto ao número da população indígena, quando da chegada dos portugueses ao Brasil.

³ Fundação Nacional dos Índios <http://www.funai.gov.br/indios/fr-conteudo.htm> __www.funai.gov.br/indios/fr-conteudo.htm__.

⁴ SANTOS FILHO, 2005, p. 24

⁵ Fundação Nacional dos Índios. Disponível em <http://www.funai.gov.br/indios/fr-conteudo.htm> www.funai.gov.br/indios/fr-conteudo.htm; acessado em 21/10/2012

Embora não se saiba exatamente quantas sociedades indígenas existiam no Brasil à época da chegada dos europeus, há estimativas sobre o número de habitantes nativos naquele tempo, que variam de 1 a 10 milhões de indivíduos.⁶

Conforme relata Gerson Baniwa o processo histórico dos indígenas contemporâneos foi disposto em períodos organizados entre as relações dos povos indígenas com a sociedade dos brancos.

Para Darcy Ribeiro, os índios e a civilização.

O índio, olhado sobranceiramente das alturas da civilização europeia, orgulhosa de si mesma, era visto com ser exótico, discrepante, cujas ações de fósseis vivos só interessavam enquanto pudessem lançar luz sobre o passado mais remoto da espécie humana.

Esta era a visão dos europeus com relação aos indígenas, quando da chegada em nosso país eram vistos como coisas inferiores, não tinham raciocínio, aos olhos dos portugueses eram vistos como um instrumento de trabalho barato, pois eram escravizados.

Darcy Ribeiro relata, outrossim, uma passagem do general Couto de Magalhães, no que parecia ser mais conveniente aos índios.

É ensinar cada tribo alguns meninos a ler e a escrever, conversando-lhes o conhecimento da língua materna, e sobretudo: não aldear nem pretender governar a tribo selvagem. Deixemo-los com seus costumes, sua alimentação, seu modo de vida. A mudança mais rápida é aquela que só pode ser operada com o tempo, e no decurso de mais de uma geração, pela substituição gradual das ideias e necessidades que eles possuem no estado bárbaro (...), Limitemo-nos a ensinar-lhes que não devem matar aos de outras tribos. É a única coisa em que eles divergem de nós. Quanto ao mais, seus costumes, suas ideias morais, sua família, seu gênero de trabalho para alimentar-se, são muito preferíveis no estado de barbárie em que eles se acham, aos nossos costumes que eles repelem enquanto podem, e aos quais se não sujeitam senão quando enfraquecidos por guerras, se vêm entregar a nós para evitar a morte e a destruição". (1940:283-284). MAGALHÃES, General Couto de -1940- O selvagem. Com aditamento de: "Curso de língua tupi viva nheengatu. São Paulo. (Cia editora Nacional).

Desta forma os indígenas, e seus povos são seres humanos sujeitos de direitos, com direitos de serem diferentes, conforme suas características, crenças e

⁶Fundação Nacional dos Índios. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/indios/fr-conteudo.htm>
www.funai.gov.br/indios/fr-conteudo.htm

costumes de cada tribo. Com a Constituição Federal de 1988 a mudança estava por vir.

3 AS CONSTITUIÇÕES E OS INDÍGENAS

As Constituições que estiveram presentes em toda a história, de uma maneira ou de outra, com suas dificuldades e com suas lacunas, mais precisamente com referência aos Direitos dos Povos Indígenas.

Segundo Dos Anjos Filho, o Brasil, em seu período imperial, manteve uma política integracionista, sendo omissa, do ponto de vista legislativo, em relação aos indígenas.⁷

De acordo com Roberto Lemos dos Santos, a Constituição de 1891 fora omissa quanto à temática indígena, no entanto o país mudara sensivelmente sua concepção após a edição do decreto 8.072/1910.⁸

Nesse sentido, Robério Nunes dos Anjos Filho acrescenta que, apesar da omissão da primeira constituição republicana, houvera a proposta na constituinte de criar uma confederação indígena ao lado da federação formada pelos estados brasileiros.⁹ A Constituição sucessora, promulgada em 16 de julho de 1934, por sua vez, contava com mais do que o dobro dos artigos existentes na primeira constituição republicana, ou seja, a nova Carta Magna apresentava aos brasileiros cento e oitenta e sete artigos.¹⁰

⁷ ANJOS FILHO, 2009, p. 2400

⁸ SANTOS FILHO, 2005, p. 39-40

⁹ ANJOS FILHO, 2005, P. 2500

¹⁰ SANTOS FILHO, 2005, p. 39-40

Deste modo, conforme expressa Robério Filho, a Constituição de 1934 foi a primeira a abordar a temática indígena no país, dispondo que a competência para a elaboração de normas acerca da incorporação dos silvícolas no país é da União.¹¹

Conforme o artigo 5º, XIX, m Constituição Federal de 1934: " *Compete privativamente à União: XIX Legislar sobre, letra 'm' incorporação dos silvícolas à comunhão nacional*", já, o artigo 129, indicava: "*Será respeitada a posse de terras dos silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.*"

No ano de 1937, precisamente em 10 de novembro do corrente ano, ocorreu um golpe de Estado no Brasil, assim Getúlio Vargas assumiu o poder.

Deste modo, o congresso foi fechado, passando o presidente, Getúlio Vargas, a legislar por meio de decretos até o ano de 1945, sendo este o primeiro período ditatorial nacional.¹² No tocante a Constituição de 1937, em seu artigo 154 continuou com a mesma redação da Constituição de 1934 redigindo; "*Será respeitada aos silvícolas a posse das terra sem que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada alienação das mesmas*".

A constituição de 1946, por sua vez, não trouxera qualquer inovação à temática indígena, reproduzindo as disposições das constituições anteriores acerca do tema.¹³

A Constituição vigente, por sua vez, foi promulgada no dia 05 de outubro de 1988, sendo denominada "Constituição Cidadã".¹⁴

Neste sentido, também é o mesmo pensamento de Márcia Cristina Altevater Vilas Boas, o qual leciona que a CF/88 foi a primeira das Constituições a reconhecer

¹¹ ANJOS FILHO, 2009, p. 2400

¹² SANTOS FILHO, 2005, p. 41

¹³ ANJOS FILHO, 2009, p. 2402

¹⁴ SANTOS FILHO, 2005, p. 41

os povos indígenas de maneira significativa, concluindo que cada tribo possui peculiaridades próprias conforme os seus costumes exclusivos.¹⁵

Segundo Fábio da Costa Cavalcanti, a promulgação da CF/88 exige que as normas anteriores à sua vigência sejam relidas conforme os seus preceitos, incluindo nestas as regras inerentes aos silvícolas.¹⁶

A Constituição Federal de 1988, veio entre outras garantias, garantir os direitos indígenas em nossa Sociedade.

Assim ressalta Walter Claudius Rothenburg, a Constituição Brasileira erige um Estado Democrático de Direito, em que grupos e comunidades diferentes devem conviver com respeito.¹⁷

Em sua redação, o caput do art. 231 da Constituição disserta o seguinte texto: *" são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens"*.

Na visão de Fábio Cavalcanti, o principal dispositivo constitucional inerente aos indígenas é justamente o disposto no art. 231 da Constituição, o qual garante aos silvícolas o usufruto das terras que ocupavam tradicionalmente antes da chegada dos colonizadores.¹⁸

A partir da Constituição Federal de 1988, foi considerado um ponto de mudanças, ou seja, a política indígena foi integrada no ordenamento jurídico de uma forma eficaz.¹⁹

¹⁵BOAS, 2011, p. 294

¹⁶CAVALCANTI, 2005, p. 35

¹⁷ROTHENBURG, 2007, p. 286

¹⁸CAVALCANTI, 2005, p. 37

¹⁹BOAS, 2011, p. 294

É sabido, que, a característica pluralista do Brasil diz respeito, também, à sua diversidade cultural, de forma que devem ser encontrados meios de garantir a convivência pacífica intercultural sem qualquer ofensa aos princípios constitucionais, tais como os do direito à igualdade.²⁰

Assegurar plena efetividade ao texto constitucional é o desafio que está posto. Cabe aos índios, mas também às suas organizações, entidades de apoio universidades, Ministério Público e outros mais.²¹

O resultado da efetivação dos direitos dos povos indígenas caberá exclusivamente do comprometimento diário de todos os grupos que atuam em fazer desta causa.

²⁰BREGA FIHO, 2011, p. 287

²¹POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/constituicoes/nat-pratica>. Acesso em 17 out. 2012

4 PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS

Os Direitos Humanos tem trazido à tona os problemas vividos por indivíduos ou povos estimulando a sociedade de nosso país, como os demais países, ou seja, internacionalmente sobre as questões de extrema importância para o crescimento e respeito dos cidadãos.

A CF/88 representou uma enorme evolução jurídica em relação aos direitos humanos, reconhecendo aos indivíduos direitos civis, econômicos, políticos, sociais e culturais.²²

A proteção dos Direitos Humanos está cada vez mais aos olhos da Sociedade contribuindo para que não ocorram desigualdades, entre os povos de todas as etnias descendentes.

Na mesma linha de raciocínio é entendido por Aveline que os povos indígenas são os nativos do território nacional pré-colonizado que mantiveram os seus costumes em oposição às instituições sociais, econômicas e culturais da nação colonizadora. Assim, os indígenas tem seus direitos previstos em declarações internacionais, tais como a Convenção nº 107 da OIT, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.²³

Como foi verificado, os povos indígenas são assegurados em âmbito de Direito Universal, sempre protegendo os interesses, da sociedade indígena.

²²REPRESENTAÇÃO DA UNESCO NO BRASIL. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/social-and-human-sciences/human-rights/human-rights-evolution/#c154765>. Acesso em: 19 out. 2012

²³AVELINE, 2012, p. 28

Acerca da dignidade da pessoa humana, entende Fábio Comparato, que o indivíduo é um fim em si próprio, sendo dotado de razão e autonomia e, portanto, capaz de se guiar por suas próprias leis.²⁴

A sociedade indígena tem como Leis dentro da tribo, legislações que criam e os indígenas que ali habitam, são obrigadas a segui-las, são determinações impostas pelo chefe da tribo para a organização e respeito para com os familiares, vizinhos dentro da sociedade indígena.

Neste sentido, para Roberto Filho, a positivação da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) fez com que os direitos humanos passassem do plano filosófico para o plano político, produzindo efeitos no mundo concreto.²⁵

Na mesma linha de raciocínio Dilziane Endo da Cunha Franco que a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão é que nasce, de fato, o direito à liberdade na forma positivada.²⁶

É sabido que, não importa qual país os indígenas habitam, será sempre tema de Direito, proteção aos seus Direitos como humanos, para que não exista tanta diferença de desigualdade, para os olhos da sociedade eles não sejam diferentes.

Assim, relata Ricardo Aveline que os povos indígenas não devem sofrer quaisquer discriminações negativas, visto que possuem direitos específicos desta categoria – as chamadas discriminações positivas – que têm como finalidade compensar a exploração sobre eles praticada em tempos passados.²⁷

Entende-se que os povos indígenas e suas comunidades vieram com o passar dos anos sofrendo com a discriminação, de serem etnicamente diferentes,

²⁴COMPARATO, 2010, p. 34

²⁵ SANTOS FILHO, 2006, p. 42

²⁶FRANCO, 2011, p. 139

²⁷AVELINE, 2012, p. 28

pois foram ameaçados pelos “brancos”, com a chega dos europeus ao Brasil, sendo assim sofreram nas mãos dos portugueses, que queriam torna-los de certa forma iguais a eles.

Neste mesmo entendimento, Aveline relata que existem dois tipos de direito: a “*autodeterminação*” e “*autogoverno*”, sendo a autodeterminação um mecanismo de os indígenas reforçarem a sua cultura diante das diversas sociedades.²⁸

Estes dois direitos, estabelecem a necessidade no sentido jurídico que os indígenas e seus povos, terem o controle de suas tribos internamente, ou seja, com suas próprias leis, costumes e crenças, e que o Estado tenha a mínima intervenção em suas leis dentro da tribo.

Fica muito evidente no parágrafo acima, que este termo vem a ser utilizado de forma que, o indígena não perca suas raízes, suas tradições e seus costumes, seu modo de vida.

Ressalta ainda, Ricardo Aveline, que a ONU, ao se referir sobre os direitos inerentes aos silvícolas, dispõe que o direito à autodeterminação não poderá ser interpretado de forma que permita a violação dos direitos dos indígenas garantidos pelo ordenamento jurídico nacional.²⁹

Entende-se que o termo utilizado não poderá ser interpretado de maneira que seja entendido a autorização de separação de terras indígenas que sejam reguladas pelo Estado.

Ao olhar da Constituição de 1988, ocorreram inúmeros projetos de leis, onde foi verificada a necessidade de retificar a legislação anterior. O executivo e o legislativo, a partir de 1991, tentaram proceder à adequação à CF/88 da legislação

²⁸ AVELINE, 2012, p. 28

²⁹ AVELINE, 2012, p. 28

que dispunha sobre os princípios de integração dos indígenas à comunhão nacional.³⁰

Deste modo, a contestação dos povos indígenas no Brasil veio a ocorrer pela Constituição de 1988, mas toda via, esta responsabilidade de fazer e garantir seu direitos, continua ser dos índios e de seus seguidores, os que lutam pela causa.

No mesmo sentido, relata Flávia Piovesan que a CF/88 representa, juridicamente, a institucionalização dos direitos humanos no Brasil.³¹

Foi um marco decisivo e construtivo para garantir aos indígenas seus direitos, ou seja, a sua cultural, linguagem, modo de vida e com garantias.

Helder Girão Barreto, ao se referir sobre o conceito de índio, entende que o silvícola é o ser humano que se identifica ou é identificado com alguma comunidade indígena, de modo que, neste contexto, os direitos indígenas são também direitos humanos.³²

Os Direitos Humanos e a proteção dos indígenas gerou na Constituição uma das principais constituições com mais direitos e garantias para sociedade. Desta forma, as discriminações culturais entre os indígenas – bem como de outros povos, tais como os afrodescendentes – foram negados pela CF/88, a fim de democratizar os direitos humanos na sociedade brasileira.³³

No ano de 2010, a política indigenista em nosso país, veio a completar um século é, sabido que com o passar dos tempos, várias foram as modificações da legislação e garantias com relação aos povos indígenas. Entende-se por políticas indigenistas aquelas medidas de iniciativa estatal que estejam de acordo com o

³⁰POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/constituicoes/nacional>. Acesso em 17 out. 2012

³¹PIOVESAN, 2003, p. 530

³²BARRETO, 2003, p. 97

³³O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154565por.pdf>. Acesso em: 24 out. 2012

indigenismo, ou seja, o conjunto de princípios estabelecidos a partir do contato entre os silvícolas e a comunhão nacional.³⁴

Em 1910, foi criado inicialmente chamado o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), deu-se ao início de um período extremamente árduo para os indígenas. O início do século XX foi representado por uma intensa expansão para o interior do país, o que fazia com que os imigrantes enfrentassem guerras com os indígenas nativos, gerando um debate polêmico acerca dos direitos dos silvícolas.³⁵

Desta forma, os indígenas que de certa forma não se entregassem aos avanços da sociedade e da civilização eram exterminados. Ocorreu muita revolta no país e internacionalmente.

Na mesma linha de raciocínio, Roberto Filho leciona que o Brasil, no ano de 1908, fora publicamente acusado do massacre aos índios, sendo cobradas providências em relação a tal inconveniente.³⁶

Tal acontecimento deu origem ao Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que seria para assegurar à proteção e que os índios fossem integrados a sociedade.

O Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais buscava garantir a proteção e a integração dos índios.³⁷

Em meados de 1918, o SPILTN foi separado da Localização dos Trabalhadores Nacionais pelo Decreto- Lei nº 3.454 de 06 de janeiro de 1918. Assim formando o SPI que logo em seguida passou a ser chamado de FUNAI, outro órgão Federal responsável pela proteção da população indígena.

³⁴Política Indigenista. Disponível em: http://www.museudoindio.org.br/template_01/default.asp?ID_S=33&ID_M=114. Acesso em: 24 out. 2012

³⁵Serviço de Proteção aos Índios (SPI). Disponível em: [http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/o-servico-de-protecao-aos-indios-\(spi\)](http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/o-servico-de-protecao-aos-indios-(spi)). Acesso em: 24 out. 2012

³⁶ SANTOS FILHO, 2005, p. 39

³⁷Serviço de Proteção aos Índios (SPI). Disponível em: [http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/o-servico-de-protecao-aos-indios-\(spi\)](http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/o-servico-de-protecao-aos-indios-(spi)). Acesso em: 24 out. 2012

A Fundação Nacional do Índio FUNAI é outro órgão Federal responsável, por proteger os povos indígenas, foi criada por uma Lei nº 5.371 de dezembro de 1967, sendo vinculada ao Ministério da Justiça e possuindo patrimônio próprio e personalidade jurídica indigenista brasileira.³⁸

Em seu texto o Decreto nº7.778 de julho de 2012, atual, mostra as garantias e deveres e direitos da FUNAI para com os indígenas, deste modo, tem como finalidade promover a política de desenvolvimento sustentável das populações indígenas. Assim, têm as seguintes responsabilidades:

- I- proteger e promover os direitos dos povos indígenas, em nome da União;
- II- formular, coordenar, articular, monitorar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro, baseada nos seguintes princípios:
 - a) reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas;
 - b) respeito ao cidadão indígena, suas comunidades e organizações;
 - c) garantia ao direito originário, à inalienabilidade e à indisponibilidade das terras que tradicionalmente ocupam e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes;
 - d) garantia aos povos indígenas isolados do exercício de sua liberdade e de suas atividades tradicionais sem a obrigatoriedade de contatá-los;
 - e) garantia da proteção e conservação do meio ambiente nas terras indígenas;
 - f) garantia de promoção de direitos sociais, econômicos e culturais aos povos indígenas; e
 - g) garantia de participação dos povos indígenas e suas organizações em instâncias do Estado que definam políticas públicas que lhes digam respeito;
 - h) administrar os bens do patrimônio indígena, exceto aqueles cuja gestão tenha sido atribuída aos indígenas ou às suas comunidades, conforme o disposto no art. 29, podendo também administrá-los por expressa delegação dos interessados;
 - i) promover e apoiar levantamentos, censos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre os povos indígenas visando à valorização e à divulgação de suas culturas;
 - j) promover e apoiar levantamentos, censos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre os povos indígenas, visando a valorização e divulgação das suas culturas;
 - k) monitorar as ações e serviços de atenção à saúde dos povos indígenas;
 - l) monitorar as ações e serviços de educação diferenciada para os povos indígenas;
 - m) promover e apoiar o desenvolvimento sustentável nas terras indígenas, conforme a realidade de cada povo indígena;
 - n) despertar, por meio de instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indígena; e
- exercer o poder de polícia em defesa e proteção dos povos indígenas.

³⁸FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/>. Acesso em: 24 out. 2012

Contudo este órgão tem uma enorme tarefa e compromisso com os povos indígenas, tem como compromisso, controlar e mitigar alguns impactos ambientais, que as terras indígenas possam interferir controlar as terras indígenas e aquelas que estão ocupadas pelos índios e fazer a prevenção dos conflitos entre os povos indígenas, contravenções cometidas pelos indígenas, dentre outras atribuições.

Muitas histórias nos chamam a atenção, com relação aos povos indígenas, eram tratados de forma hostil, sacrificados, tinham suas mulheres e filhos, sequestrados ou mortos eram escravizados pelos brancos.

Em meio a este cenário de violência, barbárie e morte, um grande grupo de militares foram designados a desbravar os locais mais desertos e provavelmente desabitados com nenhuma civilização presente.

Esta era a Comissão de Linhas Telegráficas e Estratégicas de Mato Grosso do Sul ao Amazonas. Com o passar dos tempos logo se chamaria Comissão Rondon. Estas linhas telegráficas que seriam construídas fariam a ligação das regiões mais remotas do Mato Grosso do Sul e do Amazonas, ficando sob a direção do Ilustre Cândido Mariano da Silva Rondon.

Em 1980 teve início um dos marcos mais importante para os indígenas.

Em seu livro, Darcy Ribeiro relata que Rondon, ao promover a ligação da linha telegráfica, atravessou terras habitadas por grupos indígenas que, devido à sua periculosidade, representavam o principal óbice no estabelecimento da linha de comunicação no Centro-Oeste brasileiro.³⁹

Foi um dos principais defensores dos Direitos do Indígena na história, trabalhava com determinação, de forma a não prejudicar os índios que habitavam os locais em que eram para serem construídas as estradas.

Darcy Ribeiro ano relata em seu texto a característica humanitária de Rondon em sua missão no cerrado brasileiro, ressaltando seu lema “Morrer se preciso for, matar nunca”.⁴⁰

³⁹RIBEIRO, 1996, p. 104

⁴⁰RIBEIRO, 1996, p. 107

Conforme foi analisado, Cândido Mariano da Silva Rondon, foi um grande exemplo de defensor dos índios, pois tal era sua preocupação, que da mesma forma que tinha como responsabilidade e construir as estradas, tinha uma grande preocupação em não retirá-los do local em que habitavam, preservado assim de certa forma seu modo de vida, modo de sobrevivência e acima de tudo a preservando a vida a dignidade que existia em cada índio daquela região.

5 DECLARAÇÃO SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: ONU/2007

No contexto das políticas de proteção aos direitos indigenistas, destaca-se a Declaração Sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁴¹. Publicada no ano de 2007, pela Organização das Nações Unidas, após diversos debates iniciados no ano de 1982, no sentido de discutir e implementar políticas protetivas para os índios, a Declaração surge como decorrência da identificação dos sérios problemas de discriminação sofridos pelos indígenas no mundo inteiro.

No Brasil, apesar de a Declaração não possuir força de lei, é um instrumento fundamental como alicerce para dirimir conflitos com a população indígena, haja vista que já houve posição favorável do país na Assembleia Geral da ONU.

Em que pese abordar diversos aspectos em relação à cultura indígena, é possível observar que em nenhum dos artigos a Declaração se manifesta mais especificamente acerca da responsabilidade penal dos indígenas, ou seja, como um indígena deverá responder quando ficar tipificada a ocorrência de um crime? E ainda, essa tipificação respeita a Lei Penal em vigor no Estado ou o sistema jurídico de sua comunidade?

Proclama o artigo 5º da citada Declaração: Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Nos termos de tal dispositivo, é facultado ao indígena o direito de conservar suas instituições jurídicas, e ao mesmo tempo integrar-se ao contexto social do Estado. Porém, a averiguação acerca da tipificação de algumas condutas do indígena como crime, bem como a imputabilidade que lhe é devida é ainda fonte de diversas controvérsias, inclusive com relação ao foro competente para julgar crimes envolvendo indígenas, seja como vítima ou autor.

⁴¹ Declaração das Nações Unidas Sobre Povos Indígenas, 2008.

No entender de Dos Santos Filho (2006, p. 48)⁴², para que seja possível avaliar a imputabilidade penal dos indígenas importa aferir se o índio tinha, quando da ocorrência do fato, no contexto de sua cultura, entendimento acerca do caráter ilícito da sua conduta, nos termos previstos pela cultura não indígena, independente de manter contato constante ou eventual com integrantes da cultura preponderante.

Embora não explicita claramente quais as condutas que implicam uma responsabilização criminal por parte do indígena, é possível observar que a Declaração da ONU, veio corroborar a visão da Constituição Federal Brasileira de 1988, que impõe um respeito aos ditames jurídicos definidos em cada comunidade indígena.

Segundo Maior, a imputabilidade do índio depende de uma análise, segundo sua cultura, costume e tradição, acerca da sua capacidade de entendimento da ilicitude da conduta praticada, independentemente o grau de integração do silvícola na comunhão nacional.⁴³

Em fevereiro de 2008, representantes dos povos indígenas reuniram-se em Brasília para debater sobre os reflexos da Declaração da ONU em seus direitos. No encontro foi redigida a Carta de Brasília, que assim expressa em seu item 4º.⁴⁴

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

⁴² SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Índios e Imputabilidade Penal**. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/indios_imputabilidade_Penal.pdf. acesso em: 20/10/2012.

⁴³ MAIOR, 2011. Imputabilidade penal. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/temas-recentes/imputabilidade-penal>. Acesso em: 21 out. 2012

⁴⁴ Seminário Nacional sobre a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Carta de Brasília. Fevereiro de 2008. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/eventos/docs_eventos/seminarios_nacoes_unidas.pdf. Acesso em: 21 out. 2012.

5.1 DEFINIÇÃO DE ÍNDIO

A CF/88 não estabelece expressamente um conceito de “índio”, reservando tal tarefa à legislação infraconstitucional. O Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) define como índio ou silvícola “todo o 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”.⁴⁵

Em artigo publicado na primeira edição da revista da AJUFERGS, o Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, magistrado do TRF da 4ª Região, propõe que o conceito de indígena vai além do previsto no art. 3º, I, do Estatuto do Índio, lecionando o que segue:

Esse reconhecimento manifestado pelo constituinte refere-se aos índios, cabendo ter por certo que índio, para o direito brasileiro, não é só aquele nacional descrito na legislação infraconstitucional como tal, mas também todo aquele que pela expressão constitucional dos arts. 231 e 232 reúna características jurídico-antropológicas que como tal o identifiquem. Em outros termos, índio não é só aquele que a definição legal identifica senão também os que são reconhecidos pelos integrantes de sua comunidade e os que, por sua organização social, costumes, tradições e crenças, possam assim ser identificados.⁴⁶

A definição apresentada pelo Dr. Volkmer é mais ampla do que a prevista no dispositivo legal específico para os silvícolas, de modo que é possível enquadrar neste grupo indivíduos que não possuam origem e ascendência pré-colombiana, mas que tenham afinidade de costumes e tradições com os demais membros da classe indígena. Neste contexto, é possível, a título de exemplo, identificar como indígena aquele sujeito que, apesar de não ser originário de progenitores silvícolas, é acolhido por determinada tribo passando a integrar em seus costumes, tradições e crenças todos aqueles elementos típicos do grupo em que se enquadrara.

⁴⁵BRASIL. Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973, Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

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

⁴⁶CASTILHO, 2008, p. 6

Do ponto de vista legislativo, ainda deve ser referida a definição apresentada pela Convenção 169 da OIT sobre os povos indígenas ocorrida em 1989 e incorporada pelo ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto Legislativo 143/2002. Tal dispositivo trabalha com a definição de indígena com base na “consciência de identidade do indivíduo”, de modo que tal sentimento de inclusão na classe indígena é considerado o fator determinante para a seleção dos grupos os quais serão passíveis de aplicação das disposições constantes na referida Convenção.⁴⁷

Segundo a OIT, portanto, qualquer grupo de indivíduos que conscientemente se considerem indígenas poderá gozar dos direitos e deveres da classe. Ademais, se nos desprendermos da leitura exegética do art. 3º, I do Estatuto do Índio e combinarmos este dispositivo legal com a noção ampla apresentada pela OIT e já recepcionada por nosso ordenamento, concluiremos que é juridicamente viável o enquadramento na classe indígena daquele indivíduo que figurara como exemplo anteriormente, o qual não possuía origem sanguínea silvícola, mas que, no entanto, já estava assimilado por determinada tribo sendo reconhecido pelos membros da comunidade como um índio, desde que este sujeito reconheça conscientemente a sua identidade indígena.

A FUNAI (Fundação Nacional do Índio) apresenta um conceito contemporâneo de silvícola:

⁴⁷ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 sobre os povos indígenas e tribais em países independentes. Genebra (SUI), 1989. Artigo 1 A presente Convenção aplica-se:

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

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

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

3. A utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional. (grifamos).

Em suma, um grupo de pessoas pode ser considerado indígena ou não se estas pessoas se considerarem indígenas, ou se assim forem consideradas pela população que as cerca. Mesmo sendo o critério mais utilizado, ele tem sido colocado em discussão, já que muitas vezes são interesses de ordem política que levam à adoção de tal definição, da mesma forma que acontecia há 500 anos.⁴⁸

A definição proposta pelo ente público se aproxima da exibida pela OIT, tendo como foco a autodeterminação do grupo indígena. A FUNAI, contudo, vai além da organização internacional ao enquadrar como silvícolas aqueles que assim forem considerados pela população que os cerca. Neste sentido, é possível que um grupo possa, conforme o critério analisado, ser ao mesmo tempo considerado ou não indígena.

Tomemos como exemplo, a fim de ilustrar a instabilidade causada pelo conceito proposto pela FUNAI, uma família de origem silvícola que resida já há alguns anos numa grande cidade, enquadrando-se naquilo que o Estatuto do Índio define como “índios integrados”.⁴⁹

Os membros desta família, se questionados, se considerarão conscientemente de identidade indígena – se enquadrando, portanto, no conceito de índio segundo a FUNAI –, visto que possuem a origem pré-colombiana e conservam ainda alguns costumes e tradições que lhe eram comuns no cotidiano da vida em tribo.

No entanto, se questionados os vizinhos desta família, podem estes se referir ao clã como não sendo indígenas – o que não se enquadraria, de acordo com a FUNAI, no conceito de índio –, visto que, à ótica dos indivíduos alheios ao convívio do grupo familiar, os supostos silvícolas não agem de maneira a demonstrar uma identidade indígena.

⁴⁸FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. O que é ser índio? Disponível em: <http://www.funai.gov.br/indios/indios.htm>. Acesso em: 18 out. 2012

⁴⁹BRASIL. Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973, Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas: [...] 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.

Poder-se-ia, ainda, inverter o exemplo, de forma que os vizinhos considerassem a família como silvícolas, e esta não se autodeclarasse conscientemente de identidade indígena. Neste contexto, conclui-se que a definição proposta pela FUNAI não é válida do ponto de vista jurídico em razão de sua flexibilidade, já que a mera classificação de um sujeito como “índio” ou “não-índio” pode ser irrelevante no âmbito da vida em sociedade, no entanto não o é na esfera jurídica, sendo tal rotulação determinante para a geração de direitos e deveres em diversos ramos do direito, inclusive na seara penal.

O Estatuto do Índio divide os silvícolas em três classes conforme o seu grau de inclusão na sociedade brasileira (ou na comunhão social, como definido pelo dispositivo legal).

Desta feita, os índios, segundo prescrevem os incisos o art. 4º da lei em questão, podem ser: isolados, em vias de integração, ou integrados. Os isolados são aqueles que vivem em grupos desconhecidos não possuindo nenhum contato com a comunhão nacional, ou aqueles que possuem pouco contato com a sociedade em geral.

Os índios em vias de integração são aqueles que já estabeleceram um contato regular ou permanente com grupos não indígenas, mas que apesar disso ainda conservem as suas tradições e costumes nativos.

Essa segunda classe de índios depende cada vez mais, para o seu próprio sustento, dos meios disponíveis na comunhão nacional. Por fim, os silvícolas integrados são aqueles que já estão completamente integrados na comunhão

nacional, mesmo conservando algumas das tradições e costumes da vida em tribo, sendo já reconhecidos no pleno exercício de seus direitos civis.⁵⁰

A diferenciação entre essas três classes de indígenas é relevante para o direito penal, seja quanto aos crimes praticados pelos próprios índios, seja em relação aos delitos cometidos contra os silvícolas, conforme será analisado adiante.

5.2 CRIMES CONTRA O ÍNDIO

A previsão legal específica sobre os crimes cometidos contra os indígenas e contra a sua cultura está prevista no capítulo II da lei 6.001/73, sendo tais condutas delituosas tipificadas no art. 58 do mesmo diploma legal. Cumpre salientar que tais crimes possuem como sujeito passivo tão somente os índios isolados e em vias de integração, não podendo figurar como vítimas da relação jurídica criminal os índios já integrados na comunhão social.⁵¹

Analisemos então o conteúdo do art. 58, o qual inicia definindo como crime o desrespeito às tradições indígenas: “I - escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição cultural indígena, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena - detenção de um a três meses”.⁵²

Percebe-se que o legislador estabelece um rol de condutas que são consideradas desrespeitosas em face de qualquer manifestação cultural indígena. As ações vedadas por esse tipo são o *escarnecer* (zombar, fazer troça de algo ou

⁵⁰BRASIL. Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973, Art. 4º 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;

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.

⁵¹NUCCI, 2010,p. 789.

⁵²BRASIL. Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973, Art. 58, I.

alguém), o *vilipendiar* (humilhar, desonrar) e o *perturbar* (atrapalhar, estorvar), qualquer *cerimônia* (forma exteriorizada de um culto), *rito* (regras de cerimônia), *uso* (praxe), *costume* (hábito) ou *tradição* (transmissão de rituais ou valores através de gerações).⁵³

As condutas previstas nesse tipo penal são arroladas de forma taxativa, devendo o magistrado que avaliar o caso concreto não reconhecê-las como meros exemplos, sob pena de incorrer em violação ao princípio da legalidade.⁵⁴

No inciso seguinte do artigo em análise é vedada a utilização de silvícolas e/ou de suas respectivas tribos para fins publicitários: “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”.⁵⁵ Conclui-se, a partir da leitura deste tipo penal, que só pratica o crime aquele exhibe o índio ou a comunidade indígena com a intenção de receber algum benefício por meio desta exposição, seja esta vantagem econômica ou não, ou o sujeito que se vale da vítima (ou das vítimas) para promover o turismo, não havendo especificação sobre a vantagem auferida com esta conduta.⁵⁶

Por fim, o tipo específico definido pelo Estatuto do Índio, e talvez o que ocorra com maior frequência dentre os aqui analisados, é o da vedação do fornecimento de bebidas alcoólicas aos grupos tribais ou aos índios não integrados: “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.”⁵⁷ Esse terceiro tipo especifica de maneira expressa que só poderão figurar

⁵³NUCCI, op. cit., p. 789.

⁵⁴TIRONI, 2009.

⁵⁵BRASIL. Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973, Art. 58, II.

⁵⁶NUCCI, op. cit., p. 790.

⁵⁷BRASIL. Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973, Art. 58, III.

como sujeitos passivos do crime os índios isolados ou em vias de integração, ressalva essa desnecessária segundo o ensinamento já referido de Nucci, o qual defende que os silvícolas integrados não poderão ser vítimas dos crimes previstos neste artigo.⁵⁸

Ainda em relação a esses tipos penais específicos, dispõe o parágrafo único do artigo sobre o aumento de pena em um terço na hipótese de o crime ser praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio, notadamente a FUNAI.⁵⁹ O Código Penal define funcionário público para fins penais como “quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego, ou função pública”,⁶⁰ equiparando a este qualquer sujeito que trabalhe para empresa prestadora de serviço ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.⁶¹

No art. 59 do Estatuto do Índio está previsto uma agravante específica em relação aos crimes contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que a vítima seja um índio isolado ou em vias de integração.⁶²

Acerca da competência, o STJ pacificou, por meio da súmula nº 140, o entendimento sobre a justiça competente para julgar os crimes em que o índio figurasse como autor ou vítima, determinando que tal matéria será apreciada pela justiça comum estadual.⁶³

⁵⁸NUCCI, op. cit. p.789

⁵⁹BRASIL. Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973, Art. 58, Parágrafo único.

⁶⁰BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Art. 327, *caput*.

⁶¹BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Art. 327, §1º.

⁶²BRASIL. Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973, Art. 59.

⁶³STJ Súmula nº 140: Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.

A discussão era motivada pelo constante no art. 109, XI, CF/88, o qual dispõe que os juízes federais são competentes para o julgamento de disputas sobre direitos indígenas.

O entendimento atual é que a mera existência de relação criminal que envolva um indígena não será suficiente para tornar a Justiça Federal competente para a apreciação do litígio, sendo necessário, para isso, o envolvimento de interesses da comunidade indígena, conforme trecho de notícia constante no site do STJ:

Dezenas de etnias já circularam pelas páginas de processos analisados pelo STJ. Uma das principais questões enfrentadas pelo Tribunal diz respeito à competência para processamento de ações que tenham uma pessoa indígena como autor ou vítima. A Súmula 140 da Corte afirma que compete à Justiça estadual atuar nesses casos. No entanto, quando a controvérsia envolve interesse indígena, há decisões no sentido de fixar a competência na Justiça Federal. Esse entendimento segue o disposto na Constituição Federal (artigos 109, IX, e 231).⁶⁴

Com base nessa ideia, o STJ decidira já no ano de 2009 pela competência da Justiça Federal para o julgamento de discussão de matéria criminal que envolvia interesses coletivos dos indígenas, invocando, para isso, o previsto no art. 231, CF.⁶⁵

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA INDÍGENA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. **INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 140/STJ**. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. REITERAÇÃO CRIMINOSA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR JUSTIFICADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ART. 312 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM DENEGADA.140312CPP

1. Nos termos do art. 109, XI, da Constituição Federal, a competência para processar e julgar a "disputa sobre direitos indígenas" é da Justiça Federal.109XIConstituição Federal

2. A referida competência não se deve restringir às hipóteses de "disputa de terras". Incide, também, aos direitos previstos no art. 231

⁶⁴SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ firma jurisprudência em defesa das minorias. Ago. 2012. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106621&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=s%FAmula%20140. Acesso em: 18 out. 2012.

⁶⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

da Constituição Federal, uma vez que os delitos praticados assumiram proporções de transindividualidade, atingindo diretamente a organização social da comunidade indígena Reserva do Guarita/RS, bem como os seus costumes e cultura. Inaplicabilidade do verbete sumular 140/STJ.231Constituição Federal

3. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada em fatos concretos que demonstrem a presença dos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar reprimenda a ser cumprida no caso de eventual condenação.

4. Estando o decreto preventivo satisfatoriamente justificado, em razão do modus operandi e da reiterada prática delituosa dos pacientes, resta evidente a necessidade de proteção da ordem pública, a teor do disposto no art. 312 do CPP. Precedentes do STJ.312CPP

5. Eventuais condições pessoais favoráveis não garantem o direito subjetivo à revogação da custódia cautelar quando a prisão preventiva é decretada com observância do disposto no art. 312 do CPP.312CPP

6. Ordem denegada (77280 RS 2007/0035078-4, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 11/12/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/03/2009) (grifo nosso)

Diante do caso apresentado e do disposto na súmula 140 do STJ, pode-se concluir que, enquanto não houver discussão acerca dos direitos reconhecidos constitucionalmente aos indígenas, o processo criminal em que o silvícola seja parte tramitará perante o juízo estadual. No entanto, quando a ação tratar desses direitos que possuem os indígenas, será competente a Justiça Federal.

Esse conflito de competência é resolvido pelo prevailecimento do julgamento das disputas de interesses indígenas em detrimento da ação penal propriamente dita, de modo que há, neste tipo de ação, intervenção do Ministério Público Federal, conforme leciona o professor José Afonso Silveira:

Os direitos e interesses dos índios têm natureza de direito coletivo, direito comunitário. Como tal, concerne à comunidade toda e a cada índio em particular como membro dela. Essa ideia reconduz à comunidade de direito que existia no seio da gentilidade. “os bens da gens pertenciam conjuntamente a todos os gentílicos. E este direito se distinguia do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissolavelmente ligado à qualidade de membro da coletividade. Por isso é que a Constituição reconhece legitimação para defendê-los em juízo aos próprios índios, às suas comunidades e às organizações antropológicas e pró-índios, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo, que é da competência, em primeira instância, do Juiz Federal da seção onde estiverem situadas as terras por eles habitadas (arts. 109, XI e §2º, e 232) e, na segunda, do Tribunal Regional Federal da área. Pela mesma razão, ou seja, por se tratar de direitos e interesses coletivos, indisponíveis, de ordem pública, envolvidos, além do mais, com interesses da União, é que a Constituição também deu legitimação ao Ministério Público para

defendê-los judicialmente (art. 129, V), e, se a competência é da Justiça Federal, o Ministério Público legitimado é o Ministério Público Federal.⁶⁶

Sendo assim, pode-se concluir que tal modificação de competência pela não incidência da súmula 140 do STJ é plenamente plausível considerando o grau de interesse público da defesa dos direitos dos indígenas.

5.3 (IN)IMPUTABILIDADE DO ÍNDIO

Sabe-se que a imputabilidade é uma condição necessária à constituição da culpabilidade, a qual é um dos elementos essenciais para que a conduta praticada pelo indivíduo seja considerada delituosa. Assim, um sujeito inimputável que pratica uma conduta típica e ilícita não comete um crime, mas sim um ato ilícito, não devendo o agente receber uma pena.

Do ponto de vista legal, dispõe o art. 26 do Código Penal vigente que o inimputável é o sujeito que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era capaz de compreender o caráter ilícito do ato praticado ou de se portar de acordo com essa compreensão no momento da ação ou omissão criminosa. Os inimputáveis, ainda prescreve o *caput* do art. 26, CP, são isentos de pena.⁶⁷

Há ainda o conceito de semi-imputabilidade, positivado no parágrafo único do art. 26 do Código Penal, em que o agente que pratica o crime terá a sua pena reduzida de um a dois terços se, por perturbação mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não tiver capacidade de entender integralmente o caráter ilícito da conduta praticada.⁶⁸

⁶⁶SILVEIRA, 2000, p. 831-832.

⁶⁷BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Art. 26.

⁶⁸BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Art. 26, Parágrafo único.

O ordenamento jurídico nacional silencia diante da questão da imputabilidade penal dos silvícolas, de modo que resta aos doutrinadores e magistrados solucionar tal problemática.

O STJ reconhece que, já há mais de uma década, quando houver prova nos autos de que o índio delinquente seja integrado à sociedade, o mesmo será considerado penalmente imputável. No entanto, havendo ausência de tais provas, será necessário um laudo antropológico e social para que seja avaliada o seu grau de aculturação, sendo analisada a sua imputabilidade a partir do resultado deste exame.⁶⁹

Convergindo a esta proposta, decide o STJ:

Direito Penal e Processual Penal. "Habeas Corpus". Crime praticado por indígena. Competência. Súmula 140 do STJ. Ausência de exame antropológico e de idade. Cerceamento de defesa. Aculturação. Instrumento deficiente. A competência para o processamento e o julgamento das infrações penais em que figure índio como autor ou vítima, não havendo disputa de interesses da comunidade indígena, é da Justiça Estadual. Súmula 140 do STJ. É incabível o conhecimento da alegação de cerceamento de defesa, na via do "habeas corpus", quando se considera admissível a dispensa do laudo antropológico a fim de aferir a imputabilidade penal do índio, em face das provas de aculturação, não se formando o instrumento do "writ" com as peças motivadoras do convencimento da autoridade apontada coatora. Ordem denegada.140140 (25003 MA 2002/0136661-4, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 08/09/2003, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.12.2003 p. 406LEXSTJ vol. 173 p. 260RT vol. 825 p. 535) (grifamos)

Assim, entende o tribunal superior que aos índios que não estejam incorporados à comunhão nacional nos termos da legislação específica,⁷⁰ é necessária sempre a apresentação de laudo antropológico para que se comprove a

⁶⁹ANTUNES, 2005, p. 1.074.

⁷⁰BRASIL. Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Art 4º 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;

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.

sua imputabilidade. Abaixo, mais um caso que ilustra a exigência do exame comprobatório:

"HABEAS CORPUS. ESTUPRO. MENORES INDÍGENAS. AUSÊNCIA DE LAUDO ANTROPOLÓGICO E SOCIAL. DÚVIDAS QUANTO AO NÍVEL DE INTEGRAÇÃO. NULIDADE. Somente é dispensável o laudo de exame antropológico e social para aferir a imputabilidade dos indígenas quando há nos autos provas inequívocas de sua integração à sociedade. No caso, há indícios de que os menores indígenas, ora pacientes, não estão totalmente integrados à sociedade, sendo indispensável a realização dos exames periciais. É necessária a realização do estudo psicossocial para se aferir qual a medida sócio-educativa mais adequada para cada um dos pacientes." Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação dos menores sem a realização do exame antropológico e psicossocial.(40884 PR 2005/0000726-0, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 06/04/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 09.05.2005 p. 445)

Nada impede, no entanto, que um indígena considerado integrado à comunhão nacional venha a ser considerado inimputável em virtude de uma deficiência mental que o incapacite de reconhecer o caráter ilícito do ato praticado, bem como tenha sua pena reduzida devido a uma reduzida capacidade de entender tal ilicitude, sendo caracterizada, em tal caso, a semi-imputabilidade do agente.

O art. 56 do Estatuto do Índio prevê que o índio condenado em ação penal deverá ter sua pena atenuada conforme o seu grau de integração na sociedade.⁷¹ O dispositivo não especifica quais os silvícolas, conforme sua aculturação, que serão beneficiados, sendo entendido pela jurisprudência que a atenuante não é aplicável ao índio completamente integrado na comunhão nacional. Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - PEDIDO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO - IMPROCEDÊNCIA - CIRCUNSTÂNCIA DEVIDAMENTE CONSIDERADA PELO MAGISTRADO - **PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ART. 56 DA LEI N. 6001/73 - IMPOSSIBILIDADE - ÍNDIO COMPROVADAMENTE INTEGRADO À SOCIEDADE** - CRIME HEDIONDO - PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM FULCRO NO ART. 44 DO CP - IMPROCEDÊNCIA - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS - RECURSO IMPROVIDO.56600144CP (29621 MS 2008.029621-0, Relator: Des. João

⁷¹BRASIL. Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Batista da Costa Marques, Data de Julgamento: 17/03/2009, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 01/04/2009) (grifamos)

Acerca do local de cumprimento da pena, na hipótese de o índio ser considerado imputável, dispõe o parágrafo único do art. 56 da Lei 6.001/73 que “As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.”⁷²

Resta questionar qual índio tem direito a esse regime especial de semiliberdade, de modo que houve uma mudança de entendimento nos últimos anos entre os tribunais superiores:

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA. ÍNDIO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DISPENSABILIDADE. RÉU INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. PLEITO DE CONCESSÃO DO REGIME DE SEMILIBERDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N.º 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO. ORDEM DENEGADA.56PARÁGRAFO ÚNICO6.001I. Hipótese em que o paciente, índio Guajajara, foi condenado, juntamente com outros três co-réus, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, em associação, e porte ilegal de arma de fogo, pois mantinha plantio de maconha na reserva indígena Piçarra Preta, do qual era morador.II. Não é indispensável a realização de perícia antropológica, se evidenciado que o paciente, não obstante ser índio, está integrado à sociedade e aos costumes da civilização.III. Se os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da inimputabilidade do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de laudo antropológico.IV. Precedentes do STJ e do STF.**V. Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n.º 6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional.**VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido in casu. Precedentes.Estatuto do ÍndioVII. Ordem denegada. (30113 MA 2003/0154495-0, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 04/10/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16.11.2004 p. 305) (grifamos)

⁷²BRASIL. Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Art. 56, Parágrafo único.

Da decisão transcrita acima, pode-se concluir que o STJ, em decisão proferida no ano de 2004, considerava que o benefício do regime especial semiliberdade previsto na legislação específica era aplicável apenas aos índios não aculturados. Recentemente, no entanto, entende o STF que a prisão em regime especial de semiliberdade é aplicável a qualquer indígena, independente de seu grau de integração na sociedade, conforme ilustra o julgado abaixo:

Decisão: Vistos. Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Fundação Nacional do Índio (Funai) em favor de Leonizio Martina Ortiz, buscando a revogação da prisão preventiva do paciente. Aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 185.102/MS, impetrado naquela Corte, Relatora a Ministra Laurita Vaz. Sustenta a impetrante, em síntese, a falta de fundamentação apta a justificar a necessidade da medida constritiva do paciente, bem como a ausência dos pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Assevera, ainda, que: "(...) o paciente efetivamente exerceu as funções de jurado no Tribunal do Júri da Comarca de Amambai-MS, condição essa que implica o seu recolhimento cautelar em quartel ou prisão especial, a teor do art. 295, X, do Código de Processo Penal. Do mesmo modo, o Paciente também possui diploma de Curso Superior emitido por Instituição de Ensino Superior da República (e-STJ fl. 52), fazendo jus ao mesmo tratamento citado no parágrafo anterior conforme preceitua o inciso VII do art. 295 do CPP. (...) **Não bastasse isso, o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73, no parágrafo único do seu art. 56, estabelece que as penas aplicadas a indígenas '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'. Impede destacar que o Supremo Tribunal Federal já entendeu que esse benefício deve ser conferido 'pela simples condição de se tratar de indígena' (HC 85198/MA, Rel. Min. EROS GRAU, 1ª Turma, DJ 09-12-2005, p. 16), o que, 'in casu', resta demonstrado às fl. 54eSTJ.**

Ora, se a condenação definitiva do indígena já implica esse regime especial de cumprimento de pena, não se pode aceitar que uma medida cautelar, de natureza efêmera e acessória, acarrete o encarceramento do Paciente em condições mais gravosas do que aquela. Desta forma, mister se faz que seja determinado ao juízo de origem a observância das regras processuais que estabeleceu um regime de encarceramento do ora Paciente" (fls. 13/14 da inicial -grifos no original). Requer, liminarmente, a revogação da prisão preventiva do paciente ou que "seja observado o regime jurídico previsto no art. 56, parágrafo único, do Estatuto do Índio (lei n. 6.001/73), ou, que o Paciente seja posto em cela especial, a teor da previsão elencada no art. 295, VII, e V, do CPP; ou ainda, por qualquer motivo entenda-se pela impossibilidade da apreciação dessas questões no presente writ, seja concedido habeas corpus de ofício para sanar essas ilegalidades" No mérito, pede a confirmação. Indeferi o pedido de liminar e solicitei informações ao Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Amambai/MS e ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. As informações foram devidamente prestadas. O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. Cláudia Sampaio Marques, opinou pela prejudicialidade da impetração. Examinados os autos, decido. Com razão o Parquet Federal, pois conforme afirma o parecer, "segundo se extrai do andamento processual da Apelação Criminal n. 0003374-56.2010.8.12.0004, seu julgamento ocorreu em

30/1/2012, sendo parcialmente provido para absolver o paciente de duas das condutas imputadas, reduzir a pena-base e aplicar o crime continuado a todos os crimes do art. 217-A", sendo que "o paciente não impugnou o acórdão, que transitou em julgado em 21/3/2012". Nesse contexto, a notícia de que a segregação do paciente decorre de condenação já transitada em julgado, o alegado constrangimento ilegal aventado na impetração encontra-se superado. Assim, nos termos dos arts. 21, inciso IX, do RISTF e 38 da Lei nº 8.038/90, julgo prejudicado o presente habeas corpus. Publique-se. Brasília, 14 de junho de 2012. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente312Código de Processo Penal295XCódigo de Processo PenalVII295CPPEstatuto do Índio6.0015656parágrafo único Estatuto do Índio6.001295VIICPP388.038 (111164 MS , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 14/06/2012, Data de Publicação: DJe-119 DIVULG 18/06/2012 PUBLIC 19/06/2012) (grifamos)

Sendo o entendimento proposto pelo Supremo proferido no presente ano, tem-se que é a partir dessa perspectiva (a de que a regra do art. 56, parágrafo único do Estatuto do Índio seja aplicável a qualquer indígena) que os juízes e tribunais deverão fundamentar as suas decisões a partir de então. Contudo, não é o que se tem constatado ao analisar as decisões proferidas nos últimos anos sobre o tema, de modo que a maior parte delas permanece de acordo com o entendimento já superado de que a norma em questão não é válida para todos os silvícolas independente de seu grau de aculturamento. Acerca desta divergência, seguem abaixo alguns julgados a título de exemplificação:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA, CORRUPÇÃO DE MENORES E FURTO QUALIFICADO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. REJEIÇÃO. DOSIMETRIA. IMPOSSÍVEL REDUÇÃO DA PENA, EM FACE DE ATENUANTE DA CONFISSÃO IMPOSTA A EDNALDO ALVES DOS SANTOS, POIS MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUE JUSTIFICAM A PENA APLICADA A NATANAEL VITOR DE ALMEIDA, ENTRETANTO, A AUSÊNCIA DA HIPÓTESE PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 68 DO CP TORNA IMPOSSÍVEL A MAJORAÇÃO APLICADA. IMPOSSIBILIDADE DE REGIME DE SEMILIBERDADE PREVISTO NO ART. 56 DO ESTATUTO DO ÍNDIO. RECORRENTES INTEGRADOS À SOCIEDADE. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. DECISÃO UNÂNIME. PARÁGRAFO ÚNICO68CP56ESTATUTO DO ÍNDIOI - A preliminar de nulidade da sentença deve ser rejeitada, não havendo que se falar em descumprimento de requisito formal. A sentença consta todos os fundamentos fáticos e jurídicos, encontrando-se devidamente motivada, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.93IXConstituição Federal II - Impossível a redução da reprimenda imposta a Ednaldo Alves dos Santos, em face de atenuante da confissão, pois a pena-base foi aplicada no mínimo legal. Quanto a Natanael Vitor de Almeida, o magistrado a quo apreciou adequadamente as circunstâncias judiciais do art. 59, considerando-as preponderantemente desfavoráveis, o que justificou as penas-base impostas. Redução, em 06 (seis) meses, da pena privativa de liberdade aplicada ao crime de falsidade, praticado por Natanael Vitor de Almeida,

referente ao parágrafo único do art. 68 do CP, pois ausente concurso de causa de aumento e diminuição, tornando-a definitiva em 03 (três) anos de reclusão parágrafo único, 68CP III - **A forma como foi planejado e executado o delito de furto, a perspicácia na aquisição das guias de transporte de animais, a falsificação dos documentos públicos referentes à saúde deles, demonstram o alto grau de discernimento dos recorrentes bem como a plena integração à sociedade. O regime especial de cumprimento de pena estabelecido pelo Estatuto do Índio não se aplica ao caso presente, estando sujeitos, em consequência, ao disposto no Código Penal.** Estatuto do Índio Código Penal IV- Apelo provido parcialmente. Decisão unânime. (4421220078170150 PE 0000442-12.2007.8.17.0150, Relator: Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, Data de Julgamento: 12/04/2011, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 86) (grifamos)

HABEAS CORPUS ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO EXTINÇÃO PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO - PROGRESSÃO DE REGIME APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 56 DO ESTATUTO DO ÍNDIO (LEI No. 6.001/73).

1. Extinção da Punibilidade Prescrição da Pretensão Executória - Prisão Provisória interstício não considerado para efeitos prescricionais - artigo 113 do Código Penal que não comporta interpretação extensiva ou o uso da analogia cálculo procedido pelo quantum total da pena lapso temporal do art. 109, inciso IV do CPB não atingido.

2. Progressão de Regime de Pena Impropriedade da via eleita mormente diante da impossibilidade de se auferir a satisfação dos requisitos legais exigidos constantes no artigo 112 da Lei de Execução Penal - rito processual que não comporta dilação probatória.

3. Súmulas 716 e 717 do STF que não afastam a análise dos requisitos legais.

4. Estatuto do Índio Aplicabilidade do Parágrafo único do artigo 56 da Lei 6.001/73 em razão do paciente ser indígena dispensabilidade do Laudo antropológico conforme Jurisprudência colacionada do STF.

4. Ordem Parcialmente concedida nos termos da fundamentação constante do voto. Unanimidade. (HC 200730051501 PA 2007300-51501, Relatora: Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos. Data de Julgamento: 26/11/2007, 3ª Câmara Criminal) (grifamos)

O exame antropológico tem como finalidade *avaliar* capacidade ou incapacidade do silvícolas em discernir o correto do incorreto, o certo do errado. As divergências existem.

Segundo o Prof. René Ariel Dotti, a capacidade de culpa do índio só poderá ser medida por exame antropológico e social.⁷³

⁷³DOTTI, 2009. A situação jurídico-penal do indígena: hipóteses de responsabilidade e de exclusão. Disponível em: <http://professormarcosfontes.files.wordpress.com/2012/09/a-situac3a7c3a3o-jurc3addico.pdf>. Acesso em: 18 out. 2012

Tal avaliação tem como necessidade averiguar o quanto o índio, está ligada a vida social o quanto ele é integrado à sociedade.

Este exame tem como finalidade avaliar capacidade ou incapacidade do silvícola em discernir o correto do incorreto, o certo do errado. As divergências existem.

Elaine Amorim em seu texto relata um trabalho feito às sociedades indígenas em que ocorreu a morte de um índio, onde a Polícia Militar teria entrado em território indígena e atingido o índio com arma de fogo, assim levando-o morte. No caso analisado, fora constatada a ocorrência da discriminação com o indígena, tendo sido trazida aos autos a perícia antropológica acerca dos aspectos socioculturais necessários à apreciação do caso.⁷⁴

A polícia Militar não tinha a permissão para entrar na aldeia, pois teriam que ter se reportado ao Cacique da tribo, pois este, tem em sua presença uma grande força e respeito pelos demais.

Assim, segundo René Dotti, esse tipo de diligência é essencial quando o sujeito ativo do delito não está completamente integrado à comunhão nacional.^{75 76}

Desta forma quando for verificado pelo juiz no processo o grau de integridade social do índio que cometeu uma infração penal, será afastada a necessidade de laudo antropológico.

⁷⁴AMORIM, 2004, p. 48

⁷⁵DOTTI, 2009. A situação jurídico-penal do indígena: hipóteses de responsabilidade e de exclusão. Disponível em: <http://professormarcosfontes.files.wordpress.com/2012/09/a-situac3a7c3a3o-jurc3addico.pdf>. Acesso em: 18 out. 2012

⁷⁶No sentido da necessidade dos laudos é o precedente do STJ, HC40.884/PR (2005/0000726-0),rel.Min. José Arnaldo da Fonseca, j.07.04.2005,DJU 09.05.2005, Seção 1, p. 445

5.4 COMPETÊNCIA

E seu texto a Constituição Federal de 1988, refere Art. 109: Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) XI- a disputa sobre os direitos indígenas”

O Juiz Federal Dr. Hélder Girão Barreto, com referência ao artigo acima, leciona que se deve constatar a competência em razão da matéria, e não da pessoa.⁷⁷

Seria nos casos presente de disputas por terras, conforme a Constituição de 1934 e 1969 os indígenas eram limitados aos direitos da posse das terras em que se encontravam.

Barreto ainda descreve que a jurisprudência cível entende que tudo aquilo que não e referir à tutela e à posse de terras indígenas não é de competência da Justiça Federal.⁷⁸

Neste mesmo sentido é de entendimento de Dotti que a competência federal ocorre apenas quando o delito estiver relacionado a algum bem tutelado pela CF/88 no que se refere aos direitos indígenas sobre os territórios ocupados tradicionalmente.⁷⁹

Com relação a competência para julgar os crimes cometidos pelos indígenas e contra eles, o legislador apresentou a Súmula 140 do STJ.

Súmula 140 STJ: “Compete à Justiça comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”.

René Dotti, em comentário à súmula em questão, entende que a redação dá a entender que a mera ofensa ao bem jurídico individual (v.g. vida, integridade

⁷⁷BARRETO, 1989, p. 13

⁷⁸BARRETO, 1989, p. 13

⁷⁹DOTTI, 2009. A situação jurídico-penal do indígena: hipóteses de responsabilidade e de exclusão. Disponível em: <http://professormarcosfontes.files.wordpress.com/2012/09/a-situac3a7c3a3o-jurc3addico.pdf>. Acesso em: 18 out. 2012

física) não representa interesse para a União, ou seja, não tramitará perante o juízo federal.⁸⁰ Como foi dito em julgado específico sobre o tema, o crime motivado por desentendimento pessoal não tem pertinência relacionados aos índios.⁸¹

⁸⁰DOTTI, 2009. A situação jurídico-penal do indígena: hipóteses de responsabilidade e de exclusão. Disponível em: <http://professormarcosfontes.files.wordpress.com/2012/09/a-situac3a7c3a3o-jurc3addico.pdf>. Acesso em: 18 out. 2012

⁸¹STF, 2.^aT.,HC81.827-7/MT, rel.Min. Mauricio Correa, j28.05.2002,DJU 23.08.2002, Seção 1,p.115

6 CONCLUSÃO

O Direito dos indígenas, mesmo sendo legalizados, ratificados desde o período colonial, seu modo de vida, sobrevivência, cultura e costumes sempre foram incessantemente violados, tendo consequências trágicas aos povos indígenas.

Estes foram massacrados, humilhados, foram feitos de escravos, foram mortos. Os portugueses quando chegaram em nosso país, avistaram estes índios, que habitavam a costa do litoral do Brasil, contudo, praticamente os obrigaram a serem diferentes, era acostumados com uma forma de sociedade, tinham suas crenças e costumes suas culturas.

De uma forma obrigatória os indígenas que se comportavam de forma tranquila eram catequizados, os que não aceitavam a catequese, eram tratados com violência física. Foi uma etapa muito árdua para os povos indígenas e suas comunidades, pois sofreram todos os tipos de violência.

Com relação ao presente trabalho partiu da origem histórica com a pretensão de expor as legislações específicas os princípios jurídicos do nosso direito cabe ao operador do direito ter o compromisso de fazer valer a Constituição Federal, assim tem o dever e o poder que esses direitos sejam efetivados.

A legislação evidencia em seus artigos, jurisprudências, o quanto está demonstrado se o indígena é imputável, inimputável ou semi imputável. As jurisprudências são vastas neste sentido.

Concluiu-se neste presente trabalho que ficará ao magistrado reconhecer a necessidade de Laudo Antropológico, pois se as provas estiverem comprovadas nos autos do processo, não se fará necessário o referente Laudo.

REFERÊNCIAS

AMORIN, Elaine. **O desafio do multiculturalismo na ação penal – Laudo pericial antropológico judicial sobre crime envolvendo indígena.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.* Bimestral, Ano 12 n. 46 janeiro- fevereiro de 2004.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Comentários a Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AVELINE, Ricardo Strauch. **Os DIREITOS Humanos dos Povos-diretos e a Justiça Internacional.** <http://estadodedireito.com.br/2012/08/01/os-direitos-humanos-dos-povos-indigenas>. Acessado em 19/10/2012

BANIWA Gersen, **A conquista da cidadania como direito, pluralismo jurídico e o fantasma da tutela no Brasil contemporâneo.** *Revista Faculdade de Direito da FMP.* Nº 3 (2009) – Porto Alegre: 2007-, 23 cm.

BARRETO, Hélder Girão. **O índio diante do Sistema Jurídico.** *Revista o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.* Vol. 1, n.1 (out./dez. 1989) – Brasília: TRF-1ª Região, 1989.

BOAS, Márcia Cristina Altavater, e Filho Vladimir Brega. **Os povos Indígenas Brasileiros: DA integração à Interação.** *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos -* Coordenação de Lucia Massara e Carlos Alberto Rohrmann-v. 23 (2011) – Belo Horizonte, Del Rey, 2011

SOUZA FILHO, Carlos Frederico de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 1998.

CAVALCANTI, Fábio da Costa. **Revista da AGU advocacia Geral da União,** ano IV – Número 6, Brasília, abril de 2005.

COLAÇO, Thais Luzia. **O Direito indígena pré-colonial Justiça na América Indígena: da conquista à colonização** /Antonio Carlos Wolkemer (organizador);colaboradores Claudia Fernanda Rivera Bohn...[et al.]- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva 2010.

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Nações Unidas, Rio de Janeiro, 2008, UNIC/Rio/023-Mar. 2008.

Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização/ Antônio Carlos Wolker (organizador); colaboradores Claudia Fernanda Riveira Bohn... [et al] - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

FRANCO, Dilziane Endo da Cunha. **Uma análise acerca da reformado art. 5º, § 3º, da CF/1988 e sua Aplicabilidade às Normas da OIT**, revista instituto dos advogados de São Paulo, vol27.p139, janeiro de 2011.

<http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/constituicoes/na-pratica>

<http://www.funai.gov.br/indios/fr-conteudo.htm> (a cessado em 12/09/2012) www.funai.gov.br/indios/fr-conteudo.htm)

<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/social-and-human-sciences/human-rights/human-rights-evolution/#c154765>

Lei nº 6.001 –DE 19 de Dezembro de 1973.
http://www.funai.gov.br/quem/legislacao/estatuto_indio.html. acessado em 19/10/2012

MAIOR, Ana Paula Caldeira Souto. **Imputabilidade Penal**. disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/temas-recentes/imputabilidade-penal>. acesso em: 21/10/2012.

[http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/o-servico-de-protecao-aos-indios-\(spi\)](http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/o-servico-de-protecao-aos-indios-(spi)): Acessado em 19/10/2012

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 5ª ed. Ano 2010.

RIBEIRO, Darcy. **Os Índios e a civilização**, Circulo do livro, ano 1996.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Índios e seus Direitos constitucionais na Democracia Brasileira**. Revista de Direito Constitucional/vol.60/p. 281/jul/2007.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Índios e Imputabilidade Penal**. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/indios_imputabilidade_Penal.pdf. Acesso em: 20/10/2012.

SANTOS Filho, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**./ Roberto Lemos dos Santos Filho./1ª ed. (ano 2005), 2ª tir./Curitiba: Juruá, 2006.

Seminário Nacional Sobre a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Carta de Brasília. Fevereiro de 2008. 3. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/eventos/docs_eventos/seminarios_nacoes_unidas.pdf. Acesso em 21/10/2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.