

Justiça Criminal

POVOS INDÍGENAS DO BRASIL



organizador
LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO

Luiz Henrique Eloy Amado
(organizador)

**JUSTIÇA CRIMINAL E POVOS INDÍGENAS
NO BRASIL**

São Leopoldo



2020

© Editora Karywa – 2020

Rua Serafim Vargas, 66

São Leopoldo – RS

CEP: 93030-210

<https://editorakarywa.wordpress.com>

Conselho Editorial:

Dra. Adriana Schmidt Dias (UFRGS – Brasil)

Dra. Claudete Beise Ulrich (Faculdade Unida – Brasil)

Dr. Cristóbal Gnecco (Universidad del Cauca – Colômbia)

Dra. Delia Dutra da Silveira (UDELAR, CENUR, L.N. – Uruguai)

Dr. Eduardo Santos Neumann (UFRGS – Brasil)

Dra. Eli Bartra (UAM-Xochimilco – México)

Dr. Moisés Villamil Balestro (UNB – Brasil)

Dr. Raúl Fonet-Betancourt (Aachen – Alemanha)

Dr. Rodrigo Piquet Saboia de Mello (Museu do Índio – Brasil)

Dra. Tanya Angulo Alemán (Universidad de Valencia – Espanha)

Dra. Yisel Rivero Báxter (Universidad de la Habana – Cuba)

Publicação institucional:

Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB

Núcleo de Defesa e Assessoria Jurídica Popular de Mato Grosso do Sul – Najup/MS

Comissão Científica:

Dr. Luiz Eloy Terena – coordenador

Dra. Ana Carolina Alfinito Vieira

Dra. Roberta Amanajás Monteiro

Coordenação Executiva – APIB:

Alberto Terena

Darã Tupi Guarani

Eliseu Guarani Kaiowá

Eunice Kerexu

Kretã Kaigang

Paulo Tupiniquim

Sonia Guajajara

Conselho Executivo – Najup/MS:

Anderson de Souza Santos

Lindomar Terena

Simone Eloy Amado

Financiamento: Fundo Brasil Direitos Humanos – Edital Direitos Humanos e Justiça Criminal (contrato n. 13125/17)

Créditos da Imagem da Capa: Eric Terena

* Os textos são de responsabilidade de seus autores.

Luiz Henrique Eloy Amado (Org.)

Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil. Organizador: Luiz Henrique Eloy Amado. São Leopoldo: Karywa, 2020.

270p. : il

Ebook

ISBN: 978-65-86795-00-4

1. Direito indígena; 2. Direito indigenista; 3. Processos penais; 4. Encarceramento indígena; 5. Jurisprudência; I. ELOY AMADO, Luiz Henrique.

CDD 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
<i>Ana Valéria Nascimento Araújo</i>	
A NECESSIDADE DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA DE INDÍGENAS NO PROCESSO PENAL	9
<i>Tédney Moreira da Silva</i>	
A PENA DE PRISÃO NO BRASIL: O ENCARCERAMENTO DE INDÍGENAS EM MATO GROSSO DO SUL – MULTICULTURALISMO E O DIREITO À IDENTIDADE.....	28
<i>Daniele de Souza Osório</i>	
LÍNGUA E RACISMO INSTITUCIONAL NA CPI DO GENOCÍDIO/MS: O CASO PAULINO TERENA E O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS AO USO DA LÍNGUA TRADICIONAL EM PROCEDIMENTOS JUDICIAIS	47
<i>Julia Izabelle da Silva</i>	
“SE NÃO HÁ ÍNDIOS, TAMPOUCO HÁ DIREITOS”: UMA ANÁLISE DE DADOS SOBRE PESSOAS INDÍGENAS EM SITUAÇÃO DE PRISÃO NO BRASIL A PARTIR DO USO DOS MECANISMOS DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO	74
<i>Michael Mary Nolan</i> <i>Viviane Balbuglio</i>	
GUETOS TUPINQUINS?	93
<i>Antonio Hilário Aguilera Urquiza</i> <i>Ariovaldo Toledo Penteado Junior</i>	
A REALIDADE DAS MULHERES INDÍGENAS ENCARCERADAS NO BRASIL: A LÍNGUA NÃO FALADA PELA JUSTIÇA CRIMINAL.....	115
<i>Brunna Rabelo Santiago</i> <i>Luiz Fernando Kazmierczak</i>	
O CONTATO ENTRE SISTEMA PENAL E INDÍGENAS EM SÃO GABRIEL DA CACHOEIRA/AM.....	132
<i>Felipe Pereira Jucá</i>	
SUPER-REPRESENTAÇÃO DOS KAIOWÁ E GUARANI NO SISTEMA PENITENCIÁRIO: UM PEDAÇO DA AUSTRÁLIA EM MATO GROSSO DO SUL ...	158
<i>Karla Mendes</i> <i>Marco Antonio Delfino de Almeida</i>	

A ETNOFOBIA NO SISTEMA PENAL: OS INDÍGENAS PRESOS EM MATO GROSSO DO SUL.....	189
<i>Neyla Ferreira Mendes</i>	
ENCARCERAMENTO INDÍGENA NO MATO GROSSO DO SUL: UMA ANÁLISE ANTROPOLÓGICA E JURÍDICA	215
<i>Tayran Valiente Dias de Oliveira</i>	
<i>Lílian Raquel Ricci Tenório</i>	
PANORAMA DO TRATAMENTO PENAL DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL ..	237
<i>Gabriel Barbosa Gomes de Oliveira Filho</i>	
CORPOS INDÍGENAS E JUSTIÇA CRIMINAL NO CONTEXTO SOCIAL DE MATO GROSSO DO SUL	257
<i>Luiz Henrique Eloy Amado</i>	
<i>Anderson de Souza Santos</i>	

APRESENTAÇÃO

“Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil”, organizado pelo advogado Luiz Henrique Eloy Amado, do Núcleo de Assessoria Jurídica Popular do Mato Grosso do Sul (NAJUP/MS), é um livro valioso e necessário para a compreensão da realidade e da gravidade dos problemas enfrentados por povos indígenas no sistema de justiça e no processo penal brasileiros. Para o Fundo Brasil, é uma honra apresentar esta obra ao leitor neste momento.

A publicação trata dos mecanismos pelos quais o encarceramento em massa volta seu potencial violador especificamente para os povos indígenas, integrando-se então ao longo projeto nacional de destruição dos meios de vida e de culturas originárias no Brasil. Por meio de reflexões e análise de casos concretos, permite entender os impactos da invisibilidade dos indígenas no sistema prisional, que teima em desconsiderar suas diferenças socioculturais em violação ao princípio da isonomia no processo penal. É possível perceber como tal invisibilidade é usada para reavivar um já obsoleto projeto assimilacionista, que, por sua vez, vem sendo mantido nas práticas judiciais ao longo da história e ainda nos dias de hoje, em pleno século XXI.

Os artigos, nesta coletânea, investigam em profundidade dados e pormenores do encarceramento indígena no país. Entre outras coisas, os autores vão falar de quão imprecisos são os números oficiais da composição étnica da população prisional, por conta de erros e falhas de registro que fazem com que indígenas sejam encarados como não-indígenas pelo sistema; da absoluta incompreensão das especificidades indígenas por parte do sistema e da sua contaminação por ideologias reveladoras do racismo institucional brasileiro; da criminalização de indígenas, de táticas de controle que impedem o acesso dessa população à justiça e do quanto tudo isso serve a um propósito etnocida e de supressão de direitos.

Os direitos dos povos indígenas sobre seus territórios e recursos naturais, a gestão sustentável de suas terras aliada à necessidade de proteção de sua integridade cultural e a garantia do direito à diferença encontram fundamento na Constituição Federal de 1988, que consolidou os

parâmetros de uma nova relação do Estado e da sociedade brasileira para com os indígenas, constituindo um marco divisor no que se refere à concepção ultrapassada que regeu essas relações até então. Isso permitiu um avanço significativo na proteção e reconhecimento de alguns desses direitos ao longo dos anos.

No entanto, vivemos hoje um absurdo retrocesso histórico, conduzido por uma política indigenista que ignora o paradigma do respeito à diversidade, com pretensões de retomada da mentalidade assimilacionista, voltada à eliminação das diferenças. As ações do atual governo, pautadas pelo preconceito, discriminação e por uma visão colonialista, abrem as portas para a proliferação de conflitos a partir da invasão e exploração indiscriminada das terras indígenas, com o aumento substancial da criminalização de índios e suas organizações, e acirramento da violência institucional que afeta os direitos de indivíduos, comunidades e povos indígenas em todo o país.

O apoio às lutas indígenas sempre foi absolutamente necessário, constituindo um dos compromissos originários do Fundo Brasil. Isso agora se impõe ainda mais, diante dos ataques que se intensificam rapidamente.

O Fundo Brasil também sempre se comprometeu com o apoio às lutas anti-prisionais e seus diversos atores. No que se refere à garantia dos direitos fundamentais de povos indígenas no contexto carcerário, reconhece-se uma larga dívida histórica, tanto da sociedade quanto do Estado e do sistema de justiça criminal.

O encarceramento em massa é uma das mais persistentes fontes de violações de direitos humanos e um dos maiores sintomas das desigualdades étnicas e raciais, de gênero e de classe que estruturam a sociedade brasileira. Na era dos massacres prisionais, as pessoas presas são custodiadas em prisões que funcionam, ao arrepio de qualquer ideia que se faça de justiça e dignidade humana, como instrumentos de tortura – superlotação, insalubridade, violências, bem como ausência de serviços básicos, educação e oportunidades de trabalho são as regras intramuros. A situação carcerária agrava-se ano a ano, resistindo ao tempo e às intervenções da sociedade civil. Mais que isso, o afã punitivista parece apenas crescer em diversos setores.

São jovens negros e das periferias dos centros urbanos, assim como indígenas em regiões específicas do país, os selecionados diariamente pelo sistema de justiça criminal para formar a imensa população carcerária brasileira – a terceira maior do planeta em números absolutos. Aproximamo-nos a passos largos do marco de um milhão de pessoas confinadas nas unidades prisionais, mesmo que oficialmente tenhamos vagas para cerca de metade disso. Se considerarmos todas as pessoas que estão sob alguma forma de controle penal, esse número já superou a marca de um milhão há algum tempo.

Os números servem para termos uma ideia melhor da dimensão do punitivismo brasileiro. Prender tornou-se, novamente as custas do direito e da dignidade, medida primeira, e quase sempre a única, para lidar com grupos sociais específicos. Ainda mais grave, quatro em cada 10 presos são provisórios; ou seja, não foram ainda devidamente julgados, mas já estão submetidos ao cárcere. Não é raro que posteriormente sejam julgados inocentes ou sentenciados a penas que não necessariamente impliquem na restrição de liberdade, revelando que a prisão provisória, que tanto alimenta o encarceramento em massa, se mostra indevida e arbitrária.

Neste contexto, a situação dos indígenas submetidos ao cárcere constitui um capítulo à parte, sobre o qual pouco se conhece e praticamente não se fala. As especificidades étnico-culturais – ou a incapacidade do sistema de reconhecer e lidar com elas – revelam uma dura realidade de privações e violação de direitos.

A missão do Fundo Brasil de Direitos Humanos é promover o respeito aos direitos humanos no país, a partir do apoio à sociedade civil organizada que se dedica à defesa de direitos. Apoiar aquelas e aqueles que lutam contra o encarceramento em massa é, por isso mesmo, necessidade e prioridade para nós.

A partir de 2013, o Fundo Brasil consolidou uma parceria com a Fundação Oak para apoiar iniciativas específicas no campo da justiça criminal. Em seis anos, mais de 30 projetos foram apoiados, direcionando cerca de R\$ 8 milhões para o enfrentamento da prisão provisória e para o combate à tortura no sistema carcerário.

Em 2017, lançamos o edital “Direitos Humanos e Justiça Criminal – Enfrentando a Prisão Provisória e o Encarceramento em Massa no Brasil” para fortalecer iniciativas de grupos de base no campo da justiça criminal

nas diversas regiões do país. No contexto desse edital, 11 organizações foram apoiadas, a grande maioria fora do eixo Rio-São Paulo. Foram propostas de enfrentamento à prisão provisória e combate à tortura desenvolvidas por organizações de familiares de presos e de vítimas da violência do Estado, organizações do movimento negro, organizações de mulheres, principalmente mulheres negras, organizações LBGTQI+, bem como uma organização indígena – o NAJUP/MS. Esta publicação é produto do trabalho do NAJUP/MS no âmbito desse edital.

Viabilizar um edital voltado para a justiça criminal permitiu-nos apoiar mais diretamente organizações de base, protagonistas dessas lutas nas diversas regiões do país. Possibilitou também que diversificássemos nossos apoios nesse tema, promovendo a ampliação e o fortalecimento do campo de atores tão imprescindível para o efetivo combate ao encarceramento em massa e aos abusos no sistema prisional.

Este livro é um documento de resistência na luta por direitos indígenas e fonte valiosa de informações sobre a situação dos povos indígenas no campo da justiça criminal. Chega em momento crucial e vai com certeza contribuir para as discussões sobre o encarceramento em massa no país.

Ana Valéria Nascimento Araújo

Superintendente do Fundo Brasil de Direitos Humanos

A NECESSIDADE DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA DE INDÍGENAS NO PROCESSO PENAL

*Tédney Moreira da Silva**

Introdução

As relações interétnicas travadas entre os poderes constituídos do Estado brasileiro e os povos indígenas são fruto de uma estrutura política etnocida secular, segundo a qual a diversidade étnica é considerada um obstáculo à consolidação de uma sociedade nacional homogênea, nos moldes de um liberalismo político nacionalista obtuso, e à implantação de um modelo socioeconômico desenvolvimentista, que exige a supressão de direitos étnicos e socioambientais atrelados.

Nesse sentido, a criminalização de indígenas segue o discurso habitual de invisibilidade: no tratamento jurídico penal, processual penal e de execução da pena, indígenas são encarados como não-indígenas, o que, apenas em aparência, concretiza o princípio humanitário de isonomia, já que este não pode ser definido sem se fazer referência às diferenças socioculturais entre os sujeitos comparados.

Indígenas têm costumes, crenças e tradições próprios à sua etnia e que dialogam ou não com os costumes, crenças e tradições da sociedade não-indígena (hegemônica). Em termos estritos de definição da responsabilidade criminal, exige-se, por medida de justiça, a consideração desta diversidade, além da imperiosa análise das circunstâncias em que o fato delituoso se produziu.

A perícia antropológica deve ser a base epistêmica a partir da qual o juízo criminal produz sua análise acerca de delitos que envolvam indígenas, seja no pólo ativo, seja no pólo passivo da ação penal. Sem aquela,

* Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Professor em Direito Penal, Criminologia e Direitos Humanos pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Membro do Grupo de Pesquisas em Direitos Étnicos Moitará – Brasília/DF. Advogado. E-mail: tedney.silva@mail.com.

resgata-se e reforça-se o olhar etnocêntrico que moldou as relações interétnicas até então produzidas, em evidente conflito com os ditames constitucionais vigentes que reconhecem a diversidade étnica dos povos indígenas no Brasil.

No entanto, de acordo com pesquisas jurisprudencial e doutrinária por nós realizadas, a criminalização de indígenas ignora esta diversidade étnica – e não sem razão: a invisibilidade de acusados indígenas no curso do processo penal revigora o projeto assimilacionista do indigenismo tardio do século XIX, que se estende por todo o século XX e mantém-se com pleno fôlego nas práticas judiciais e administrativas indigenistas do século XXI, fazendo com que a Constituição Federal e tratados internacionais relativos aos povos indígenas (já ratificados e promulgados, que determinam o respeito a tais diferenças) tornem-se meras aspirações um tanto utópicas.

Ao ressaltar-se o racismo das construções teóricas, culturais e sociais sobre os índios, que dão suporte à política indigenista assimilacionista (voltada à eliminação da diferença), evidencia-se o exercício de uma função política que promove o controle social de identidades étnicas autônomas, o que definimos como sendo o exercício de uma penalidade civilizatória.

A subjugação dos indígenas aos ideais de uma sociedade “civilizada” (nos moldes teóricos de um evolucionismo social de Herbert Spencer, ainda não superado) representa uma tática política etnocida com vistas a elidir direitos étnicos e transformar sujeitos de direitos em objetos do direito – um processo de reificação que encontra assento no senso comum e em ações públicas e políticas.

O estereótipo do “índio atrasado” e todas as demais qualidades racistas a esta imagem atribuídas desenvolvem-se desde os tempos coloniais. O fato histórico denominado de Grandes Navegações (séculos XV e XVI), eufemisticamente chamado de o “encontro de dois mundos”, é, em geral, reportado pela História a partir do ponto de vista dos conquistadores, isto é, dos europeus invasores das terras ameríndias. Mencionado, por vezes, como “descobrimto”, o fato, em si, contém muito pouco de um feliz acaso na Modernidade. Antes, as invasões das terras indígenas abriram margem à exploração desmedida, ao extermínio de povos inteiros e a uma tática genocida e etnocida ainda não findadas nos séculos atuais.

Visões de mundo trasladaram os mares e se fizeram impor pela força política e, assim, pelo poder punitivo. Segundo o sociólogo peruano Aníbal Quijano (1928-2018), a invasão das terras americanas dá início à formulação do conceito de raça, como compreendido até metade do século XX e que desaguou na teoria evolucionista spenceriana do século XIX: haveria humanidades distintas, umas melhores que outras e, portanto, hierarquizadas e submetidas ao jugo do mais forte.

A posterior miscigenação entre povos indígenas e africanos destribalizados, por exemplo, seria usada como argumento para a não evolução das terras americanas – argumento utilizado apenas como estratégia política de manutenção da dominação europeia, realizada por meio de um discurso racista.

No Brasil, o primeiro dos documentos legais concernentes aos indígenas, em processo de integração à sociedade nacional, foi o Alvará de 4 de abril de 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, 1986, p. 225).

O “Directório que se deve observar nas povoações dos índios do Pará e Maranhão” (Diretório pombalino), datado de 3 de maio de 1757, além de abolir a interferência jesuítica, proibiu também a utilização do *nheengatu* (língua geral) e estabeleceu critérios para ocupação dos aldeamentos pelos “moradores” (assim chamados os colonizadores), estimulando o casamento entre índias e brancos, como forma de miscigenação forçada.

O Diretório pombalino só foi abolido por meio da Carta Régia de 12 de maio de 1798, que declarava os indígenas como “vassalos livres”, permitindo-se a retomada das descidas (escravização de indígenas encontrados no curso de expedições bandeirantes). Neste momento, porém, para Ísis Kantor (*in* KOERNER, 2006, p. 36), “[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 juízes de paz”.

Nova alteração provém com a Carta Régia, de 5 de novembro de 1808, que permitia a qualquer morador o aprisionamento de indígenas

por até quinze anos, destinando-os aos serviços que se quisessem – com ulterior revogação pela Lei de 27 de outubro de 1831, que desonerava da servidão todos os indígenas (NIZZA, 1986, p. 43).

As constantes inovações e revogações legislativas no que concerne ao tratamento jurídico dos indígenas demonstram como a Coroa era constantemente pressionada por setores diversos nesta questão, em especial, pela Igreja Católica, voltada à catequização forçada dos indígenas, e por grupos de bandeirantes, interessados na expansão e exploração dos territórios brasileiros. Nesse vai-e-vem normativo, pesava ora a humanidade, ora a selvageria no estereótipo de quem é o índio. Sedimentadas, estas práticas deságuam nos regimes monárquico e imperial do século XIX, desembocando, também, na legislação republicana do século XX¹.

A política assimilacionista será reproduzida no Estatuto do Índio – Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que já em seu artigo 1º prevê 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”. São definições do Estatuto do Índio:

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;

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. 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

¹ Para fins deste artigo, limitamo-nos a apontar as dissidências do tratamento indígena no período colonial, que, como afirmado, reproduzem-se em formatos legislativos diversos nos demais períodos da história brasileira, mantendo-se a essência etnocêntrica em todos eles. Para um aprofundamento, recomendamos a leitura de nossa dissertação.

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.

Vê-se, assim, que a definição jurídica da identidade indígena está atrelada ao estereótipo do selvagem, do habitante das selvas (ou “silvícola”) ainda não integrado à sociedade nacional, isto é, que ainda não *deixou de ser* índio para assumir sua identidade de *brasileiro* – opondo-se assim os “silvícolas” da “sociedade nacional”. Índios não são considerados brasileiros até que se integrem, nos termos do Estatuto, integração que, no entanto, funciona como uma assimilação cultural, ou seja, não como uma troca de saberes e visões de mundo, mas comunhão destas numa única identidade, mais próxima da europeia e colonizadora.

Para a lei, o índio é o indivíduo de ascendência pré-colombiana e a menção à ancestralidade significa dizer que o índio é o estacionário, que não acompanha as transformações sociais, mas vive ainda segundo seus antepassados.

É o artigo 4º do Estatuto do Índio que classifica os indígenas segundo os níveis do contato interétnico mantido:

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.

A taxonomia de graus de integração provém dos ensinamentos do Positivismo, no século XIX, que postulava a marcha evolutiva das sociedades, segundo uma fraca compreensão da teoria da evolução das espécies em biologia. No campo criminológico, o positivismo foi traduzido de

modo a identificar na natureza humana ou comportamental os traços de uma criminalidade evidente.

Criminólogos italianos, nesse período, foram fundamentais para a disseminação das ideias de evolucionismo social no campo do direito penal e da política criminal. Segundo Lombroso, o “criminoso nato” seria aquele afetado por atavismo, não plenamente desenvolvido na escala humana e, portanto, ainda selvagem.

Foi Raffaele Garofalo (1851-1934), entretanto, quem explicitamente vinculará a imagem do atraso evolutivo das espécies à existência de indígenas. Para ele, por não possuírem o senso moral da civilidade europeia, os indígenas são afetados por um grau de “monstruosidade” atribuída ao atavismo (GAROFALO, p. 33-34).

As ideias evolucionistas foram recebidas no Brasil com entusiasmo, na tentativa de modernizar a recém constituída República. As Faculdades de Direito de Recife e de São Paulo são pioneiras na utilização deste arcabouço teórico.

Assim, João Vieira de Araújo introduziu, na Faculdade de Direito do Recife, as conclusões da escola positiva italiana que, para o catedrático, desempenhava a crítica à legislação de cunho liberal (Código Criminal, de 1830). Viveiros de Castro, por seu turno, foi quem divulgou as teses do positivismo penal, afirmando que uma classificação dos delinquentes deveria levar em conta não apenas aspectos biológicos, mas também jurídicos e sociais.

O professor Laurindo Leão, da Faculdade de Direito do Recife, estudou a questão da responsabilidade criminal de acordo com os princípios do livre-arbítrio e do determinismo biológico e afirmou que os indígenas 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 (LEÃO, 1913, p. 53).

A sugestão de taxonomia dos indígenas, de seus graus de integração para aferição de capacidade mental, no entanto, partem dos escritos de Raymundo Nina Rodrigues, professor em Medicina Legal que se tornou conhecido pela publicação, em 1894, de seu ensaio de psicologia cri-

minal intitulado “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil”.

Para Nina Rodrigues (1894, p. 31), as “raças não desenvolvidas” (atávicas ou sobreviventes) são representadas pelos negros, mestiços e indígenas, já que têm lento e gradual aperfeiçoamento da atividade psíquica.

Todo esse conhecimento criminológico, 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.

Elementos históricos do tratamento jurídico penal de indígenas

O tratamento jurídico e político de indígenas no Brasil concretiza-se, historicamente, como uma verdadeira política etnocida, posto que “(...) a alteridade cultural nunca é apreendida como diferença positiva, mas sempre como inferioridade segundo um eixo hierárquico” (CLASTRES, 2005, p. 86). Sua constituição, no entanto, é secular e encontra-se amparada por um viés político que enaltece os Estados nacionais como únicos meios válidos de coexistência social. Afinal, a modificação de “nações aristocráticas” em “nações populares”, propiciada pelas revoluções de cunho político liberal em fins do século XVIII, permitiu, igualmente, a transformação dos objetivos do Estado, a partir de então considerado um “(...) eficiente mecanismo de defesa contra tudo o que fosse estrangeiro, mecanismo de desapareço de outras nações e de exclusão de minorias nacionais, étnicas e religiosas” (HABERMAS, 2007. p. 133).

O caráter etnocêntrico, etnocida e genocida de toda formação estatal, voltada que está para a adoção de estratégias de unificação das diferenças culturais, resulta, segundo Pierre Clastres, na dissolução do múltiplo no Um, haja à vista o fato de ser o Estado

(...) uma força centrípeta que tende, quando as circunstâncias o exigem, a esmagar as forças centrífugas inversas. O Estado se 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. (CLASTRES, 2005, p. 87)

Análise dogmática da culpabilidade de indígenas e a jurisprudência do STF

Na análise de julgados acerca da indispensabilidade de laudo antropológico para o devido reconhecimento da identidade étnica de acusados indígenas no processo penal brasileiro, consideramos, para fins deste artigo, o levantamento de julgados do Supremo Tribunal Federal, anteriormente por nós realizado em sede de dissertação, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (posteriormente publicada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) (SILVA, 2016), atualizado até dezembro de 2018.

Analizamos, ao todo, 15 julgados do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de verificar os argumentos centrais para atribuição da identidade étnica e a dispensabilidade de produção do laudo de exame antropológico. Como veremos, a esta demanda da defesa técnica somam-se outras, como o reconhecimento de nulidade processual por sua não realização e, subsidiariamente, a aplicação de atenuante de pena, prevista genericamente no caput do artigo 56 do Estatuto do Índio. Apenas quando noticiadas no corpo dos julgados, destacamos as etnias dos indígenas acusados e os crimes imputados.

No Supremo Tribunal Federal (STF)² foram encontrados quinze casos de criminalização de indígenas (um deles anterior à Constituição Federal em vigor). Foi analisada pela Corte a culpabilidade de indígenas sob o critério de imputabilidade, que, segundo seu entendimento, poderia ser atestada sem a prova pericial antropológica, se presentes indícios de integração (conforme o Estatuto do Índio).

Neste sentido, os autos do HC nº 45.349, julgado em 1969, em que 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”³. Também os autos do HC nº 64.476-7/MG⁴, que dispõem que o índio

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20.fev.19.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 45.349/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Djaci Falcão. Data de julgamento: 11.out.68. Data da publicação: 10.nov.06.

já “aculturado” e com desenvolvimento mental completo, é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta, sendo, portanto, imputável.

Verifica-se, desde já, como a dispensabilidade de produção de laudo antropológico interfere negativamente na aferição da culpabilidade do acusado, considerando-se que, no âmbito deste elemento da teoria do delito, não se encontra apenas o critério de imputabilidade, mas, igualmente, os critérios de potencial consciência da ilicitude do ato e de inexigibilidade de conduta diversa – que demandariam, portanto, uma análise detida da conduta do agente, contextualizada na cultura, ambiente, costumes e intencionalidades do acusado indígena.

Esse entendimento, contudo, pouco foi alterado, mesmo após a promulgação da Constituição Federal, de 1988. No julgamento do HC nº 79.530-7/PA⁵, impetrado em favor de Paulinho Paiakan, indígena Kayapó acusado de estupro de uma não-indígena, o STF entendeu que sua alfabetização, o porte de documentos públicos e a fluência na língua portuguesa dispensavam a necessidade de prova antropológica pericial. No mesmo sentido, os autos do HC nº 85.198-3/MA⁶, julgou-se ser dispensável a prova pericial quando o juiz afirma a imputabilidade plena do acusado tendo por base o grau de escolaridade, a fluência na língua portuguesa e a própria prática do crime.

Também a prática do crime, em si mesma, foi utilizada como argumento pelo STF para reconhecer, de pronto, a periculosidade do agente (HC nº 137.956/MS⁷).

Orientação diversa possui o julgamento dos autos do HC nº 84.308-5/MA, em que o STF julgou que constitui cerceamento de defesa de acusado indígena a não realização de perícias antropológica e biológica (de “sanidade mental”), quando esta prova for exigível pelas circunstâncias

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corporis* nº. 64.476-7/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Djaci Falcão. Data de julgamento: 10.out.86. Data da publicação: 31.out.86.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corporis* nº. 79.530-7/PA. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Data de julgamento: 16.dez.99. Data da publicação: 25.fev.00.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corporis* nº. 85.198-3/MA. Primeira Turma. Relator: Min. Eros Grau. Data de julgamento: 17.nov.05. Data da publicação: 9.dez.05.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corporis* nº 137.956/MS. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 26.set.17. Data de publicação: 7.nov.17.

do caso concreto, o que permitiria o reconhecimento de nulidade processual não coberta pela preclusão⁸.

A maior parte dos julgados no STF sobre criminalização de indígenas, no entanto, volta-se à discussão de outra pauta – a definição de competência para o julgamento de causas que envolvam indígenas.

Segundo o artigo 109, inciso XI, da Constituição Federal, compete à justiça federal o processamento e julgamento de causas que envolvam “disputas” por direitos indígenas. A terminologia suscita debate na medida em que não esclarece se tais disputas são constatadas apenas na luta pelo reconhecimento de terras indígenas ou se abarcam quaisquer direitos indígenas, marcados, portanto, pela diversidade étnica em geral.

Dado, porém, o fato de que crimes comuns são processados e julgados pela justiça estadual, há um constante debate acerca do deslocamento da competência para julgar crimes que envolvam indígenas (no pólo ativo ou passivo da ação penal) de uma instância para outra. Tais incidentes de competência no curso do julgamento não apenas prolongam a ação penal (ferindo-se, por vezes, a garantia fundamental de celeridade da prestação jurisdicional, conforme o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), como também aumentam o grau de insegurança jurídica no que tange à proteção dos interesses dos povos indígenas, cujas demandas judiciais são, quase literalmente, empurradas de uma Corte a outra.

Logo, ressaltamos como as omissões legislativas e conceituais prejudicam o exercício da defesa técnica; além da ausência de previsão do laudo antropológico pela legislação processual penal, a indefinição do termo “disputas” para delimitação da competência da justiça federal engendram um quadro de instabilidade que viola não apenas os direitos fundamentais de indígenas, mas também de não-indígenas, dado que a segurança jurídica a todos importa numa sociedade democrática.

Isso posto, no julgamento do HC nº 71.835-3/MS⁹, o STF concedeu ordem para o deslocamento de competência para a justiça federal do jul-

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 84.308-5/MA. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Data de julgamento: 15.dez.05. Data da publicação: 24.fev.06.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 71.835-3/MS. Segunda Turma. Relator: Min. Francisco Rezek. Data de julgamento: 4.abr.95. Data de publicação: 22.nov.96.

gamento de homicídio praticado por indígenas contra outro indígena, na reserva de Caarapó/MS; porém, no julgamento do HC nº 85.737-0/PE¹⁰, não deu provimento ao pedido subsidiário da defesa técnica de reconhecimento da incompetência da justiça estadual no julgamento de crime de roubo qualificado, imputado a indígena da etnia Truká, sob o fundamento de que a suposta prática de crime patrimonial 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 nº 81.827-7/MT¹¹, do REEx nº 263.010-1/MS¹², do Agrv. RE nº 845.645/DF¹³, do Agrv. REEx nº 844.036/ES¹⁴,

Segundo o STF, o fato de o crime ter sido cometido por indígena contra outro, dentro de reserva indígena, não configura interesse da União¹⁵, não cabendo à análise de crimes cometidos por índios contra índios¹⁶, que só geraria a competência da justiça federal na hipótese de crime de genocídio ou quando tivesse havido disputa sobre direitos indígenas¹⁷.

Tais decisões demonstram como, em que pese o abandono do paradigma assimilacionista com a promulgação da Constituição Federal, de

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 85.737-0/PE. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 12.dez.06. Data de publicação: 30.nov.07.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 81.827-7/MT. Segunda Turma. Relator: Min. Maurício Corrêa. Data de julgamento: 28.mai.02. Data de publicação: 23.ago.02.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário* nº 263.010-1/MS. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Data de julgamento: 13.jun.00. Data de publicação: 10.nov.00.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário* nº 845.645/DF. Primeira Turma. Relatora: Min. Rosa Weber. Data do julgamento: 15.set.17. Data de publicação: 27.set.17.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário* nº 844.036/ES. Segunda Turma. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de julgamento: 1º.dez.15. Data de publicação: 4.fev.16.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário* nº 351.487-3/RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Data de julgamento: 3.ago.06. Data da publicação: 10.nov.06.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental no agravo de instrumento* nº 496.653-7/AP. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 6.dez.05. Data de publicação: 3.fev.06.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário* nº 419.528-3/PR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 3.ago.06. Data da publicação: 9.mar.07.

1988¹⁸, tende-se, ainda, no campo da criminalização, a avaliar-se o grau de integração do acusado indígena (segundo os parâmetros do Estatuto do Índio) para aferição de sua culpabilidade – o que denota a dificuldade (ou desinteresse) de plena superação do paradigma racista e etiológico da lei infraconstitucional, o que, ao fim, permite o exercício de uma tática política de controle da etnicidade considerada desviante.

A legislação ordinária e as políticas públicas empreendidas pelo Poder Executivo não acompanharam inteiramente a orientação plural e multicultural da Constituição, perpetuando o olhar evolucionista de viés racista e etnocida da doutrina positivista do século XIX.

A manutenção deste paradigma nos pronunciamentos criminais feitos pelo STF demonstra a ocorrência do fenômeno de judicialização da política (CASTRO, 1997), na medida em que a jurisdição constitucional foi instada a pronunciar-se sobre tema de relevante impacto na sociedade brasileira, não apenas por ter que resolver aparente conflito de normas constitucionais, mas pela definição de identidades sociais em jogo e pela descrição principiológica dos interesses em contraposição.

A realização de perícia antropológica constitui-se em garantia fundamental dos acusados indígenas, levando-se em conta que é a partir da realização desta prova que se pode, de modo imparcial, atestar efetivamente a responsabilidade criminal do agente, sem os vícios de leitura etnocêntrica a que nos acomodamos. A exigência desta prova não se dá necessariamente para constatar apenas a capacidade mental do acusado indígena (sua imputabilidade), mas para contextualizar sua ação no bojo das práticas culturais por ele assumidas em sua identidade étnica *sui generis*, bem como para eventualmente justificá-la no confronto por disputas indígenas, estejam estas vinculadas à posse da terra ou não.

Cabe não apenas ao legislador, mas ao Judiciário por igual, reconhecer a produção do laudo pericial antropológico como garantia ímpar nos processos penais de acusados indígenas.

¹⁸ A Constituição Federal rompeu com o paradigma assimilacionista, ao garantir o direito à diferença (étnica, cultural, política, social e econômica), pouco importando os níveis de contato interétnico eventualmente estabelecidos com os não-indígenas (se constantes ou não).

A ausência de norma positiva sobre o tema não pode servir de argumentação perene do Judiciário acerca de sua dispensabilidade, pois cabe ao Judiciário a tarefa de interpretação dos ditames constitucionais sobre os indígenas, cotejando-os com os comandos infraconstitucionais do processo penal, de índole garantista, para fins de reconhecimento da indispensabilidade da prova pericial antropológica na determinação da culpabilidade do acusado indígena – segundo critérios interpretativos sistemáticos e teleológicos. Se for fato que o Judiciário não é mera boca da lei, que seja dito o direito em sua máxima expressão garantidora, não discriminatória.

Garantias processuais de indígenas no projeto de novo Código de Processo Penal

O Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, do Senado Federal – e em tramitação na Câmara dos Deputados – dispõe sobre a promulgação de um novo Código de Processo Penal, em substituição, portanto, ao vigente Decreto nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

A proposição conta, na Câmara dos Deputados, com 266 projetos de lei pensados ao original, que versam parcialmente sobre o processo penal, e teve o debate sobre seu teor elaborado com a participação de inúmeras entidades e autoridades em audiências públicas.

Centrando-nos no relatório final apresentado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, verificamos que, nas suas considerações preliminares, o relator, deputado federal João Campos (PRB/GO), ao realizar um julgamento de acolhimento ou não de emendas legislativas e pensados à proposição principal, recusou as sugestões apresentadas pelo deputado federal Nilto Tatto (PT/SP) – Projeto de Lei nº 6.119, de 2016 – por considerar que a matéria nele expressa já estaria suficientemente disciplinada no substitutivo apresentado, bem como no Estatuto do Índio.

O PL nº 6.119, de 2016, propõe alterar o artigo 6º, do Código de Processo Penal, para fazer constar a atribuição ao delegado de polícia de, no curso da investigação policial, averiguar se algum dos envolvidos é indígena e, em caso positivo, identificar o seu povo ou etnia e a sua língua materna, devendo-lhe ser fornecido o acompanhamento de tradutor.

Do mesmo modo, já no curso da ação penal, propõe-se alterar o artigo 185 do Código de Processo Penal, para fins de estabelecer que o réu

deva ser indagado se for indígena e, em caso positivo, verificar qual seu povo ou etnia, aldeia e sua língua materna, devendo-lhe, ainda, ser fornecido o acompanhamento de tradutor e todas as informações constarem dos autos.

Tais alterações constituiriam um avanço na temática, considerando-se a ausência absoluta de informações estatais acerca do número de indígenas acusados e condenados, de suas etnias e circunstâncias de cometimento do delito a eles atribuídas. As inovações, como visto, foram rejeitadas no relatório final.

Além disso, para o relator, “[n]ote-se que até mesmo em razão das dificuldades práticas decorrentes do quadro de oitiva ou outra medida persecutória relativamente ao indígena não integrado que as autoridades tomarão as medidas para a sua compreensão”¹⁹.

Neste sentido, o relator manteve em seu substitutivo a previsão de garantias processuais de indígenas apenas em dois momentos: no interrogatório de acusado indígena e na oitiva de testemunha indígena.

O artigo 88 do substitutivo ao PL nº 8.045, de 2010 propõe que, no interrogatório de índio (termo utilizado pelo legislador), o juiz, se necessário, solicitará a colaboração de antropólogo com conhecimento da cultura da comunidade a que o interrogando pertence ou de representante do órgão indigenista federal para servir-lhe de intérprete e prestar esclarecimentos que possam melhor contextualizar e facilitar a compreensão das respostas.

Verifica-se, assim, um ligeiro (e, logo, ineficaz) avanço: a discricionariedade do juízo em convocar antropólogo ou indigenista para a produção da prova e a limitação desta convocação que servirá para a contextualização dos fatos e interpretação da língua nativa demonstram, ainda, uma dificuldade em se compreender conflitos entre indígenas e não-indígenas como fatos normalmente eivados pela disputa por direitos in-

¹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Penal” (Revoga o Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-Lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965; 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. p. 211-212. Relatório disponível em: <http://www.camara.leg.br>. Acesso em: 20.jan.19.

dígenas que, se não exculpar a conduta típica e ilícita por inexigibilidade de conduta diversa ou erro de proibição, poderia, ao menos, direcionar o cálculo de pena de modo mais razoável.

No que tange à oitiva de testemunha, o substitutivo ao PL nº 8.045, de 2010 determina que, quando esta não conhecer a língua nacional, ser-lhe-á nomeado um intérprete para traduzir as perguntas e respostas, mesmo tratamento assegurado à testemunha que seja muda, surda, surda-muda ou indígena que não se comunique em língua portuguesa (art. 214, parágrafo único)²⁰.

Considerações finais

Em conclusão, tais fatos demonstram a centralidade da política indigenista para o Estado, realizada, por vezes, sem considerar a participação ativa dos povos indígenas, olvidando seus interesses e tornando-os invisíveis nos debates centrais sobre seus direitos e sua representatividade de no concerto de Poderes constituídos.

Aliás, quanto ao indigenismo, é preciso concordar-se com Manuela Carneiro da Cunha, para quem a sua história

(...) foi por muito tempo confundida com a história indígena: ou seja, os índios apareceram frequentemente como vítimas de um processo no qual se supunha que não interviessem como atores. Por sua vez, o indigenismo foi muitas vezes reduzido à legislação que, embora importante e reveladora, não pode ser pensada como realidade completa. A história do indigenismo não é, portanto, dissociável da história indígena, simplesmente engloba mais atores. (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 130)

A manutenção da invisibilidade das diferenças étnicas no processo penal cobre, apenas de modo parcial, a marca do racismo e do etnocídio brasileiros, pontos centrais a partir dos quais é construída uma política indigenista ainda assimilacionista. No que tange à criminalização dos in-

²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Penal” (Revoga o Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-Lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965; 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. p. 304. Relatório disponível em: <http://www.camara.leg.br>. Acesso em: 20.jan.19.

dígenas, por medida de justiça, caberia ao Judiciário a análise contextualizada de sua conduta e não o referendar do etnocentrismo do julgador que, ao ver o acusado responder as perguntas do juízo em língua portuguesa, afere, rápida e serenamente, tratar-se de acusado com potencial consciência da ilicitude de sua conduta ou que poderia ter agido de modo diverso, exigindo-se dele conduta conforme o Direito.

Ao julgar deste modo, o Judiciário escancara sua incompreensão acerca de relações interétnicas, de como estas se desenvolvem por caminhos de tão múltiplas vias que apenas uma análise mais detida e aprofundada da conduta do indígena, por meio de laudo antropológico, poderia sugerir respostas ao Judiciário mais plausíveis ou contundentes sobre a ilicitude do fato, abandonando-se, assim, o uso de estereótipos sociais que temos do indígena para atestar sua responsabilidade.

Ao mesmo tempo, esta postura desnuda o racismo institucional do Estado, sua criminalização secundária afobada e, por consequência, desconsideração de preceitos de justiça. Dizer quem é e quem não é indígena, a partir de critérios etnocêntricos da cultura não-indígena, é dizer quem tem e quem não tem direitos indígenas e, logo, é dizer quem é e quem não é sujeito de direitos. Segue-se daí a conclusão segundo a qual a invisibilidade dos indígenas no processo penal e a dispensabilidade de provas atinentes à sua etnicidade não funcionam como vãos esquecimentos do legislador, mas táticas de controle do acesso à Justiça e reconhecimento de direitos dos indígenas, o que conceituamos outrora de *penalidade civilizatória*.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Penal”* (Revoga o Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-Lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965; 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. p. 304. Relatório disponível em: <http://www.camara.leg.br>. Acesso em: 20.jan.19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental no agravo de instrumento* nº 496.653-7/AP. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 6.dez.05. Data de publicação: 3.fev.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário* nº 845.645/DF. Primeira Turma. Relatora: Min. Rosa Weber. Data do julgamento: 15.set.17. Data de publicação: 27.set.17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário* nº 844.036/ES. Segunda Turma. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de julgamento: 1º.dez.15. Data de publicação: 4.fev.16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20.fev.19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 137.956/MS. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 26.set.17. Data de publicação: 7.nov.17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 71.835-3/MS. Segunda Turma. Relator: Min. Francisco Rezek. Data de julgamento: 4.abr.95. Data de publicação: 22.nov.96.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 81.827-7/MT. Segunda Turma. Relator: Min. Maurício Corrêa. Data de julgamento: 28.mai.02. Data de publicação: 23.ago.02.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 45.349/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Djaci Falcão. Data de julgamento: 11.out.68. Data da publicação: 10.nov.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 64.476-7/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Djaci Falcão. Data de julgamento: 10.out.86. Data da publicação: 31.out.86.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 79.530-7/PA. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Data de julgamento: 16.dez.99. Data da publicação: 25.fev.00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 84.308-5/MA. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Data de julgamento: 15.dez.05. Data da publicação: 24.fev.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 85.198-3/MA. Primeira Turma. Relator: Min. Eros Grau. Data de julgamento: 17.nov.05. Data da publicação: 9.dez.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 85.737-0/PE. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 12.dez.06. Data de publicação: 30.nov.07.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 263.010-1/MS. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Data de julgamento: 13.jun.00. Data de publicação: 10.nov.00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário* nº 351.487-3/RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Data de julgamento: 3.ago.06. Data da publicação: 10.nov.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário* nº 419.528-3/PR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 3.ago.06. Data da publicação: 9.mar.07.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.12, n. 34, 1997, p. 147-156.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

FILHO, Lacerda; PEIXOTO, Rodrigues. Contribuições para o estudo antropológico das raças indígenas do Brasil. In: *Arquivos do Museu Nacional do Rio de Janeiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Museu Nacional do Rio de Janeiro, 1876, p. 47-75.

GAROFALO, R. *Criminologia: Estudo sobre o Delicto e a repressão penal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1925.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

KOERNER, Andrei (Org.). *História da Justiça Penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

NIZZA DA SILVA, Maria Beatriz (Org.). *Nova História da Expansão Portuguesa: O Império Luso-Brasileiro (1750-1822)*. Portugal: Estampa, 1986.

OTÁVIO, Rodrigo. *Os selvagens americanos perante o Direito*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1946.

QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2000. p. 246.

RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil: com um estudo do Professor Afrânio Peixoto*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1894.

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.

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

A PENA DE PRISÃO NO BRASIL: O ENCARCERAMENTO DE INDÍGENAS EM MATO GROSSO DO SUL – MULTICULTURALISMO E O DIREITO À IDENTIDADE

*Daniele de Souza Osório**

Introdução

As premissas do presente artigo foram delineadas a partir da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública da União em Mato Grosso do Sul às pessoas presas nesse Estado da Federação.

A atividade diária na Defensoria Regional de Direitos Humanos revelou a necessidade de aprofundamento sobre os alarmantes dados do encarceramento de indígenas, notadamente quanto aos aspectos históricos, criminológicos e de execução penal.

No intuito de analisar os percentuais de indígenas presos no Mato Grosso do Sul, foi preciso avançar sobre a história do sistema prisional brasileiro, desde o período em que o país era um apêndice de Portugal, passando por sua independência, pela proclamação da República, até os dias atuais, em que vigente a Constituição Federal de 1988, a Lei de Execuções Penais editada em 1984 e alterada em 2010 e a Convenção n.º 169, da Organização Internacional do Trabalho.

A digressão histórica visa compreender a evolução do direito penal e da execução penal no Brasil e a contaminação do nosso sistema penitenciário por ideologias ultrapassadas que se contrapõem ao sistema de proteção atual aos povos indígenas.

Ao avaliar as concepções teóricas dominantes na execução penal, traça-se a análise – ainda que resumida – de como o Brasil contemporâneo abraçou a prisão como a mais frequente pena imposta e o quanto isso

* Defensora Pública Federal, Defensora Regional de Direitos Humanos em Mato Grosso do Sul e coordenadora do Grupo de Trabalho Comunidades Indígenas da Defensoria Pública da União. E-mail: daniele.osorio@dpu.def.br.

afeta a identidade dos indígenas em Mato Grosso do Sul e ferem o multiculturalismo assegurado pelos tratados internacionais.

Breve história da prisão e da execução penal no Brasil

Brasil Colônia

No século XV, quando os portugueses aportaram em terras brasileiras e iniciaram a nossa colonização, o sistema feudal e monárquico vigente na maior parte dos países europeus concebia a pena com contornos completamente diferentes ao que hoje conhecemos como privação da liberdade. Naquela época, a própria compreensão do crime como afronta ao soberano, justificava um tratamento propositadamente desumano ao delinquente. A tortura, as mutilações e a morte eram os instrumentos utilizados pelas monarquias absolutistas para castigar os que se atrevessem a afrontar o rei que, na maioria das vezes, fundava o seu poder por delegação divina.

A crueldade das sanções físicas residia não apenas no sofrimento imposto, mas também em uma intencional publicidade que visava intimidar e dissuadir os súditos de eventuais ações que contrariassem a vontade ou desafiassem o poder de seu soberano.

A impossibilidade de ocupação imediata das novas terras, a falta de mão-de-obra livre e voluntária e a consequente dificuldade de aproveitamento dos recursos naturais fizeram com que Portugal entregasse títulos a donatários portugueses que, acostumados ao desigual sistema feudal em sua terra natal, implantaram na Colônia, segundo Sodré (2004, p. 85), um modo escravista de exploração econômica, o qual trouxe severas consequências – com reflexos nos dias atuais – para a configuração étnica e social da população prisional brasileira.

A distância geográfica da Corte, o isolamento e a dificuldade de comunicação do período colonial transformaram os donatários em verdadeiros monarcas, a quem cabia aplicar castigos e manter a ordem em suas respectivas Capitânicas. Tal figura exercia espécie de jurisdição criminal sobre os colonos, indígenas e escravos, podendo até mesmo aplicar a pena de morte conforme melhor lhe aprouvesse, como leciona Cristiani (2008, p. 296-297).

A maior parte da população, nesse primeiro momento do Brasil Colônia, era composta por indígenas de origens e grupamentos diversos que desconheciam o direito sistematizado pelo colonizador europeu. A imposição de regras etnocêntricas por parte dos portugueses trazia consigo a ideologia da própria colonização que compreendia, além da exploração econômica, a dominação cultural dos povos originários.

Pode-se apontar que não houve a construção de um direito próprio brasileiro e sim a integral adoção das leis portuguesas, como destaca Sodré (2004, p. 295), já que o colonizador sequer observou as maneiras utilizadas pelos nativos para solucionarem os seus conflitos.

O modo de vida das etnias indígenas encontradas no Brasil foi desprezado pelo insipiente Estado, preocupado em exercer a dominação dos habitantes e a exploração econômica das novas terras. Estudiosos e doutrinadores do Direito chegaram a dizer, durante muitos séculos, que as sociedades indígenas pré-coloniais não possuíam sistema jurídico já que não organizadas estatalmente, o que aos poucos tem sido afastado por autores modernos, dentre eles Wolkmer (1996, p. 17)

Alicerçados em sua própria crença de superioridade cultural e organizados num modelo de civilização cristão, os recém-chegados carregavam consigo as leis vigentes em Portugal. Na verdade, uma compilação de leis gerais reunidas em duas Ordenações sucessivas, denominadas Manoelinas (1521) e Filipinas (1603), essa última de maior importância, já que vigeu em território brasileiro por mais de duzentos anos.

As duas Ordenações, editadas sob o viés medieval, não continham a cientificidade dos códigos atuais e tampouco previam a prisão – da maneira como a conhecemos – como modalidade de pena. Não havia preocupação verdadeira com leis que regulassem a disciplina das pessoas privadas de liberdade, dado que a prisão possuía o propósito temporário de permitir o transcurso dos processos e a aplicação de castigos corporais. Não existia isolamento, pois na maior parte das províncias brasileiras as cadeias eram instaladas no centro das cidades, para possibilitar as esmolas ou fomentar o pequeno comércio com vendedores ambulantes, como descreve Araújo (2009, v. 1, p. 225-226).

Roig (2005, p. 29-30) aponta que os estabelecimentos da época não contavam com qualquer distinção ou classificação dos presos, pessoas livres acusadas da prática de crimes misturadas a escravos punidos pelo

Estado ou por seus próprios senhores que podiam açoítá-los e determinar o recolhimento temporário. Para ser preso, bastava ao escravo ter desobedecido, fugido ou desagradado ao seu proprietário. A prisão, no Brasil Colônia, funcionava para preservar o direito de propriedade sobre o cativo e, de maneira idêntica ao soberano absolutista, reafirmar o poder do senhor de escravos.

Brasil Império

As Ordenações Filipinas foram superadas com a independência do Brasil e a outorga da Constituição de 1824, inauguradora do sistema prisional nacional, que instituiu os princípios da legalidade estrita, da anterioridade da lei penal, da intranscendência das penas, aboliu a tortura e as sanções cruéis. As novidades não foram reflexo exclusivo da independência brasileira, mas fruto do Iluminismo, como lembra Dias (2007, tomo 1, p. 66).

A concepção de prisão como pena avançava em outros países e diversos modelos começavam a ser criados, cada qual com um espaço próprio de convívio e arquitetura justificada por razões científicas. Beccaria, em 1763, publica “Dos delitos e das penas”, obra inspirada nos princípios iluministas e na qual faz uma acentuada crítica à desproporcionalidade das penas corpóreas. O sucesso da obra espalhou com rapidez suas ideias e serviu de lastro para as cobranças por mudanças em boa parte do mundo ocidental.

Cuidava-se de uma fase de transição em que o feudalismo era substituído por uma nova ordem social e econômica denominada industrial, não se sustentando mais a existência do direito penal calcado na afronta ao soberano. A necessidade de novos fundamentos para a punição apregoada pelas “luzes” dos filósofos europeus modificou todas as bases teóricas e passou a legitimar novas formas de penas, alicerçadas não em um castigo desenfreado, mas no *ius puniendi* pertencente ao Estado.

A adoção do capitalismo pela Inglaterra, berço da Revolução Industrial, acarretou no vanguardismo de seus pensadores sobre a disciplina do corpo e da mente do indivíduo. As instituições totalitárias, como os conventos, hospitais, quartéis e fábricas, domavam a vida de seus membros, independentemente de suas vontades, sob a justificativa de se alcançar o bem pertencente a toda a sociedade. Os que incapazes de gerar

ou contribuir para a busca do lucro, como por exemplo os desvalidos (idosos e órfãos), os loucos e os delinquentes eram objeto de correção pela segregação em asilos, orfanatos, manicômios e penitenciárias.

Embora o capitalismo não houvesse chegado ao Brasil – não com a mesma força industrial do continente europeu – o mercantilismo adotado por Portugal e transmitido a sua antiga Colônia já previa a acumulação de riquezas e a necessidade da força de trabalho e contenção de uma parcela indesejável da população (doentes, escravos e indígenas).

Ainda que a Constituição de 1824 encerrasse o ciclo medieval das Ordenações, a manutenção do regime monárquico e sua estratificada ordem social, bem como a escravidão de africanos e seus descendentes, contrariava os ideais libertários pregados pelos iluministas. Aliás, a Constituição de 1824 nenhuma referência fez aos indígenas, desprezando por completo a situação peculiar dos diversos povos originários em solo brasileiro.

O primeiro Código Criminal brasileiro, de 1830, restou confeccionado sob tais luzes do jusnaturalismo, do liberalismo e do utilitarismo de Bentham, fixando a prisão simples e a prisão com trabalhos forçados como pena. O marco legislativo, por outro lado, trazia em seu corpo as contradições da sociedade brasileira, recheada por uma elite que exigia o controle das classes pobres. As “modernas” formas de punição estavam limitadas aos homens e mulheres livres. Os escravos considerados como mera propriedade continuavam sob a mira dos açoites, levados a efeito pelos seus senhores ou pela Justiça Criminal¹. O tratamento reservado a eles era de severidade semelhante ao das Ordenações. A pena de prisão justificada pela regeneração do indivíduo não poderia ser aplicada ao cativo, vez que inconcebível permitir a inserção social daquele que – pela própria definição jurídica de sua existência – não fazia parte da sociedade e integrava o direito de propriedade de um homem livre.

Feita tal ressalva, o Código Criminal do Império impôs a construção de casas de correção para o cumprimento das penas de prisão por meio do isolamento e baseadas na “recuperação” do criminoso. Na práti-

¹ Acerca do tema, Ferreira (2009, p. 201) apresenta a surpreendente estatística sobre os presos da província de São Paulo em 1870, registrada em documentos históricos, “(...) 292 prisioneiros, dos quais 114 eram escravos.”

ca, segundo Bretas (2009, v. 2, p. 189), “As prisões brasileiras no século XIX eram lugares de morte”, a diferença é que se antes os castigos eram públicos, o sofrimento passava a ser escondido pelos muros dos prédios públicos.

Brasil República

Pouco antes da proclamação da República, a abolição da escravidão torna necessária a revogação do Código Criminal de 1830, que ainda previa crimes e reprimendas corpóreas específicas para os escravos.

A edição da Constituição de 1891, desprovida de qualquer consideração relativa aos indígenas, e o Código de 1890, modificaram o cenário do direito penal ao extinguir referências à escravidão, bem como às penas de caráter perpétuo e às galés. Além da proibição de penas infamantes e da limitação de trinta anos para o cumprimento da prisão, instituiu-se o regime penitenciário de caráter correccional, por meio do modelo progressivo irlandês, em que o preso com bom comportamento, após cumprir parte da pena, poderia ser transferido para um presídio agrícola ou receber o livramento condicional.

O ideário abolicionista inspirou a previsão de penas universais, independentes da capacidade financeira dos réus, porém, o Código revelava em seu corpo as correntes brasileiras preocupadas com a contenção da massa de homens e mulheres recém-libertos. Assim, mendigos, ébrios, vadios e capoeiras foram objeto de preocupação do legislador que alçou diversas condutas sociais como contravenção penal.

A profusão de debates na recente República, fez com que o Código de 1890 recebesse severas críticas durante toda sua vigência, pois mesmo que trouxesse conceitos da escola clássica² não havia incorporado preceitos da escola positivista criminológica, em voga pelos pensamentos de Cesar e Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo. Nesse aspecto, os adeptos do positivismo evolucionista de Lombroso³, divulgado no Brasil

² “(...) pode-se destacar como representantes do pensamento clássico: Kant, Hegel, Beccaria e Carrara” (GUIMARÃES (2007, p. 103).

³ O ponto mais característico da antropologia criminal defendida por Lombroso é a de que o delinquente seria geneticamente tendencioso ao crime, em uma hereditariedade ao mal (o atavismo) revelada por específicas características físicas e fisiológicas. Para Lombroso (2010, p. 223), o livre-arbitrio estava reservado aos sadios.

por Nina Rodrigues⁴ e Lemos de Brito, defendiam mudanças legais e nas instituições a fim de ensejar um tratamento diverso para grupos com características únicas, como os indígenas.

A influência do positivismo evolucionista deu azo a toda sorte de decisões judiciais baseadas na responsabilização criminal conforme a superação de supostas deficiências congênitas ou psicossociais dos indígenas. As primeiras por meio da mestiçagem, e as últimas pelo contato com a sociedade majoritária, discurso que encontra repercussão até hoje em parte da jurisprudência carregada de etnocentrismo.

Dessa época (1910) é a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), órgão destinado a tutelar os indígenas, sob o prisma de que estariam em processo de constante aculturação, sendo sua situação transitória até a completa integração com a sociedade.

O indígena no Código Penal de 1940

Em que pese a evolução do direito penal e do direito penitenciário brasileiro, a exposição de motivos do Código Penal de 1940, antes da reforma de 1984, trouxe premissas inspiradas no positivismo evolucionista, tendo o seu autor, o Ministro Francisco Campos, mencionado expressamente os “silvícolas inadaptados” como detentores de “desenvolvimento incompleto ou retardado”.

As ideias da exposição de motivos não foram repetidas no Código, cujos dispositivos não destacaram os termos indígenas (ou silvícolas). Marés Filho (1992, p. 158) explica que Nelson Hungria, integrante da comissão responsável pelo Código Penal de 1940, reconheceu a proposital omissão sob a justificativa da “vergonha” de reconhecerem aos estrangeiros a existência de um “país infestado por gentios”.

A lei penal refletiu o conceito vigente no Código Civil de 1916 que considerava o indígena relativamente incapaz para os atos da vida civil, estando submetido ao regime tutelar, a ser exercido pelo então SPI.

⁴ Nina Rodrigues advogava que indígenas não deveriam ser responsabilizados criminalmente, acreditando-nos inferiores intelectual e moralmente. O grau civilizatório seria alcançado pela mestiçagem.

A imputabilidade de indígenas decorrente de um suposto estágio de aculturação guardava certa discrepância com o Decreto 5.484/28, diploma anterior ao Estatuto do Índio e que trazia a permissão da prisão daqueles “integrados à sociedade” há menos de cinco anos, em colônias especialmente destinadas a eles, mediante mera requisição do “inspetor de índios” (Nomeado pelo SPI), pelo tempo em que esse julgasse adequado, ao arripio de qualquer processo ou fiscalização do Poder Judiciário.

Não é difícil perceber, o quanto a previsão desse Decreto – que vigorou por quatro décadas – possibilitou a opressão, tortura e toda sorte de abusos contra indígenas que se viam segregados sem qualquer respeito ao contraditório ou a ampla defesa. A Lei n.º 6.001/73, conhecida como Estatuto do Índio, encerrou esse sistema prisional autoritário para os indígenas, avançando nos direitos e garantias deles.

E mesmo que o Estatuto do Índio carregue o paradigma assimilacionista de inimputabilidade por deficiência ou imaturidade mental de indígenas “isolados” e de imputabilidade dos “integrados”, decorrente da concepção – atualmente inconstitucional – de que os modos próprios de vida dos indígenas são inferiores ou atrasados em relação à sociedade majoritária, também traz o artigo 56, parágrafo único que elenca o regime especial de semiliberdade.

A garantia de prisão ou detenção no local de funcionamento do órgão federal de assistência mais próximo da habitação do indígena, garante o respeito ao seu modo de vida peculiar, a não ruptura do contato com sua comunidade e a consequente preservação de sua identidade étnica.

A Constituição Federal de 1988 e os diplomas internacionais que dão especial proteção aos indígenas

A Constituição Federal de 1988 inaugurou nova política indigenista ao firmar o compromisso de proteger a diversidade cultural, respeitando tradições, organização social, costumes, línguas e modo de vida dos indígenas, como expressa o artigo 231.

Nesse contexto, afastou-se de qualquer ideal integracionista, de assimilação ou inclusão, vez que asseguradas as diferenças culturais, tal como propõe a Convenção 169 da OIT, por nós internalizada por meio do Decreto n.º 5.501/2003, que em seu preâmbulo estabelece o reconhecimento das “aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias

instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”.

Mencionados diplomas em conjunto com a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, internalizada pelo Decreto n.º 485/2006, formam o sistema que abandonou as teorias eurocentradas, adotou a interculturalidade e garante ao indígena tratamento diferenciado pelo Estado, conforme sua especificidade.

Ao rechaçar a tese de superioridade cultural, o texto constitucional tornou superada qualquer incursão a respeito da formação mental incompleta ou subdesenvolvida de indígenas. Não há que se perquirir, por conseguinte, sobre a inimputabilidade apenas pela circunstância de ser indígena. Por outro lado, a especial condição cultural deve ser objeto de proteção pelo Estado, o que reforça a necessidade de se manter a modalidade especial de cumprimento de pena, por meio da semiliberdade já prevista na legislação ordinária.

Importante lembrar que a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), assinala que “Se deve dar preferência a tipos de punição outras que o encarceramento” e que devem ser respeitados os métodos costumeiramente utilizados pelos indígenas para os conflitos penais.

Desse modo, considerada a proteção e o respeito às tradições, tem-se como plenamente vigente o parágrafo único, do artigo 56 do Estatuto do Índio, norma de conteúdo obrigatório, pois evita a perda da identidade cultural dos presos indígenas, mantendo-os próximos a suas comunidades, sob a fiscalização da FUNAI.

Os reflexos do encarceramento em massa para a população indígena em Mato Grosso do Sul

Na década de 1990, o Brasil foi invadido por uma onda de maciço encarceramento, iniciada nos Estados Unidos da América⁵ e propagande-

⁵ Assevera Rolim (2007, p. 84) “O pretendido efeito dissuasório oferecido por penas mais graves, por seu turno, é uma aposta que jamais foi comprovada. Mesmo encarcerando entre 6 a 10 vezes mais do a média dos países europeus e aplicando penas de prisão perpétua e de

ada por toda a América Latina como solução para combater o aumento da violência e dos crimes patrimoniais nas grandes cidades.

A divulgação das midiáticas teorias da “tolerância zero” e das “janelas quebradas”⁶ levou a falsa concepção de que a criminalidade poderia ser contida pela maior previsão de segregação, intensificação da fiscalização e a severa punição das pequenas desordens.

A utilização do direito penal como instrumento de contenção e as políticas de segurança fundadas na repressão decorrem do próprio modelo econômico de neoliberalismo que se espalhou pelo mundo, impregnado pela desigualdade e pela exclusão econômica de uma grande parcela da população.

A idealização da riqueza, o estímulo à competição entre as pessoas e o incentivo ao consumo (mesmo que desenfreado), inerentes ao modelo neoliberal, tornam indesejáveis os indivíduos desprovidos de recursos materiais, como os indígenas de Mato Grosso do Sul, que – sem poder de compra – não detém qualquer função nessa espécie de sociedade. A redução do Estado do Bem-Estar Social e das políticas assistenciais tornou definitiva a exclusão dos pobres, os quais causam certo desconforto e ameaçam os consumidores integrados ao sistema. Como defende Bauman (1998, p. 49), empobrecer se tornou crime e a prisão se transformou no local adequado para confinar e retirar dos espaços públicos esses consumidores falhos.

O estudo de Wacquant a respeito do que denominou de hiperinflação carcerária confirma a verdadeira face da expansão penal. Há nítido controle social da pobreza, por meio da segregação dos que são indesejáveis socialmente, pobres e minorias étnicas.

(...) contrariamente ao discurso político e midiático dominante, as prisões americanas estão repletas não de criminosos perigosos e vi-

morte, por exemplo, os Estados Unidos continuam ostentando taxas de criminalidade e violência muito maiores. Lei especialmente duras e longas sentenças de prisão não impediram que apenas uma das grandes cidades americanas, Los Angeles, com 3,5 milhões de habitantes, tivesse, em 1995, mais homicídios que todo o Reino Unido, onde vivem mais de 50 milhões de pessoas.”

⁶ O cientista político James Wilson e o psicólogo George Kelim foram os primeiros a utilizar o termo, em 1982, para ilustrar o pensamento de que a desordem leva à criminalidade, e a não repressão de pequenos delitos leva à prática de crimes violentos.

olentos, mas de vulgares condenados pelo direito comum por negócios com drogas, furto, roubo, ou simples atentados à ordem pública, em geral oriundos das parcelas precarizadas da classe trabalhadora e, sobretudo, das famílias do subproletariado de cor das cidades atingidas diretamente pela transformação conjunta do trabalho assalariado e da proteção social. (WACQUANT, 1999, p. 53)

Em que pese o assustador aumento do número de pessoas presas, acompanhado pelo crescimento dos delitos violentos nos Estados Unidos, a evidenciar a não obtenção dos resultados almejados pela política de controle rígido, o modelo restou copiado pela América Latina.

Não ecoou por aqui a sábia advertência proferida por Young:

(...) tentar aprender controle de criminalidade dos Estados Unidos é como viajar para a Arábia Saudita para aprender sobre direitos das mulheres. A única lição apreendida é não viajar nessa senda de punição, é compreender que se for necessário um gulag para manter a sociedade do vencedor leva tudo, então é a sociedade que precisa ser mudada, e não as prisões expandidas. (YOUNG, 2002, p. 214)

Em relatório publicado pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquentes (ILANUD), Coyle (2010, p. 121) verificou aumento da população prisional por toda a América Latina e Caribe.

O agravamento de algumas sanções, o acréscimo de obstáculos para a progressão de regime⁷ e, sobretudo, a escolha legislativa por uma maior punição para determinadas condutas, como o tráfico de substâncias ilícitas, faz com que a prisão fosse cada vez mais aplicada em solo brasileiro.

A consequência dessa política penal, aliada ao histórico esquecimento dos gestores públicos a respeito dos estabelecimentos prisionais, é a superlotação das celas, transformando-as em verdadeiras masmorras medievais, nas quais a higiene inexistente e é comum a proliferação de doenças e a degradação. O Estado retira dos presos qualquer condição hu-

⁷ O clássico exemplo da severidade desejada pelo legislador foi a edição da Lei n.º 8.076/90 que impedia a progressão de regime para os crimes hediondos e seus assemelhados, em uma clara afronta à Constituição Federal, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 2006.

mana ao permitir que eles dividam espaços inadequados, sem ventilação, estrutura e superlotados.

A taxa de encarceramento é alta, somos o terceiro país⁸ que mais encarcera no mundo, os censos prisionais dão conta que há cerca 352,6 presos, para cada grupo de 100.000 brasileiros. Dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (INFOPEN, 2010) apontam que, em junho de 2016, havia 726.712 pessoas confinadas – não se sabe como – nas apenas 368.049 vagas prisionais disponíveis.

Em vinte e cinco anos fomos tomados por um vultoso aumento da quantidade de presos, em percentual superior a 500%, ao passo que a população brasileira teve um crescimento de somente 30%. Em 1990, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), éramos 146.592.579 habitantes e possuíamos pouco mais de 90.000 presos. Hoje, estima-se a população de 190.732.694 pessoas e mais de setecentas mil pessoas trancafiadas nos estabelecimentos penitenciários.

As estatísticas publicadas pelo DEPEN também demonstram uma disparidade regional digna de nota, o que revela a seletividade do direito penal, bem como a relação entre encarceramento e a desigualdade na distribuição de renda.

Localizado na fronteira brasileira com o Paraguai e a Bolívia, o estado de Mato Grosso do Sul possui taxa de encarceramento de 696,7 presos por 100.000 habitantes, sendo o primeiro Estado no ranking nacional de encarceramento.

Em números absolutos, consolidados pelo censo demográfico do IBGE (2010), o Mato Grosso do Sul concentra 73.295 pessoas autodeclaradas indígenas, a segunda maior população indígena no Brasil. As etnias Atikum, Guarani Kayowa, Guarani Nandeva, Terena, Kadiwéu, Guató, Ofaié e Kinikinau são encontradas em Mato Grosso do Sul e seus integrantes compõem 3% de todos os habitantes sul-mato-grossenses⁹.

Os números oficiais da composição étnica da população prisional são imprecisos, pois resultantes da invisibilidade e da descaracterização cultural realizada pelo sistema de Justiça, além de estarem permeados pe-

⁸ Os EUA ocupam o primeiro e a China o segundo lugar, em número absoluto de presos.

⁹ Em 2016, o IBGE apontou 2.682.386 habitantes no MS.

la transitoriedade de prisões provisórias e progressões na execução da pena. O Infopen – sistema informatizado alimentado pelas administrações dos estabelecimentos e que podem não observar a autodeclaração dos reclusos – aponta o total de 211 indígenas presos no Mato Grosso do Sul, em junho de 2016.

No mês de julho de 2018, em inspeção da Defensoria Pública da União (DPU), somente nos estabelecimentos prisionais da cidade de Dourados/MS, foram encontrados 86 indígenas presos, todos auto identificados durante as ações penais e a quem não foram assegurados o regime de semiliberdade do Estatuto do Índio.

A DPU distribuiu a esses indígenas questionários impressos a serem respondidos para a aferição dos seguintes temas específicos a sua condição étnica: “Teve intérprete da sua língua materna durante o processo criminal? Realizou entrevista com antropólogo durante o processo criminal ou na execução da pena? Durante o tempo em que está preso recebeu visita? Acredita que sua condição de indígena é amparada ou vista pelo Estado?”

Em resposta às questões apresentadas pela DPU, 72 indígenas presos afirmaram que não tiveram assegurado intérprete, 70 não passaram por perícia antropológica e apenas 28 apontaram ter recebido alguma visita de familiares. O mais estarrecedor é que nenhum respondeu afirmativamente à indagação sobre o amparo ou a observação de sua condição de indígena pelo Estado.

Os dados refletem a invisibilidade dos indígenas perante a Justiça Criminal e o desconhecimento de boa parte dos operadores do Direito sobre os direitos e garantias de proteção e preservação das especificidades culturais. Referida conclusão é corroborada pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) que em relatório sobre inspeção no Presídio de Dourados (PED), divulgado no mês de outubro de 2016, destacou que:

os elementos culturais não estariam sendo considerados no decorrer do processo judicial. Exemplo disso é a usual ausência de perícias antropológicas que poderiam apontar a vinculação da pessoa indicada como autora do crime com a cultura de seu povo e, portanto, a importância de aplicação dos costumes do povo em questão (...).

Particularmente quanto ao Tribunal de Justiça sul-mato-grossense, em nenhum dos casos analisados nesta pesquisa, foi acatada a nulidade por falta de perícia antropológica, indicando a dispensa de adaptações às especificidades indígenas se, por exemplo, o “índigena aculturado ou que não apresenta sintomas de que desconhece os costumes do ‘homem branco’” ou, de modo mais geral, seria dispensável sua produção. (MNPCT, 2016)

A lei de execução penal e as peculiaridades da população indígena

A Lei nº 7.210/1984 traz como pilares a inserção social do condenado e o princípio da legalidade a impedir excessos e desvios da execução penal. A dignidade ou a humanidade na aplicação da pena são expostos nessa legislação, editada em consonância com os ideais de ressocialização.

O art. 1º, da Lei de Execuções Penais de 1984 impõe como função da pena “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”, o que revela o seu caráter eminentemente reincorporador, no dizer de Castilho:

Evitou-se o uso das expressões polêmicas, tais como ressocialização, readaptação, reeducação, recuperação. Entretanto, se a pretensão é proporcionar condições para uma harmônica integração social é porque ela inexistente. Sob outro prisma, a integração sempre é harmônica. Não há como fugir: a lei parte do pressuposto que o condenado é um desintegrado socialmente, que precisa ser reincorporado. (CASTILHO, 1988, p. 33)

O preso deve ser visto como sujeito de direitos, já que a ressocialização pressupõe um essencial elemento volitivo. Outro princípio encampado pela LEP é o da personalização da pena, o qual pressupõe a classificação do condenado e a individualização do tratamento, conforme sua personalidade e antecedentes.

A decantada função de reinserção social do condenado é de conteúdo completamente vago e polissêmico, sendo impossível uma exata precisão da sua extensão e significado. No entanto, há algum tempo, parte dos estudos relacionados ao cárcere tem se inclinado para a impossibilidade de que seja entendida como de “reforma moral” do sentenciado.

Não se duvida que as concepções de reeducação, correção, reinserção, reintegração tragam uma visão de tratamento, porém, também car-

regam uma contraposição ao encarceramento como forma de simples e mera contenção. Na hipótese de não se oferecer tal alternativa ao preso, a pena voltaria a ter um caráter meramente expiatório.

O que se defende é a existência de uma liberdade de escolha, o Estado fornece os meios adequados e o apenado opta por aceitar, ou não, esse conteúdo ressocializador mínimo, preservando-se a sua liberdade de orientação moral e sua cultura étnica, não atingidas pela condenação.

O viés ressocializador deve ser mínimo para não invadir a consciência de cada um em eleger seus valores, para não retirar do preso a possibilidade de escolhas, em uma tentativa inconstitucional de manipulá-lo, de acordo com Cesar Barros Leal.

À prisão (...) não corresponde constringer o apenado a se envolver em programas de reeducação – *coercivetherapy* (muitos nem sequer deles necessitam posto que nunca chegaram a ser antissociais), tentando manipulá-lo, transformá-lo, reestruturar sua personalidade (como se fosse um coelhinho das índias) e evitar que cometa delitos. (LEAL, 2010, p. 337)

Dessa forma, torna-se essencial que os indígenas sejam classificados como tal pelo sistema penitenciário brasileiro e recebam o especial tratamento destinado a sua condição. Na execução penal, o Estado deve assegurar que o apenado não perca as características individuais que o distinguem das demais pessoas, pois nenhuma condenação alcança a identidade humana. As experiências e vivências que compõem a própria identidade étnica não podem ser apagadas, ao revés devem ser preservadas como determina a Constituição Federal.

A prisão afeta não apenas o indígena privado de liberdade, mas toda a sua comunidade, em razão de retirar do modo de vida daquela sociedade um dos seus componentes humanos, para permitir a imposição de sanção pelo Estado, cujo modelo nem sempre é partilhado com a cultura daquele grupo indígena. Na cultura da maior parte das etnias indígenas, o sentido de coletividade, a cultura do pertencimento e o desejo de comunhão entre as pessoas é diverso daquele apregoado pela sociedade majoritária. O isolamento de um indígena traz consequências mais severas já que fere todo o grupo a que ele pertence.

Repita-se que um dos dados levantados pela DPU no Presídio de Dourados, por meio dos questionários entregues aos indígenas presos, foi

o de que percentual inferior a 1/3 deles recebeu visita de familiares durante a prisão. O afastamento compulsório do indivíduo do seu grupo de origem, seja pela falta de recursos financeiros das famílias ou pela dificuldade em cumprir as burocracias para a visitação, é fator que não deveria ser desprezado pelo Juízo Criminal ou da Execução Penal, constituindo-se em evidente lesão ao direito de manutenção da cultura e tradições indígenas e reforçando a necessária semiliberdade como forma de impedir essa nefasta consequência.

Aliás, as Regras de Bangkok, aprovadas pela ONU em 2010 e que dispõem sobre o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para infratoras, tratam também da proteção das mulheres indígenas e estipulam a obrigação de o Estado reconhecer a possibilidade de discriminações e dificuldades em razão de suas origens, impondo o dever de elas serem identificadas para terem suas necessidades específicas supridas.

A preocupação das regras de Bangkok com o multiculturalismo é evidenciada pela previsão de que a construção de políticas públicas na execução penal para indígenas contenha a participação das próprias mulheres e de suas comunidades, considerando os processos históricos e a ruptura de vínculos que a prisão traz.

Conclusão

No limiar do século XXI, a adoção do pensamento de tratamento do preso não acarretou mudanças concretas na prática penitenciária, a ausência de estabelecimentos adequados e a tradição dos castigos e torturas levados a efeito contra prisioneiros em séculos de história, impedem até hoje a efetividade da legislação.

Foi necessária toda a digressão histórica, para se compreender a evolução da execução penal no Brasil e o quanto as ideologias passadas ainda contaminam o nosso sistema penitenciário, acarretando infindáveis constrangimentos à população prisional indígena, que não tem respeitado o seu direito às diferenças culturais.

As marcas do sistema colonial, em todas as suas desigualdades, a invisibilidade dos escravizados e de todas as minorias não detentoras de poder econômico contaminam o sistema brasileiro, estruturado sob um viés completamente divergente da Constituição Federal, dos diplomas in-

ternacionais, da Lei de Execuções Penais e das concepções de integração social.

Se já é difícil apontar uma espécie de política penitenciária inclusiva, diante da própria natureza da segregação, por si só excludente do meio social, a rigidez com que se apresentam as regras carcerárias brasileiras aos indígenas impedem o sucesso de qualquer objetivo nesse sentido. Configura-se um *bis in idem* punitivo, pois além da privação da liberdade, o indígena é submetido a um verdadeiro processo inquisitivo de acultramento e perda de sua subjetividade, decorrente da total falta de escolhas e privação de sua própria vontade.

A disciplina severa dos horários, da alimentação, a padronização das vestimentas (e algumas vezes até do corte de seus cabelos), a limitação das atividades diárias pela notória e conhecida ausência de oportunidades de estudo e trabalho são situações impostas coercitivamente e que levam a uma “mortificação do ego”, agravada pela imposição de penalidades diante de pequenos descumprimentos, às vezes justificáveis.

A reinserção pregada por parte da doutrina, como interpretação adequada à lei, mostra-se uma ficção, quando o sistema elimina a sociabilidade, a individualidade e a autonomia inerentes ao especial modo de vida dos indígenas.

A punição sob essa forma não traz reflexos apenas sobre o corpo do condenado, mas sobre sua própria alma. No dizer de Arendt (1989, p. 528), o isolamento impede o contato político entre os homens, sendo que o discurso e a ação totalmente excluídos da rotina humana acarretam a falta de compartilhamento de um mundo comum. A solidão causada por essa espécie de tratamento enseja a destruição da própria capacidade humana criativa, passando esse homem (no caso, o preso indígena) a estar fadado a uma mera sobrevivência biológica.

Referências

ARAÚJO, Carlos Eduardo M. Entre dois cativeiros: escravidão urbana e sistema prisional no Rio de Janeiro, 1790-1821. In: MAIA, Nunes Clarissa et al. (Org.). *História das prisões no Brasil*. v. 1, Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRASIL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN*. Atualização – junho de 2016, Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRETAS, Marco Luiz. O que os olhos não veem: histórias das prisões do Rio de Janeiro. In: MAIA, Nunes Clarissa et al. (Org.). *História das prisões no Brasil*. v. 2, Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

CASTILHO, Ela WieckoVolkmer de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COYLE, Andrew. Segurança penitenciária e direitos humanos. In: CARRANZA, Elías (Org.). *Cárcere e justiça penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas*. San José da Costa Rica: ILANUD, Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2010.

CRISTIANI, Claudio Valentim. O direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do Direito*. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. (tomo I) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Ricardo Alexandre. O tronco na enxovia: escravos e livres nas prisões paulistas dos oitocentos. In: MAIA, Nunes Clarissa et al. (Org.). *História das prisões no Brasil*. v. 1, Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.

LEAL, Cesar Barros. *Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos: viagem pelos caminhos da dor*. Curitiba: Juruá, 2010.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Icone, 2010.

MARÉS Filho, C. F. O direito envergonhado (o direito e os índios no Brasil). *Revista IIDH*, vol. 15. Curitiba, 1992.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROLIM, Marcos. Prisão e ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume editora comunicação, Fundação de amparo à pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP, 1999.

SODRÉ, Nelson Werneck. *Formação histórica do Brasil*. 14 ed., Rio de Janeiro: Graphia, 2004.

WACQUANT, Loïc. *Prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. *O direito nas sociedades primitivas*. Fundamentos de história do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. v. 7, Rio de Janeiro: Revan, 2002. (coleção pensamento criminológico).

LÍNGUA E RACISMO INSTITUCIONAL NA CPI DO GENOCÍDIO/MS: O CASO PAULINO TERENA E O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS AO USO DA LÍNGUA TRADICIONAL EM PROCEDIMENTOS JUDICIAIS

*Julia Izabelle da Silva**

Introdução

Em 2015, a Assembleia Legislativa do Mato Grosso do Sul (MS) instalou uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apurar crimes impunes cometidos contra os povos indígenas do estado. Com o nome oficial “CPI para investigar a ação/omissão do Estado de MS nos casos de violência praticados contra os povos indígenas no período de 2000 e 2015”, a CPI do genocídio¹, como ficou conhecida, foi uma iniciativa do movimento indígena e de diversos outros movimentos sociais ligados à defesa dos direitos humanos que cobravam uma resposta do Estado frente à onda de violência impetrada contra os povos indígenas nos últimos anos no estado do Mato Grosso do Sul. Segundo Pedro Kemp, à época deputado estadual pelo Partido dos Trabalhadores (PT), e responsável por propor a CPI junto à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), a instalação da CPI do Genocídio funcionaria como uma “resposta contra a impunidade que impera no Mato Grosso do Sul quanto aos assassinatos de lideranças indígenas e aos ataques violentos sofridos pelas comunidades que lutam pela demarcação de seus territórios tradicionais”.

Dentre as lideranças convocadas para depor na CPI estava o ex-cacique da terra indígena Pillad Rebuá, Paulino da Silva, da etnia Tere-

* Doutora em Linguística pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: juliaisilva27@gmail.com.

¹ Cabe mencionar que os deputados responsáveis pela CPI proibiram o uso da expressão “genocídio” durante as oitivas. O próprio título da CPI foi alterado, num acordo bizarro exigido pelos parlamentares ruralistas em essência, os mesmos da CPI do Cimi, representando os interesses do agronegócio da região ao presidente da Comissão, João Grandão (PT), sob ameaça de inviabilizar a investigação, renunciando as manobras que viriam, para tornar o mais asséptico possível a sistematização dos dados coletados nos depoimentos (CIMI, 2016).

na². Sendo uma das principais lideranças das retomadas terena pelo território em Miranda, região do Pantanal, Paulino deveria falar sobre as pressões e os ataques que ele e sua comunidade vinham sofrendo, desde 2013, no acampamento onde vivem. Assim, na sessão da oitava de 31 de março de 2016, Paulino chegou acompanhado da professora terena e mestre em Educação, Maria Lourdes de Sá, e assinou documento solicitando à Comissão que pudesse prestar o depoimento em sua língua materna, o terena, tendo a assistência de Maria Lourdes, que interpretaria o depoimento para a língua portuguesa. Para justificar a opção pelo uso da língua terena, Paulino afirmou no documento que depor em sua língua materna seria uma forma de se expressar e de compreender melhor os questionamentos dos parlamentares.

Entretanto, mesmo com a presença *voluntária* da intérprete, a vice-presidente da mesa, Mara Caseiro (PTdoB), Paulo Correa (PR) e Rinaldo Modesto (PSDB) opuseram-se ao pedido, alegando que Paulino falava e compreendia bem a língua portuguesa e que, portanto, ele e sua intérprete haviam mentido sob juramento. Para provarem que o depoente estava mentindo, os deputados solicitaram a transmissão de um vídeo em que Paulino dava entrevistas em língua portuguesa. Os membros da Comissão consideraram que esse vídeo era prova suficiente de que Paulino Terena tinha habilidade para compreender e se fazer compreender em português. Assim, a deputada Mara Caseiro³ alegou que Paulino e a profes-

² A CPI teve como presidente do colegiado o deputado João Grandão (PT), Antonieta Amorim (PMDB) na relatoria, Mara Caseiro (PTdoB) na função de vice-presidente, e os membros Paulo Corrêa (PR) e Rinaldo Modesto (PSDB). Ao longo de oito meses de trabalho, a comissão realizou 19 reuniões abertas, duas fechadas e oitavas com 30 pessoas, incluindo autoridades da justiça e da segurança pública, tais como o secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública (Sejusp), Silvio César Maluf, e o comandante da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, coronel Deusdete Souza de Oliveira Filho e a procuradora de Justiça. Além das autoridades, foram ouvidos os depoimentos de professores, historiadores, antropólogos, e de diversas lideranças indígenas, incluindo o cacique Tonico Benites, da Aldeia Jaguapiré, de Tacuru (MS), e Alberto França, liderança da Aldeia Burity, em Sidrolândia (MS).

³ É importante mencionar que, com a exceção de João Grandão (PT), um dos proponentes da investigação e defensor da causa indígena, todos os parlamentares da comissão faziam parte da bancada ruralista, ligados ao setor do agronegócio. A própria deputada Mara Caseiro (PTdoB), uma das vozes mais atuantes contra os povos indígenas na Assembleia Legislativa do Mato Grosso do Sul, na época da CPI do genocídio, ocupava a função de presidente da CPI do Cimi, que ocorria paralelamente à CPI do Genocídio. A CPI do Cimi, proposta de autoria de Mara Caseiro, tinha como objetivo investigar as atividades da entidade junto aos povos indígenas do estado. A tese principal de Caseiro era a de que o Cimi manipulava e financiava os indígenas a ocuparem propriedades particulares e que a entidade es-

sora Maria Lourdes haviam agido de má-fé, considerando que “mentir configura um desrespeito muito grande ao trabalho sério desenvolvido pela CPI”. E bradou ainda:

É nos chamar de palhaços ter que transcorrer toda a nossa CPI com depoimento em Terena! Eu não entendo Terena! O senhor entende, deputado Paulo Correa? O senhor entende, deputado Rinaldo? (...) se ele tá no Brasil, nós precisamos ouvi-lo em português!

(...)

Tenho respeito com qualquer língua e sobretudo com a cultura indígena, mas não posso admitir que nos chamem de palhaços, porque ficou muito claro que ele não só fala português, mas defende seu povo em nossa língua.

Desse modo, apesar da insistência de Paulino em dar o seu depoimento em língua terena, sob pressão dos três parlamentares, o presidente da CPI, João Grandão (PT), negou o pedido e dispensou o indígena da oitiva. Além disso, tanto Paulino como Maria Lourdes foram acusados de falso testemunho e, posteriormente, tiveram que prestar depoimento na delegacia. O delegado Edilson dos Santos Silva, da Polícia Civil, que foi chamado para lavrar o Boletim de Ocorrência, disse que o caso deveria ser encaminhado também ao Juizado Especial Criminal. Não conseguimos ter acesso ao processo e ao julgamento da infração penal no Juizado Especial Criminal ou mesmo ter conhecimento se o caso foi, de fato, encaminhado ao juizado. Diante da decisão da Comissão, a Terceira Vara Federal de Campo Grande remeteu os autos ao Supremo Tribunal Federal (STF), com fundamento no art. 102, I, f, da Constituição, por entender que “o art. 22, XIV, fixa a competência da União para tratar de questões indígenas, exsurgindo assim, conflito federativo, eis que a matéria atinente a referida CPI dever-se-ia processar-se no âmbito federal e não estadual”. A decisão do Ministro do STF, Edson Fachin, é reproduzida abaixo:

(...) no caso dos autos, a ação foi ajuizada pela Defensoria Pública da União em face do Estado do Mato Grosso do Sul visando a garantir o legítimo direito de indígenas chamados para depor na “CPI do genocídio indígena”, instaurada pela Assembleia Legislativa Estadual, de se expressarem em sua língua tradicional, ainda que te-

taria incitando a violência na região. Com o objetivo explícito de defender os interesses dos ruralistas, essa CPI ficou conhecida por tentar criminalizar a instituição que, dentre outras atividades, tem atuado no sentido de denunciar as violências sofridas pelos povos indígenas nas disputas territoriais que ocorrem na região.

nham conhecimento da língua portuguesa, principalmente nas hipóteses de estarem acompanhados de um intérprete. É indubitável que a Constituição da República Federativa do Brasil reconhece aos índios, expressamente, no artigo 231, “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (...)”, acrescentando competir “à União (...) proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. A língua, prevê a mesma Constituição, é uma “forma de expressão” (inciso I do artigo 216), e por isso mesmo, bem de natureza imaterial. Nada obstante, há, no caso presente, quanto à atribuição estrita desta Corte, circunstância preliminar que comina incontinenti retorno à Terceira Vara Federal de Campo Grande, da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul, a fim de que lá seja proferida a deliberação competente. E nesse cenário, ainda que a União venha a integrar o polo ativo da lide (porque ainda não havia sido determinada sua inclusão no polo passivo), a questão não apresenta projeção de caráter institucional e não afeta as relações políticas entre as unidades federadas, não possuindo densidade suficiente para abalar o pacto federativo (...). (BRASIL, 2016)⁴

Apesar dos comentários positivos do ministro sobre o direito linguístico dos povos indígenas, a Comissão manteve a sua decisão pela desnecessidade de intérprete, além da acusação de Paulino Terena e Maria de Lourdes de cometerem falso testemunho. Ademais, é importante lembrar que o relatório final da CPI do Genocídio isentou o Estado de sua omissão quanto aos crimes praticados contra indígenas no MS. Com a exceção de João Grandão (PT), que votou pela responsabilização do Poder Público, os demais membros não só isentaram o Estado de qualquer responsabilidade sobre as violências sofridas pelos povos indígenas no contexto de conflito fundiário na região, como culparam os próprios indígenas de estarem “matando uns aos outros”. Assim, tendo em vista a vergonhosa (para não dizer, criminoso) conclusão a que chegou esta CPI, nesse artigo, busca-se tentar entender como Paulino Terena não só foi impedido de exercer o direito linguístico ao uso do seu idioma próprio, a língua terena, como deixou a condição de depoente para passar à condição de réu.

⁴ Embora Fachin tenha julgado que a deliberação da causa é atribuição da Terceira Vara Federal de Campo Grande, importa notar que o ministro aponta, primeiramente, ser “indubitável” que a Constituição reconhece aos índios no artigo 231, “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (...)”, acrescentando competir “à União (...) proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Fachin lembra ainda que a Constituição prevê que a língua “é uma “forma de expressão” (inciso I do artigo 216), e por isso mesmo, bem de natureza imaterial”.

Direitos linguísticos dos povos indígenas no acesso à justiça

A Constituição Federal de 1988 reconheceu aos índios o direito a continuarem existindo como povos, incluindo o direito ao uso de suas línguas próprias. Como destaca Morello (2015, p. 9), o novo texto constitucional, marcado por um processo de redemocratização do país, abriu caminho para a “viabilidade de um Brasil Pluricultural e Plurilíngue, com uma cidadania que se expressa em muitas línguas”. As seguintes normas explicitam proteções às línguas dos povos indígenas:

Artigo 210 (parágrafo 2º), que assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e seus processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental regular;

Artigos 215 e 216, os quais definem que é dever do Estado proteger as manifestações culturais dos povos indígenas e reconhecem as formas de expressão como bens culturais de natureza imaterial;

Artigo 231, que reconhece aos índios, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Para Souza Filho (2018), ao reconhecer em seu art. 231 as organizações sociais, costumes, tradições e línguas dos povos indígenas, a Constituição reconheceu o *direito coletivo* dos povos indígenas de existir e de continuar existindo como povo diferenciado que são. Segundo o autor, esse direito de existir, que corresponde ao direito à vida, não deve ser confundido com o direito individual à vida (embora esse direito seja mantido). Para os povos indígenas, o direito à vida que lhes foi reconhecido é o direito de continuar existindo como povo, segundo seus usos, costumes, tradições, línguas:

O direito de existir como grupo diferenciado inclui *usar o idioma*, a cultura, a religião, praticar as festas, em liberdade. Portanto, não se trata do direito de não ser morto por causa da etnia, raça, prática religiosa ou grupo a que pertence, já tipificado como genocídio, trata-se do direito de praticar livremente seus usos, costumes e tradições, e mantê-los. *O direito é de ser e de continuar sendo*. É, portanto, um direito muito amplo e cuja realização conflita muitas vezes com fortes interesses econômicos, como o uso de recursos naturais e da própria terra. (SOUZA FILHO, 2017, p. 90, grifo nosso)

Nota-se, assim, que o direito de existir como grupo diferenciado inclui o direito ao uso do idioma próprio. Isso porque, como explica Souza Filho (2018, p. 93), o direito coletivo dos povos indígenas nasce e morre com a coletividade. Assim, a negação de um deles necessariamente se estende à negação do outro: “se é negada a existência, deixa de existir o direito territorial; se é negado o território, está negada a existência, porque aos poucos vai matando a etnicidade”. Não por acaso a Constituição de 1988 une língua e território no mesmo artigo 231, determinando o reconhecimento das línguas indígenas e dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente os índios ocupam. Para Bessa Freire:

historicamente, língua e território costumam andar de mãos dadas, construindo um binômio inseparável. Uma língua contém nela todo o território onde é falada, na medida em que classifica, nomeia, descreve, avalia, hierarquiza e dá sentido a tudo que nele existe: flora, fauna, acidentes geográficos, seres encantados e desencantadas que povoam, além das crenças e conhecimentos que revelam a relação entre eles. As línguas não só “comunicam” informações – segundo alguns autores, essa é apenas uma de suas tantas funções –, mas realizam toda uma série de práticas sociais, construindo discursos que estabelecem vínculos sociais, ritualizam, contam histórias, cantam, brigam, amam e contribuem para criar comunidades que se formam justamente com essas afinidades. (BESSA FREIRE, 2014, p. 363)

Nessa direção, Braggio (2003) compreende que o direito ao território é condição fundamental para a garantia dos direitos linguísticos dos povos indígenas. Para a autora, a demarcação, a homologação, o registro das terras, o resguardo de seus bens, e o seu uso pelos próprios indígenas, são condições para que as línguas indígenas tenham vitalidade. Dessa forma, os direitos linguísticos estão “intrinsecamente ligados àqueles referentes à terra, à sua posse, ao uso de seus bens, a uma política de conservação e ao uso sustentável dos recursos naturais”. Na mesma linha de Souza Filho (2018) e de Bessa Freire (2014), Braggio entende que o artigo 231 deixa “clara a interdependência entre língua e terra indígena” (BRAGGIO, 2003, p. 139). Por isso mesmo, defende que uma política de proteção dos direitos coletivos dos povos indígenas precisa considerar a premissa básica de que um direito está intrinsecamente ligado ao outro e que, como sugere Souza Filho (2018), negar a aplicação de um implica negar o pleno exercício dos demais.

Além da vinculação ao território, o direito linguístico é vinculado à identidade cultural, que é o “direito de todo grupo étnico-cultural e seus membros a pertencer a uma determinada cultura e ser reconhecido como diferente, conservar sua própria cultura e patrimônio cultural tangível ou intangível e a não ser forçado a pertencer a uma cultura diferente ou a ser assimilado, involuntariamente, por ela” (SOARES, 2014, p. 73). Assim, vale lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece as línguas indígenas como patrimônio cultural imaterial. O art. 215 da Constituição diz que o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”, assim como apoiará a “valorização e a difusão das manifestações culturais”. Já o art. 216, em seu inciso I, inclui as “formas de expressão” como bens culturais brasileiros. Assim, cabe ao Poder Público proteger e possibilitar que as manifestações culturais (incluindo as línguas indígenas) sejam desenvolvidas pelas gerações presentes e futuras (SOARES, 2014).

No marco do respeito à pluralidade linguística e cultural, a Constituição brasileira está, assim, em consonância com os documentos internacionais específicos que protegem os direitos dos povos indígenas à diferença. A Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 2002, reconhece aos povos indígenas o direito a terem as suas línguas maternas respeitadas pelos Estados signatários. Outros documentos internacionais que protegem os direitos linguísticos e culturais dos povos indígenas são:

- Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (1992);
- Declaração Universal dos Direitos Linguísticos (1996);
- Convenção da UNESCO para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003);
- Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2006);
- Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016).

Mas o que dizem as normas internacionais e nacionais em relação ao uso de línguas indígenas em juízo? Podem os povos indígenas depor e se defender em suas línguas tradicionais no tribunal? A seguir, passo a discutir, brevemente, as garantias jurídicas dos povos indígenas a usarem suas línguas indígenas em procedimentos judiciais.

A garantia ao uso das línguas indígenas em procedimentos judiciais

Na legislação internacional, a principal provisão legal que garante o direito do indivíduo acusado ao intérprete em procedimentos criminais é encontrada no 14º artigo do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966) e no art. 8ª da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1967), ambos ratificados pelo Brasil. Dentre as garantias judiciais, ambos os documentos estabelecem que, no caso de pessoa acusada que não entenda, de forma detalhada, a língua usada pela acusação, o Estado deverá garantir a assistência de intérprete e tradutores durante o processo. O artigo 14 do Pacto, que trata das garantias judiciais e do direito ao intérprete à pessoa acusada, diz que:

Artigo 14º do PIDCP

3. Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) A ser informada no mais curto prazo, *em língua que entenda* e de forma detalhada, da natureza e causas da acusação contra ela formulada;
- b) A dispor do tempo e dos meios adequados para a preparação da sua defesa e a comunicar com um defensor de sua escolha;
- c) (...)
- d) *A ser assistida gratuitamente por um intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no tribunal;*

A Convenção Americana (Pacto de São José da Costa Rica), em seu artigo 8º, reitera o direito da pessoa acusada a ser assistida gratuitamente por intérprete previsto no Pacto. Além do direito ao intérprete, ela acrescenta o direito a um *tradutor* – direito que não está previsto no PIDCP, ao menos, não explicitamente. Em seu artigo Art. 8º, diz que toda pessoa acusada tem “direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal”.

Em alinhamento às convenções e aos princípios constitucionais de devido processo legal (art. 5 da Constituição Federal), o Código de Processo Penal brasileiro (CPP) indica, em seu art. 193, que, “quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete”. Dispõe ainda, no capítulo VI, que trata das testemunhas, o art. 233, que, “quando a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas”. No que se refere ao oferecimento de serviços de tradução dos documentos, o art.

236 diz que “os documentos em língua estrangeira, sem prejuízo de sua juntada imediata, serão, se necessário, traduzidos por tradutor público, ou, na falta, por pessoa idônea nomeada pela autoridade”.

Pelo que se compreende do CPP, somente tem direito aos serviços de interpretação e tradução aqueles *indivíduos* que *não tiverem domínio da língua portuguesa*. Assim, caso o juiz considere que esse indígena saiba falar ou compreender o português, a “língua nacional”, não há, portanto, prerrogativa jurídica para que esse indígena se expresse na sua língua tradicional. Nesse caso, isso acontece porque o *princípio que fundamenta as normas de direito ao intérprete e tradutor no CPP é o princípio do devido processo legal* (art. 5º da Constituição Federal). Isto é, o direito baseia-se na ideia de que os indivíduos possam ter acesso igualitário e justo à justiça, ao contraditório e à ampla defesa. A aplicação do devido processo pressupõe o oferecimento de garantias mínimas, necessárias para o tratamento igualitário das partes perante as autoridades jurisdicionais. Nessa perspectiva, o conhecimento da língua usada pelo tribunal é uma condição, uma garantia judicial mínima, para que o acusado ou a testemunha possa entender e se fazer entender ao longo do processo penal e assim, ter um processo devido, justo.

No entanto, no que diz respeito especificamente aos povos indígenas, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) prevê que os costumes desses povos, sob matérias penais, devem ser levados em consideração pelas autoridades e tribunais, incluindo o uso de intérpretes e tradutores para que os indígenas possam se expressar em suas línguas maternas. O art. 12 diz que “medidas deverão ser tomadas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em processos legais”. O documento prevê que os Estados devem fornecer ainda serviços de interpretação e tradução, ou outros meios necessários:

Artigo 12

Os povos interessados deverão ser protegidos contra a violação de seus direitos e deverão poder mover ações legais, individualmente ou por meio de seus órgãos representativos, para garantir a proteção efetiva de tais direitos. Medidas deverão ser tomadas para garantir que os membros desses povos *possam compreender e se fazer compreender em processos legais*, disponibilizando-se para esse fim, se necessário, intérpretes ou outros meios eficazes. (OIT, 1989, grifo meu)

A Convenção prevê ainda que os governos adotem medidas para que os povos interessados possam tomar conhecimento de seus direitos e que isso seja feito por meio de traduções escritas nos idiomas desses povos. Em seu art. 30, estabelece que:

Artigo 30

1. Os governos adotarão medidas adequadas às tradições e culturas dos povos interessados, para que possam tomar conhecimento de seus direitos e obrigações, principalmente no campo do trabalho, das oportunidades econômicas, da educação e da saúde, dos serviços sociais e dos direitos decorrentes da presente Convenção.
2. Se necessário, isso deverá ser feito *por meio de traduções escritas* e dos meios de comunicação de massa *nos idiomas desses povos*. (grifo meu)

Embora a Convenção 169 e a Constituição de 1988 reconheçam o direito à língua e à diferença sociocultural dos povos indígenas, na prática administrativa e jurisprudencial, os pressupostos integracionistas das leis anteriores continuam sendo aplicados na seara penal. Para Castilho e Costa (2009), isso acontece porque, em nosso país, a lei processual penal ainda é aplicada a integrantes de minorias étnicas a partir de uma chave-conceitual integracionista. Segundo analisam as autoras, os magistrados brasileiros frequentemente aplicam o Estatuto do Índio, o Código Penal e o Código de Processo Penal sem observar as normas constitucionais e internacionais que consagram direitos específicos aos povos indígenas. A esse respeito, vale citar aqui o comentário de Duprat (2010), à época, Vice-Procuradora Geral da República, sobre o caso Marcos Verón⁵:

o desconhecimento da questão indígena no Judiciário é patente no caso do julgamento dos acusados pela morte do líder Marcos Ve-

⁵ Em 2004, o julgamento do assassinato de Marcos Verón, liderança indígena Guarani-Kaiowá, foi marcado pela negativa da juíza de permitir que as testemunhas indígenas dessem seus depoimentos em sua língua materna, o guarani. O Ministério Público Federal interpôs recurso solicitando que a juíza garantisse a assistência de intérpretes nos depoimentos das testemunhas indígenas, no entanto, o pedido foi recusado sob a alegação de que as testemunhas tinham domínio suficiente do português. Vale lembrar ainda que, em 2017, 19 indígenas Kaingang, que estão sob julgamento na Justiça Federal de Erechim (RS), apresentaram *Habeas Corpus* solicitando a tradução do processo penal e a presença de intérpretes em todos os atos do processo, além de laudo antropológico. A Justiça Federal indeferiu a tradução e a presença de intérpretes para os réus e para as testemunhas indígenas de defesa. O juiz do caso alegou que os indígenas expressavam-se em língua portuguesa e que, por isso, não seria necessário o serviço de interpretação e de tradução.

ron, que foi transferido de Mato Grosso do Sul para São Paulo, buscando um júri mais imparcial. Chegando lá, a juíza do caso impediu que os indígenas se expressassem em guarani, porque eles haviam respondido a uma simples pergunta em português. Esse é o maior exemplo de incompreensão, porque falar a língua não é compartilhar uma linguagem, a mesma compreensão de mundo e códigos de conduta. Principalmente num ambiente absolutamente externo e incompreensível, como é o Judiciário e o tribunal do júri. Era preciso permitir que os índios tivessem ali algo que lhes é comum, familiar, que é a sua língua, num ambiente totalmente estranho. (DUPRAT, 2010)

O comentário de Duprat (2010) indica que, em casos criminais em que membros de comunidades indígenas figurarem como réus ou testemunhas em processos, é exigida uma atenção redobrada pelos magistrados, os quais precisam estar atentos às especificidades culturais. Assim, embora o indígena deva responder criminalmente por seus atos perante a justiça como indivíduo, isso não exime o dever da justiça de respeitar a sua condição de pertencente a um grupo étnico. Portanto, o direito a contar com intérprete em juízo deve ser observado não somente como uma garantia processual do indivíduo, mas também como um direito coletivo, em conformidade com o respeito à pluralidade étnico-cultural dos povos indígenas, como manda a Constituição Federal.

Resistir em português, (re)existir em terena: retomando o *vemo'u*

Os Terena estão concentrados no Estado de Mato Grosso do Sul e estão distribuídos em 25 aldeias, distribuídas de maneira descontínua na região da bacia do Aquidauana. Provenientes do Chaco paraguai- o/boliviano, região mítica chamada de Êxiva em sua história oral, os Terena compõem um subgrupo da família linguística Guaná, pertencente ao tronco linguístico Aruak. Historicamente, a relação que este grupo manteve com a sociedade brasileira foi marcada pelo esbulho renitente de seus territórios tradicionais (DUPRAT, 2018) e pela exploração de sua força de trabalho pelos donos das propriedades rurais e urbanas que se formaram, sobretudo, após o fim da Guerra do Paraguai, no século XVIII. Neste período, que os Terena chamam de *tempo do cativo*, os territórios Terena passaram a ser invadidos pelos fazendeiros, não restando outra opção para o grupo a não ser procurar trabalho nessas fazendas.

É nesse contexto de esbulho de suas terras e de conflitos interétnicos que os Terena têm seus primeiros contatos com a língua portuguesa. Desde então, conhecer a língua do outro, do *purútuye*, tem sido uma arma necessária para garantir a sobrevivência física do grupo. A busca pela sobrevivência nas fazendas, nas plantações e nas cidades levou os terena a recorrerem à língua portuguesa. Como explica Celma Francelino Fialho, indígena da etnia Terena e mestra em Educação, o maior contato com os *purútuye* fortaleceu a língua portuguesa, e ao mesmo tempo, causou um impacto na vitalidade do *vemó'u*, língua materna terena:

no território sul mato-grossense, o maior impacto linguístico do povo Terena, foi a depois da Guerra do Paraguai, que dispersou a comunidade e famílias em busca de um local seguro para confrontar com os invasores e conseqüentemente após a luta armada foram buscar trabalho nas fazendas da região sendo obrigados a se comunicar por meio da língua portuguesa. Durante este movimento migratório do povo Terena foi intensificando o contato com os “*purútuye*”, falantes da língua portuguesa e as minoritárias vão ficando cada vez mais expostos e sufocada pela língua predominante, correndo o risco de acontecer um deslocamento linguístico, isto é, a substituição da língua materna pela língua portuguesa como aconteceu na Aldeia Ipegue. (FIALHO, 2010, p. 35)

No período de atuação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), os chefes de posto orientavam aos professores que só se ensinasse em português às crianças terena. Assim como acontecia em outras comunidades indígenas, os Terena foram por muitos anos proibidos de usar a sua língua materna em sala de aula, chegando até mesmo a receber castigos se ousassem usá-la. Para Fialho (2010, p. 63), foram as sucessivas ações de desocupação forçada de suas terras, aldeamento, e ensino obrigatório da língua portuguesa que levaram ao “sufocamento da língua terena”. Com efeito, atualmente uma boa parte da população terena não mantém o uso da língua tradicional. Fialho nota, por exemplo, que na aldeia Iguape, “hoje, somente as pessoas mais idosas utilizam a língua materna, enquanto os jovens não utilizam *vemó'u* na sua comunicação” (FIALHO, 2010, p. 10). No entanto, o uso da língua portuguesa pelos Terena não significa que o grupo despreze a sua língua tradicional e, muitos menos, deseje tornar-se “branco”.

Pelo contrário, para os Terena, assim como para muitos outros povos indígenas no Brasil, o conhecimento do português tem constituído uma estratégia político-linguística de resistência e de enfrentamento das

violências perpetradas pelo Estado e pela sociedade não-indígena. Conhecer a língua do *purútuye* é, portanto, a maneira que os Terena encontraram para se inserir no mundo do branco e, com isso, poder lutar pela sua sobrevivência física e cultural. Contestando a fama de que os índios são “domesticados” e “passivos”, um líder Terena responde à professora Nincao com a seguinte afirmação, “Professora, nós não somos passivos, nós somos diplomáticos!”. E ser diplomático:

significa entender que o diálogo intercultural, porque sempre tenso e difícil, demanda a utilização de estratégias para não sucumbir ao Outro. E, para o povo Terena, não sucumbir ao Outro, segundo significa, entre outras coisas, dominar a língua do Outro. Aprender a Língua Portuguesa, não é visto, portanto, para os Terena como um ato de sujeição, mas como uma estratégia diplomática de sobrevivência. (NINCAO, 2015, p. 12)

Ademais dessa estratégia diplomática que é falar a língua do *purútuye*, os Terena têm buscado também retomar para si a sua língua tradicional, o *vemó’u*. Nos últimos anos, as políticas de implementação de escolas indígenas bilíngues em algumas comunidades têm permitido que professores e coordenadores terena desenvolvam uma ação pedagógica e um currículo voltados para o fortalecimento da cultura e da língua tradicional. Nesse sentido, existe uma crescente preocupação entre os Terena em revitalizar e valorizar a língua indígena. Conforme observa Fialho (2010, p. 63), para os Terena, manter uma relação com a sua *vemó’u* é importante para garantir que os saberes tradicionais, antes repassados de geração após geração na língua tradicional, continuem a existir na comunidade indígena. Segundo a autora, o não uso da língua materna “compromete a transmissão e a reprodução de conhecimentos tradicionais como os “conhecimentos agrícolas, religiosos entre outros, que são transmitidos de geração em geração dentro dos valores culturais de uma comunidade, onde a comunicação se fazia através da língua materna”.

Dessa maneira, importa observar que, entre os Terena, o uso da língua tradicional não é apenas um direito, mas representa ainda a sua capacidade de continuar (re)existindo conforme seus modos tradicionais de vida. Lembremos que, assim como os seus territórios ancestrais, os Terena tiveram também arrancado de suas vidas o direito ao uso de sua língua materna, quando a instauração da educação escolar nas aldeias pelo SPI proibiu as crianças de falarem o terena. É nesse sentido que podemos dizer que os Terena estão retomando a sua língua materna, o *vemó’u*,

como uma forma de tentar “resgatar aquilo que o não-indígena tentou destruir” (FIALHO, 2010). Portanto, a escolha pelo uso do vocábulo “retomar” não é por acaso. A retomada das terras ancestrais é uma estratégia que os Terena e outros povos indígenas têm adotado para garantir a sua sobrevivência física e cultural. Do mesmo modo, os Terena têm retomado o seu *vemó’u*, isto é, revitalizado sua língua terena, como uma forma demarcar/afirmar a sua identidade étnica e garantir a sua sobrevivência cultural.

Acredito que estratégia semelhante tenha sido usada por Paulino Terena, quando optou pelo uso de sua língua tradicional para depor na oitiva da CPI do Genocídio. Ao insistir em dar o seu depoimento em sua língua materna, o que Paulino Terena buscava não era simplesmente entender e ser entendido pela Comissão, mas era, mais do que isso, retomar e demarcar um direito originário e ancestral Terena, exercido por seu povo há gerações milenares – o direito de falar em sua língua ancestral, o *vemó’u*. Dessa forma, compreendo que a solicitação de Paulino estava muito além do que se discutiam os parlamentares – se o depoente sabia se expressar em língua portuguesa ou não. Ora, não era isso que estava em jogo. Em nenhum momento o advogado de Paulino menciona as normas que tratam de direito a intérprete quando a testemunha/depoente não se expressa na língua do tribunal, tal como preveem o art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o art. 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos ou o art. 233 do Código de Processo Penal. Se fosse este o caso, de fato, os parlamentares teriam respaldo legal para negar o pedido do depoente, visto que o mesmo demonstrou ser capaz de se expressar e de entender a língua portuguesa, conforme o vídeo exibido na oitiva.

Contudo, embora, em nenhum momento, isso tenha sido levado em consideração pelos parlamentares, o que estava sendo reivindicado naquele momento era o direito linguístico originário de Paulino, enquanto pertencente ao povo indígena Terena, de se expressar na língua materna do grupo ao qual pertence, e, portanto, de ter os seus costumes, as suas tradições e a sua identidade étnica respeitados, conforme mandam os art. 210, 215 e 231 da Constituição Federal e outros dispositivos internacionais. Além disso, o caso de Paulino Terena possui um agravante, pois além de negarem o direito do indígena a depor em sua língua tradicional, desrespeitando, com isso, normas constitucionais e internacionais, os

membros da Comissão resolveram ainda acusar o depoente e a intérprete que o acompanhava de mentirem sob juramento. Paulino Terena não só foi impedido de depor na CPI que buscava denunciar os crimes cometidos contra ele e sua comunidade, como também foi, ele próprio, acusado de ter cometido um crime ao tentar falar na sua língua materna.

Legitimando inconstitucionalidades: a criminalização de lideranças indígenas

Para avançar na análise desse caso, é fundamental entender o cenário de crescente criminalização das lideranças indígenas que se verifica nos últimos anos. Nesse sentido, as disputas por terras, as invasões e os despejos forçados têm produzido um cenário de guerra travada, na qual não existe correlação de forças e nem paridade de armas. A situação se agrava ainda mais porque a própria atuação do Judiciário está, em muitos casos, a favor dos interesses das forças ruralistas e latifundiárias, permitindo, assim, a criação de uma verdadeira milícia paralela ao Estado. Nesse contexto, as lideranças indígenas e os apoiadores de suas lutas são frequentemente ameaçados de morte ou mesmo chegam a ser assassinados por pistoleiros enviados por grupos com interesses econômicos sobre as terras indígenas. O cenário é tão grave que o Relatório da ONU de 2018 considerou o Brasil como o país mais perigoso do mundo para os defensores indígenas de direitos humanos:

o Brasil é de longe o país mais perigoso do mundo para os defensores indígenas dos direitos humanos. Durante a visita da Relatora Especial ao Brasil em 2016, os membros de comunidades do Mato Grosso do Sul lhe mostraram feridas de bala em seus corpos e a levaram a lugares onde haviam sido assassinados seus familiares. Ademais, a informaram de casos de detenções arbitrárias, tortura e criminalização de seus líderes. As organizações governamentais e da sociedade civil que se ocupavam dos povos indígenas lhe facilitaram informação inquietante sobre uma tendência sistemática às ameaças e intimidação por parte do Estado e entidades do setor privado. Prevalece a impunidade em relação aos ataques, os assassinatos e a intimidação de pessoas indígenas e frequentemente têm lugar quando os povos indígenas tentam fazer valer seus direitos sobre suas terras e coincidem com a criminalização das lideranças indígenas. (ONU, 2018)

No Estado do Mato Grosso do Sul, a criminalização de lideranças indígenas revela uma tendência sistemática do Estado – tanto do Poder

Judiciário, quanto do Legislativo e do Executivo, além da Polícia – de cívica/contribuição com as violências cometidas contra os povos indígenas da região. Como apontam Hilgert e Nolan (2016), que atuam como advogadas de diferentes povos indígenas, esse número crescente de procedimentos criminais instaurados contra lideranças indígenas é uma estratégia que os ruralistas, em união com as polícias, os deputados do MS e com o próprio sistema de justiça criminal, têm adotado para desmobilizar a organização política e a resistência indígena. Segundo as autoras, esses mecanismos de repressão e criminalização têm se sofisticado por meio de “instrumentos legais”. Desse modo, enquanto no Legislativo muitos parlamentares da bancada ruralista atuam no sentido de aprovar leis anti-indígenas, o Judiciário do MS tem funcionado como um mecanismo de “proteger inconstitucionalidades”:

ganha destaque um dos braços do processo de criminalização das lutas indígenas: o judiciário. No duro cenário de criminalização enfrentado pelos povos indígenas, até então protagonizado pelos poderes Executivo e Legislativo, a leve brisa de justiça mínima era algumas vezes alcançada através do Poder Judiciário (...). Frisa-se desde já que a questão da função social da propriedade reflete nos processos de criminalização: sem refletir sobre aquela, o judiciário protege inconstitucionalidades. Pode-se perceber duas frentes do movimento de criminalização: a de denunciar indígenas e indigenistas; e a de denunciar as negligências que eles sofrem. (HILGERT; NOLAN, 2016)

Para Filho e Frigo (2010), o processo de criminalização avança no Brasil “com ares de potência institucional, associado à sofisticação da violência”. Desse modo, há que se considerar que atribuir um crime a alguém, a alguma atitude ou a uma manifestação não é algo que ocorra a partir de uma fala isolada ou sem repercussão. Segundo os autores, a criminalização “se dá através de um processo estruturado de violência física e simbólica, que adquire ares de violência institucional (pública e privada) na medida em que seus agentes se utilizam de suas prerrogativas e funções para atribuir natureza essencialmente criminosa às manifestações sociais organizadas” (FILHO; FRIGO, 2010, p. 3). Assim, se considerarmos que a criminalização empreendida pelo agronegócio e legitimada pelos seus aliados no Judiciário e no Legislativo tem como objetivo enfraquecer o movimento indígena, constituiria, portanto, possível alvo desse processo qualquer indivíduo ou atitude que buscasse fortalecer a luta indígena.

Nos casos de decisões sobre reintegração de posse, por exemplo, os autores indicam como o Judiciário acaba por proteger inconstitucionalidades, ao passo que “persegue e criminaliza uma manifestação social que se orienta pelo cumprimento da Constituição” (FILHO; FRIGO, 2010, p. 3). Nesse sentido, eles defendem que há ações de cunho criminalizador em curso que precisam ser melhor investigadas, especialmente no comportamento dos agentes do sistema de justiça. Portanto, se considerarmos que a criminalização empreendida pelo agronegócio e legitimada pelos seus aliados no Judiciário e no Legislativo tem como objetivo atacar a legitimidade do movimento indígena e suas lutas por território, constituiria um alvo importante desse processo qualquer apoiador da luta indígena. É nesse contexto que se insere o caso de Paulino Terena.

Paulino da Silva, conhecido como Paulino Terena, é um importante defensor dos direitos dos povos indígenas e liderança Terena. Nos últimos anos, ele tem trabalhado na denúncia e exposição de assassinatos cometidos contra pessoas indígenas no Brasil e na defesa dos territórios terena no estado do MS. Devido ao trabalho que tem desempenhado, Paulino já foi vítima de inúmeras formas de intimidação e tentativas de assassinato. Em 2013, no primeiro atentado contra a sua vida, homens encapuzados atearam fogo em seu carro, deixando Paulino com graves queimaduras no corpo. Desde então, o líder indígena é uma das 342 pessoas incluídas no Programa de Proteção a Defensores de Direitos Humanos, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Em 2014, mesmo sob a Programa de proteção, Paulino foi alvo de mais um atentado, quando foi atingido por um tiro na perna em Miranda (MS), enquanto reivindicava a demarcação da Terra Indígena Pillad Rebuá.

Aqui, cabe trazer a tese do jurista Pádua Fernandes (2018), segundo o qual o Estado brasileiro, por meio de suas instâncias no Executivo, Legislativo e Judiciário, tem usado o que o autor chama de “produção legal da ilegalidade” para negar a efetividade do direito estatal e internacional garantidos aos povos indígenas. Segundo Fernandes (2018, p. 144), a produção legal da ilegalidade é realizada por meio de instituições que têm o dever de aplicar o direito e ocorre quando uma determinada norma ou previsão constitucional é interpretada em oposição aos próprios fins dessa norma, para que os seus efeitos levem à não garantia dos direitos. O autor chama essa operação de “efetividade paradoxal da norma”, isto

é, “por meio da interpretação guiada por finalidades contrárias à da norma, os efeitos da aplicação frustram seus fins originais”.

No caso ora analisado, notamos como o crime de falso testemunho (baseado na lei penal do art. 342 do CP) foi usado pelos parlamentares para justificar a “má-fé” de Paulino Terena. Segundo os deputados da Comissão, Paulino e Maria Lourdes teriam se “aproveitado” do direito a intérprete previsto no Código de Processo Penal para “enganar” os membros da Comissão. É interessante observar como os parlamentares usam dessa previsão jurídica – o direito de Paulino a ter a assistência de intérprete em juízo – para provocar o efeito contrário. Aqui percebemos a produção legal da ilegalidade, visto que a tentativa de garantir o direito à língua própria, direito previsto no art. 231 da CF e em tratados internacionais, passa a ter o efeito de incriminar o indígena. Assim, por meio de um discurso de legalidade – e até de um verniz de moralidade – os parlamentares conseguem legitimar aquilo que é inconstitucional, isto é, a negativa do direito linguístico de Paulino a usar sua língua própria para depor em juízo.

Além disso, conforme aponta Fernandes (2018), essa legitimação da ilegalidade não se refere a interpretações distintas das normas jurídicas, mas constituem “armadilhas hermenêuticas”, ou seja, manipulações feitas para legitimar o que é inconstitucional e, com isso, garantir o favorecimento econômico de alguns grupos. De acordo com o autor, no âmbito dos direitos indígenas, “a produção legal da ilegalidade tem beneficiado setores econômicos associados à grilagem e à devastação ambiental, como o agronegócio, as madeireiras e a mineração”. Sobre esse aspecto, devemos destacar que a maioria dos parlamentares da CPI do Genocídio tinham envolvimento com o agronegócio da região, o que demonstra que a atuação de Paulino Terena pela defesa dos territórios indígenas estava em evidente contraste com os interesses econômicos de Mara Caseiro (PTdoB) e de Paulo Correa (DEM).

Segundo Filho e Frigo (2010), o processo de criminalização dos movimentos sociais combina uma série de mecanismos de desmantelamento e de desmoralização, que vão desde prisões, inquéritos policiais, ameaças, discursos na mídia, até Comissões Parlamentares de Inquérito. Com efeito,

o domínio de forças conservadoras sobre espaços do aparelho de estado permite que mecanismos variados sejam usados seletiva e

simultaneamente contra os movimentos sociais, como prisões, inquéritos policiais, ações criminais, ameaças, Comissões Parlamentares de Inquérito, tomadas de contas, fiscalização “dirigidas” por órgãos de fiscalização e controle como o Tribunal de Contas da União-TCU e a Controladoria Geral da União-CGU. Há que se reconhecer, ainda, que isto se dá em articulação com um processo de desmoralização e satanização dos movimentos sociais, orquestrado por meios de comunicação, que priorizam as falas criminalizatórias e manipulam informações e fatos referentes às manifestações sociais, sem garantir-lhes um espaço, ou mesmo reconhecer-lhes como interlocutores da questão reportada. (FILHO; FRIGO, 2010, p. 02)

Sobre os “processos de desmoralização e satanização dos movimentos sociais” orquestrados pela mídia, é interessante observar as manchetes que circularam nos jornais locais sobre o ocorrido com Paulino Tereza na oitiva da CPI, na Assembleia Legislativa. Reproduzo aqui o título de algumas das manchetes encontradas na internet:

- “Índio *mente* em CPI, depoimento é desconsiderado e Comissão registra Boletim de Ocorrência”
- “Indígena é acusado de *mentir* em CPI e vai ter que se explicar à Justiça”. – Dourados News
- “Índio tenta depor em língua materna, mas é ‘*desmascarado*’ – Campo Grande News
- “Após *mentir* e ser *desmascarado*, indígena vai ter que se explicar à justiça” – Fronteira News

Observe que, a partir da escolha lexical de “mentir” e “desmascarar” ou sintática de “vai ter que se explicar”, notamos como o indígena é tido como mentiroso pelos veículos midiáticos. Interessante observar também que as manchetes reproduzem as palavras escolhidas pela deputada Mara Caseiro, que qualifica a ação de Paulino e de Maria Lordes como “mentirosa”. Nota-se, portanto, como o discurso criminalizatório dos parlamentares é reforçado pela mídia, que considera os indígenas como mentirosos sem nem ao menos ouvir as suas versões dos fatos. Tal estratégia, que “prioriza falas criminalizatórias e manipula informações e fatos, sem garantir-lhes um espaço, ou mesmo reconhecer-lhes como interlocutores da questão reportada”, constitui aquilo que Filho e Frigo (2010, p. 01) consideram como processo de desmoralização do movimento social. Segundo os autores, os agentes públicos, partindo de motiva-

ções pessoais, usam a difusão de notícias desmoralizantes sobre as pessoas envolvidas no movimento social como um mecanismo para “revestir a sua imagem pública de uma natureza criminosa” (FILHO; FRIGO, 2010, p. 12).

É nesse sentido que vemos como a atitude dos parlamentares de negar o pedido de Paulino Terena em depor em sua língua materna, assim como tentar incriminá-lo por isso, guarda profunda conexão com o racismo institucional presente na justiça brasileira.

Língua e racismo institucional

Apesar de termos uma constituição que prevê o respeito à pluralidade linguística, a base histórica da formação do Estado brasileiro, e de suas instâncias institucionais, tem como matriz a lógica da racialização que inferiorizou, marginalizou, e criminalizou os corpos e as práticas linguísticas dos povos subalternizados (MIGNOLO, 2017). Segundo Werneck (2016), o racismo institucional refere-se ao mecanismo estrutural que garante a exclusão seletiva dos grupos racialmente subordinados, tais como os negros, os indígenas e os ciganos. Cunhado pelos ativistas do grupo Panteras Negras, o racismo institucional refere-se à “falha coletiva de uma organização em prover um serviço apropriado e profissional às pessoas por causa de sua cor, cultura ou origem étnica” (CARMICHAEL; HAMILTON, 1967, p. 4, *apud* WERNECK, 2016).

Dessa perspectiva, o racismo institucional desloca-se do plano individual e assume uma dimensão coletiva, referindo-se a quaisquer ações, normas e políticas institucionais que produzem desvantagens relativas para um grupo racial minoritário em comparação a grupos raciais majoritários. Para Almeida (2018, p. 34, grifo do autor), o racismo institucional refere-se à ideia de que as instituições funcionam como mecanismos para garantir a supremacia de um determinado grupo social e a exclusão seletiva de outros grupos, racialmente subordinados, como negros, indígenas e ciganos. Dessa perspectiva, as instituições “atuam na formulação de regras e imposição de padrões sociais que atribuem *privilegios* a brancos ou a grupos sociais específicos”. Assim, as instituições são “hegemonizadas por determinados grupos que utilizam os mecanismos institucionais para impor regras, padrões de conduta e modos de racionalidade que tornem ‘normal’ e ‘natural’ o seu domínio” (ALMEIDA, 2018, p. 30).

Nessa perspectiva, Moreira (2017) entende que, mesmo que determinadas práticas institucionais não tenham a intenção de discriminar grupos minoritários, elas produzem efeitos negativos sobre eles porque pressupõem elementos como nível educacional, status econômico ou, se tomarmos o caso aqui analisado, domínio da língua majoritária. Assim, embora tomados como neutros, tais pressupostos garantem que o grupo dominante tenha maior acesso às instituições e serviços sociais:

o tipo de discriminação que ora analisamos encontra expressão no plano institucional porque membros dos grupos dominantes controlam os mecanismos de acesso às várias instituições sociais e elas passam a operar segundo normas e práticas que, embora formuladas em termos gerais, expressam os interesses desses segmentos sociais. Agentes dessas organizações que, na maior parte dos casos, são representantes dos grupos majoritários, tratam pessoas de acordo com seus próprios preconceitos e também a partir de normas institucionais. As prisões arbitrárias de homens negros são comuns na sociedade brasileira, são um exemplo clássico da discriminação institucional (...). Uma vez que atos discriminatórios são apenas modos de operação da instituição policial, a identificação de motivação discriminatória torna-se mais difícil. Isso demonstra que a discriminação institucional pode não expressar diretamente a intenção de discriminar, pois a desvantagem imposta a grupos decorre da operação das normas supostamente neutras. (MOREIRA, 2017, p. 133)

Assim, o racismo institucional se mantém na medida em que os agentes das instituições são, em grande parte, representantes dos grupos dominantes e de suas ideologias. Embora aparentem uma neutralidade, as normas, os procedimentos e modos de operação adotados nas instituições produzem desvantagens a grupos sociais minoritários, dificultando o seu acesso a tais espaços. Nesse aspecto, a exigência pelo uso da língua dominante em investigações criminais funciona como um procedimento que, embora supostamente neutro – a exigência da língua oficial em um tribunal é vista como uma ação neutra, por exemplo, ele dificulta o acesso de grupos minoritários que ou não possuem aquela língua como sua língua materna ou não tiveram acesso à educação formal suficiente para dominá-la na variedade exigida. Portanto, se, de um lado, o sistema judicial assegura ao acusado o direito a uma ampla defesa, de outro, esse mesmo sistema dificulta o acesso do acusado à justiça na medida em que exigências como o uso da língua oficial obstaculizam o efetivo entendimento do réu sobre o julgamento.

No estudo que Borges (2018) tece a respeito do encarceramento em massa da população negra no Brasil, a autora destaca como a Justiça Criminal brasileira exige determinados pressupostos linguísticos que dificultam o acesso à justiça. Embora o acusado tenha assegurado o direito à ampla defesa, a adoção de uma norma supostamente neutra – o uso obrigatório e exclusivo da língua oficial – funciona como um mecanismo sutil de exclusão daqueles que não possuem a língua oficial como língua materna. Assim, a imposição de pressupostos linguísticos – domínio da língua dominante e variedade padrão, da linguagem jurídica especializada, de códigos escritos etc. perpetua o racismo institucional, na medida em que tais obstáculos são muito sutis e de difícil identificação. Como observa Borges, temos atualmente uma *sofisticação dos obstáculos processuais*:

a linguagem rebuscada, o uso de expressões em latim, e, até uma construção discursiva e sintática mais apurada e elitizada dificultam tanto a capacidade de acompanhamento quanto de entendimento do processo pelos réus e seus familiares, e mesmo de outras partes interessadas. Com isso, dificulta-se o exercício pleno de defesa e de direitos. Se no século XVI havia garantido pela lei e ordenamento jurídico, o desconhecimento do réu sobre o que era acusado, posteriormente, e nos dias atuais, o processo se torna mais sofisticado com uma série de obstáculos processuais, linguísticos etc. (BORGES, 2018, p. 32)

Em se tratando da relação que a justiça criminal mantém com o réu ou testemunha indígena, a imposição de sistemas linguísticos, de costumes e de valores socioculturais não constitui outra coisa senão o modo como o Poder Judiciário exerce o seu racismo colonial em relação a estes povos. Sobre essa questão, importa recuperar aqui o estudo que Lourdes de L. Pasquel (1999) tece a respeito do julgamento criminal de indígenas mixtecas no estado do Oregon (EUA). Em seu trabalho, a autora observou como a justiça norte-americana exerceu formas sutis de racismo e de exclusão contra os indígenas mixtecos a partir da imposição de pressupostos linguísticos e culturais como alfabetismo, escolaridade, letramento, manejo de protocolos jurídicos, de materiais escritos para construir testemunhos, domínio da variedade padrão etc. Segundo Pasquel, pressupostos como letramento e alfabetismo se aplicaram como formas de dominação e de exclusão dos indígenas, já que tanto o acusado como as testemunhas de defesa tinham um nível de escolaridade baixo ou nulo em ambas as línguas. A título de ilustração, reproduzimos dois fragmen-

tos nos quais o advogado de acusação pressupõe a escolaridade da testemunha:

Fragmento 1

Fiscal: a pessoa que foi apunhalada, foi apunhalada com força ou sem força?

Testemunha: com força.

Fiscal: sabe você que palavras do espanhol descrevem o fato de ser apunhalado *com força*?

Testemunha: não.

Fiscal: Você tem uma palavra na sua língua, mestiça, que descreve a maneira que o homem foi ferido com o punhal?

Testemunha: sim (...).

Fiscal: pode usar palavras em espanhol para soletrar essas palavras?

Testemunha: não.

Fiscal: não pode dizer como escrever a palavra para que a vejamos?

Testemunha: em mestiço?

Fiscal: sim, pode?

Testemunha: não, não sei escrever. (...)

Assim, de acordo com a análise do processo, a língua se mostrou como um elemento de coerção e intimidação, “desde a prisão até a condenação de Ventura” (PASQUEL, 1999, p. 127). Segundo Pasquel (1999, p. 127), o Estado “dá por suposto o manejo dos protocolos e procedimentos de análises na apresentação das informações, dados, fatos e detalhes sobre os acontecimentos”, supondo que as testemunhas indígenas dominem o espanhol ou o inglês escrito. Ademais, a autora aponta que, muitas vezes, com o objetivo de reconstruir os fatos do crime, o advogado usa de fotografias, diagramas e mapas – um processo que requer um trabalho de leitura e tradução do código escrito e alfabético:

Fragmento 2

Advogado: digamos que esta é Toney. Entende? Como ela está?

Testemunha: não entendo porque não fui à escola.

Advogado: vejamos o mapa. Suponhamos que o quatro vermelho é o caminho para sair do campo. Pode supor que este caminho está abaixo do caminho Trubel e à 37, e pode assumir que no dois preto, a pick-up dobrou o campo de morangos e logo depois dobrou à esquerda e que o um verde é o carro, *o carro de onde você viu Miguel desaparecer?* (grifo da autora).

Testemunha: mas não entendo bem como está porque não fui à escola.

Advogado: Bom, então veja este outro (...).

Advogada da defesa: Sua senhoria, objeção. A testemunha já disse claramente que não entende o mapa.

Nesse recorte, é possível observar como a prática do agente jurídico está associada a um conjunto de pressuposições sobre domínio do có-

digo escrito e alfabético que exclui o sujeito que não possui um nível de escolaridade mínimo ou nulo. Isso nos indica como comentários e procedimentos aparentemente inocentes como a exigência da leitura de um mapa, por exemplo, reproduzem sutilmente o racismo institucional:

as expressões de racismo aqui exemplificadas se apreciam facilmente. Existem outras, no entanto, cuja sutileza e complexidade as fazem difícil de identificar. Não obstante, compenetraram todo o processo mostrando como se pode exercer uma dominação como a que Bourdieu (1977) chamaria de “dominação simbólica”. Este ponto nos situa no coração da intersecção entre a linguagem e o exercício do poder e exige um nível de análise que rompa com um conceito tão amplo e polivalente como “racismo”. Se trata de práticas discursivas excludentes, da imposição de pressupostos culturais diferentes, da imposição da voz da autoridade sobre a voz subordinada. (PASQUEL, 1999, p. 117)

Tais considerações são importantes porque elas nos indicam como a dominação e o racismo se expressam no caso Paulino Terena. A partir dessa perspectiva, notamos como a exigência dos membros da CPI pelo uso da língua portuguesa na oitiva é um procedimento institucional que, embora revestido de neutralidade e moralidade – o uso da língua oficial em tribunal é uma ação supostamente neutra – não deixa de produzir desvantagens aos membros de grupos minoritários cujas línguas maternas não são o português. Marcadamente ligados aos interesses do agronegócio, a maioria dos membros da CPI atuaram, portanto, no sentido de dificultar o acesso desses povos à justiça e aos seus espaços institucionais e, com isso, manter os privilégios e os interesses dos grupos que detém o poder econômico e político da região.

Considerações finais

O racismo institucional nem sempre expressa diretamente a intenção de discriminar. Assim, ao utilizar de certos critérios institucionais como o uso da língua oficial, os agentes institucionais podem impor tratamentos desvantajosos a indivíduos pertencentes a grupos subalternizados, mantendo, assim, o controle no acesso aos espaços institucionais. Dessa forma, o racismo assume sua faceta coletiva e institucional porque são as próprias ações institucionais – por meio de seus agentes – que atuam para promover a subordinação e a violência simbólica. Ora, a exigência dos membros da CPI pelo uso da língua portuguesa na oitiva é um

procedimento institucional que, embora revestido de uma neutralidade – o uso da língua oficial em tribunal é uma ação supostamente neutra – não deixa de produzir desvantagens aos membros de grupos minoritários cujas línguas maternas não são o português. Assim, a partir de um discurso revestido de legalidade e de moralidade, os deputados foram capazes de inverter a lógica do direito linguístico a seu favor: enquanto legitimou-se aquilo que era inconstitucional – a imposição da língua portuguesa e a negação do direito do indígena ao uso da língua própria – criminalizou-se aquilo que é legal: o direito do indígena a solicitar o uso de sua língua materna.

A legitimação de tal inconstitucionalidade não poderia ocorrer, no entanto, sem a ajuda do próprio sistema de justiça. Nesse aspecto, o racismo institucional é a engrenagem por meio da qual os agentes estatais, falantes da língua majoritária, o português, conseguem manter o seu privilégio enunciativo. Nesse sentido, conclui-se que a negação do direito linguístico à língua tradicional, garantia reconhecida pela Constituição e pelas normas internacionais de direitos humanos, e a imposição da língua portuguesa (suas variedades, aspectos formais, códigos escritos etc.) são mecanismos sutis por meio dos quais os agentes do Poder Judiciário e do Legislativo expressam o racismo que, por mais de cinco séculos tem inferiorizado, marginalizado e excluído os povos indígenas.

Referências

ALMEIDA, S. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BESSA FREIRE, J. R. A demarcação das línguas indígenas no Brasil. In: CUNHA, M. C.; CESARINO, P. N. *Políticas culturais e povos indígenas*. Editora Unesp: São Paulo, 2014. p. 363-390.

BORGES, J. *O que é encarceramento em massa?* Editora Letramento: Justificando, 2018.

BRAGGIO, S. B. *Políticas e Direitos Linguísticos dos Povos Indígenas Brasileiros*. Signótica. Ed.do Cegraf: UFG. Goiania, v. 14. 2003.

CASTILHO, E. W. V.; COSTA, P. B. F. *O Projeto de Lei do Senado no 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas*. Brasília a. 46 n. 183. 2009.

CIMI. *CPI do Genocídio: matam os índios e querem esconder o pau*. Nota pública. 2016. Disponível em: <https://cimi.org.br>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

CTI – Centro de Trabalho Indigenista; UCDB – Universidade Católica Dom Bosco. *Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul*. Brasília: CTI, 2008. 60p.

DUPRAT, D. Dourados é talvez a maior tragédia conhecida na questão indígena. *Brasil de fato*. 2010. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br>. Acesso em: 6 de janeiro de 2017.

DUPRAT, D. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: CUNHA, M. C; BARBOSA, S. (Orgs.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. Editora Unesp: São Paulo, 2018. p. 43-74.

FERNANDES, P. A proteção das terras indígenas no direito internacional: marco temporal, provincianismo constitucional e produção legal da ilegalidade. In: CUNHA, M. M. C; BARBOSA S. (Orgs.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. Editora Unesp: São Paulo, 2018. p. 139-174.

FIALHO, C. L. *O percurso histórico da língua e cultura terena na aldeia Ipegue/Aquidauana/MS*. Dissertação de mestrado. Universidade Católica Dom Bosco: Campo Grande, 2010.

FILHO, A. S; FRIGO, D. A luta por direitos e a criminalização dos movimentos sociais: a qual Estado de Direito serve o sistema de justiça? In: *Terra de Direitos*, 2010.

HILGERT, C. D; NOLAN, M. N. *Indígenas em conflito com a lei: a criminalização dos povos indígenas no Brasil através do judiciário*. Artigo apresentado no IX Congresso da Rede Latinoamericana de Antropologia Jurídica (Relaju), 2016.

MIGNOLO, W. Desafios decoloniais hoje. In: *Epistemologias do Sul*, Foz do Iguaçu/PR, 1 (1), p. 12-32, 2017.

MOREIRA, A. J. *O que é discriminação?* Editora Letramento: Casa do Direito: Justificando: Belo Horizonte, 2017.

MORELLO, R. (Org.). *Leis e línguas no Brasil: o processo de cooficialização e suas potencialidades*. Florianópolis: IPOL, 2015. 140p.

NINCAO, O. S. KÓHO YOKO HOVÔVO /TUIUIÚ E O SAPO: os Terena, uma nova identidade de nação? In: *Caderno de Estudos Culturais*, v. 7, n. 13, p. 1-14, 2015.

PASQUEL, L. D. Mixtecos y analfabetas: poder y resistência en la corte norteamericana. In: *Dimension Antropologica*, ano 6, v. 15, p. 113-130, 1999.

SOARES, I. V. P. Direito à diversidade linguística no Brasil e sua proteção jurídica. Anais. *Seminário Ibero-americano de Diversidade Linguística / organização*, Marcus Vinícius Carvalho Garcia et al. – Brasília. Iphan, 2014.

SOUZA FILHO, C. F. M. de. Marco temporal e direitos coletivos. In: CUNHA, M. C. da.; BARBOSA, S. (Orgs.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

SOUZA FILHO, C. F. M. de. O Direito envergonhado: o Direito e os índios no Brasil. In GRUPIONI, L. D. B. (Org.). *Índios no Brasil*. Brasília: MEC, 1994.

VERONESE, O; DORNELLES, E. N. A (in)visibilidade e a criminalização dos indígenas no Brasil: um olhar além do preconceito. In: *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 636-650, maio/ago. 2017.

WERNECK, J. Racismo institucional e saúde da população negra. In: *Saúde de Soc.* São Paulo, v.25, n.3, p. 535-549, 2016.

“SE NÃO HÁ ÍNDIOS, TAMPOUCO HÁ DIREITOS”: UMA ANÁLISE DE DADOS SOBRE PESSOAS INDÍGENAS EM SITUAÇÃO DE PRISÃO NO BRASIL A PARTIR DO USO DOS MECANISMOS DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

*Michael Mary Nolan**

*Viviane Balbuglio***

Introdução¹

Este artigo se propõe a refletir sobre o aprisionamento de pessoas indígenas no Brasil a partir de um olhar direcionado à produção de dados estatais que dizem respeito a homens e mulheres indígenas em privação de liberdade no país.

Com este propósito, foram realizados, durante os anos de 2017 e 2018, aproximadamente 116 pedidos de acesso à informação para as secretarias de segurança pública dos estados da Federação e para órgãos federais como o Ministério da Justiça (MJ), Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Defensoria Pública da União (DPU) e Ministério Público Federal (MPF)².

* Michael Mary Nolan é advogada, coordenadora da Congregação das Irmãs de Santa Cruz, assessora das Pastorais Sociais e assessora jurídica do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e da Equipe de Articulação e Assessoria às Comunidades Negras (EAACONE). Em 2004 recebeu doutorado honorário de Saint Mary's College, Notre Dame, Indiana por seu trabalho em direitos humanos. E-mail: mmnolan@ittc.org.br.

** Viviane Balbuglio é advogada, mestranda em Direito pela Fundação Getúlio Vargas – FGV e atua como assessora jurídica do serviço de Assessoramento, Defesa e Garantia de Direitos do Instituto das Irmãs de Santa Cruz (ADDIISC). E-mail: viviane.balbuglio@gmail.com.

¹ O título deste artigo é inspirado no trabalho de Manuela Carneiro da Cunha, “O futuro da questão indígena” (1993).

² Este artigo foi realizado no âmbito de trabalho do serviço de Assessoramento, Defesa e Garantia de Direitos do Instituto das Irmãs de Santa Cruz (ADDIISC). Por isso, agradecemos e fazemos menção às colaborações de Caroline Dias Hilgert, Amanda Signori e Adriane Oliveira pelo acompanhamento conjunto do levantamento dos pedidos de acesso à informação, aprendizados diários e pela revisão deste artigo.

Uma mínima visualização sobre a realidade das pessoas indígenas presas no país exige primeiramente buscar compreender as dimensões da criminalização e do encarceramento de pessoas indígenas no Brasil, isto é: buscar identificar quantas pessoas indígenas estão presas, quem são essas pessoas, por quais crimes estão aprisionadas, quais os povos a que pertencem, dentre outras informações.

Os dois últimos Levantamentos Nacionais de Informações Penitenciárias (INFOPEN) do Ministério da Justiça apresentaram dados oficiais relativos a pessoas indígenas presas no Brasil, indicando-as por meio da categoria “etnia”. Os dados do INFOPEN 2014 indicaram um número total de 551 pessoas indígenas presas, sendo os três estados com maior taxa de encarceramento de pessoas indígenas: Mato Grosso do Sul (171), Ceará (121) e Pernambuco (75); enquanto os dados de 2016 indicaram o número total de 473 pessoas indígenas presas, sendo os estados do Mato Grosso do Sul (211), Ceará (80) e Roraima (67) os estados com as maiores taxas de encarceramento.

O critério adotado pelo Brasil, a partir da recepção da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, para fins de identificação de pessoas indígenas é o critério da autodeclaração ou autoidentificação. A autodeclaração é definida no artigo 1º da Convenção 169 como o sentimento de pertencimento recíproco de um membro a determinado grupo e vice-versa, de maneira que a identificação no âmbito da justiça criminal também deve seguir como regra a própria declaração de pertencimento a um povo que, por sua vez, possui língua, cultura e costumes próprios.

Observações metodológicas

O levantamento de informações apresentado neste artigo sobre indígenas em situação de prisão, com base na utilização dos mecanismos dispostos na Lei de Acesso à Informação (LAI)³, se deu no âmbito de atu-

³ A Lei de Acesso à Informação (LAI), 12.527/11, tem como objetivo fomentar o desenvolvimento de uma cultura de transparência e controle social na administração pública. A lei representa a regulamentação do direito à informação garantido pela Constituição Federal de 1988, sob a finalidade de incutir uma cultura de transparência de forma que ela obriga órgãos públicos a considerar a publicidade como regra e o sigilo como exceção. Para compreender amplamente os mecanismos da Lei de Acesso à Informação, recomenda-se o acesso

ação do serviço de Assessoramento, Defesa e Garantia de Direitos do Instituto das Irmãs de Santa Cruz (ADDIISC).

Cabe ressaltar como observação metodológica preliminar que a proposta de realização deste levantamento nacional via plataformas de acesso à informação teve como fundamento a experiência de atuação em advocacia criminal de uma das autoras deste artigo (Michael Mary Nolan) junto a advogada Caroline Dias Hilgert. Esta atuação está voltada à defesa de lideranças indígenas e povos tradicionais por meio do ADDIISC e de sua atuação na Assessoria Jurídica Criminal do Conselho Indigenista Missionário (CIMI).

A partir dessa trajetória de defesa de pessoas indígenas em conflito com a lei em casos paradigmáticos, foi percebida a importância de um olhar especificamente voltado à produção de dados prisionais a respeito dessa população e que este olhar, por sua vez, deve ter como ponto de partida a compreensão de como o Estado identifica e viabiliza o acesso a direitos específicos quando pessoas indígenas respondem a processos criminais no Brasil.

Pelo exposto, esta pesquisa foi realizada nos anos de 2014⁴, 2016, 2017 e 2018. Para este artigo, será utilizado um recorte do levantamento realizado durante os anos de 2017 e 2018, pois durante esse período foram realizados pedidos de acesso à informação para todas as secretarias de segurança pública dos estados da Federação e Distrito Federal, assim como para quatro órgãos federais específicos relacionados à gestão de pessoas em situação de prisão e também a questões indígenas no contexto do sistema de justiça criminal, são eles: o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Defensoria Pública da União (DPU) e o Ministério Público Federal (MPF).

É imprescindível dizer que a pesquisa empreendida apresenta imperfeições no levantamento dos dados e no manuseio dos mecanismos de acesso à informação. Pode-se ainda dizer que foram essas imperfeições que também proporcionaram novas reflexões sobre os processos de cri-

ao Guia Prático da Lei de Acesso à Informação da organização não-governamental, Artigo 19. Disponível em: <http://artigo19.org>. Acesso em: 24 jul. 2017.

⁴ No ano de 2015, a pesquisa foi empreendida pela advogada Gabriela Cunha Ferraz em parceria com o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC e esteve focada principalmente na existência de dados relativos à indígenas em conflito com a lei no estado de São Paulo.

minalização de pessoas indígenas no país e de produção de violências através de visibilidades e invisibilidades na produção de dados estatais.

A escolha pela utilização dos mecanismos dispostos na Lei de Acesso à Informação (LAI) para mapear informações, especialmente do número total de homens e mulheres indígenas em situação de prisão no Brasil, apresentou-se como uma alternativa de atualização das informações prisionais do país, já que à época de início de realização da pesquisa, o último INFOPEN fazia referência apenas aos dados prisionais relativos ao ano de 2014 e atualmente só há dados oficiais nacionais até o ano de 2016.

No âmbito dos mecanismos dispostos na LAI, o levantamento foi baseado na utilização dos mecanismos de transparência passiva⁵, os quais consistem no direito de informação de qualquer cidadã ou cidadão de requerer informações públicas estatais por meio de solicitações formais em plataformas eletrônicas de acesso a informação ou via correio. Desde maio de 2017, realizou-se aproximadamente 116 pedidos de acesso à informação a partir de um texto base⁶ para todos os estados da federação e os órgãos federais referidos anteriormente.

Ainda foi possível monitorar aspectos atinentes ao fluxo de funcionamento dos mecanismos dispostos na lei como, por exemplo, o tempo entre a solicitação e o recebimento das respostas, conteúdo das respostas, encaminhamento da solicitação a outros órgãos e eventual necessidade de apresentar recurso diante das informações fornecidas. Em seguida, os dados quantitativos recebidos (respostas das solicitações) foram confrontados com os últimos dados oficiais dos INFOPEN 2014 e 2016.

⁵ Os mecanismos de transparência ativa referem-se às informações de interesse público disponibilizadas espontaneamente nas plataformas de acesso à informação da administração pública.

⁶ Optou-se por realizar separadamente pedidos de acesso a informação primeiramente referentes às mulheres indígenas em situação de prisão e em segundo lugar, aos homens. Neste sentido, colaciona-se o texto a seguir exemplificativamente: “Prezados Senhores e senhoras, Com base na lei de acesso à informação, solicito que seja informado os seguintes dados: (1) Nome, etnia, língua e filiação de todas as mulheres indígenas atualmente presas no Estado do Acre; (2) A identificação da unidade prisional e da Comarca onde tramita o processo penal instaurado contra cada uma das mulheres indígenas atualmente presas no Estado do Acre; (3) O número da execução penal de cada mulher indígena atualmente presa no Estado do Acre. Estaremos no aguardo do envio destas informações. Atenciosamente, Núcleo AD-DIISC”.

Por fim, menciona-se dois principais desafios no uso do método de levantamento de dados utilizado: a falta de padronização entre os sistemas de acesso à informação de diferentes estados e as diferentes interpretações das instituições ao artigo 31 da LAI⁷, que trata da restrição do Estado no fornecimento de informações que são consideradas pessoais e que não estão enquadradas no direito constitucional de acesso à informação⁸.

A invisibilidade das pessoas indígenas em conflito com a lei e o critério da autodeclaração

Propor uma análise de dados de segurança pública sobre o encarceramento de pessoas indígenas exige traçar uma linha daquilo que neste artigo se busca definir como visibilidade e invisibilidade dos povos indígenas frente ao sistema de justiça criminal. Esta linha deve partir, de modo geral, do resgate histórico da colonização do Brasil e também dos processos vivenciados por esses povos no país, especialmente em vista das violências sofridas desde a colonização, do etnocídio⁹, da ausência de espaços para demonstrar o seu modo de ver o mundo e de transmitir seus conhecimentos, das lutas cotidianas pela terra e das criminalizações direta ou indiretamente relacionadas também à terra.

A invisibilidade das pessoas indígenas no sistema de justiça criminal brasileiro está conectada a este histórico da colonização e etnocídio, de modo que no âmbito da justiça criminal é uma violência em si mesma que se ramifica em violações de direitos desde o momento da prisão e durante todo o andamento do processo judicial. Segundo Silva,

⁷ Art. 31 da LAI: O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

⁸ Essas dificuldades no manuseio dos mecanismos de acesso à informação também podem ser interpretadas como restrições a um exercício efetivo do direito de acesso à informação. A LAI é um mecanismo que também tem função de monitoramento direto das ações estatais, de forma que estes desafios indicaram nesta pesquisa percepções de como a Lei ainda precisa de aprimoramentos para cumprir seu objetivo de concretizar o direito a informações públicas às cidadãs e aos cidadãos no Brasil.

⁹ Segundo Pierre Clastres (1974, p. 83), o etnocídio é “a destruição sistemática dos modos de vida e pensamento de povos diferentes daqueles que empreendem essa destruição. Em suma, o genocídio assassina os povos em seu corpo, o etnocídio os mata em seu espírito”.

a “des-etnização” (CTI-UCDB, op. cit, 2008: 55) ou “descaracterização étnica” (ABA-PGR, op. cit., 2008: 04) dos indígenas nos processos legais – o que acarreta sua invisibilidade estatística e jurídica na qualidade de sujeitos de direito – e o despreparo e descaso do órgão indigenista e demais instâncias policiais, judiciais e penais acerca dos direitos dos indígenas presos e da situação prisional dos índios em seus respectivos estados – acarretando seu abandono no cárcere. *O que essa descaracterização étnica faz, na verdade, não reconhecer o status legal diferenciado dos indígenas enquanto tais desde a abertura do inquérito até seu aprisionamento.* (SILVA, 2013, p. 142, grifos nossos)

Defende-se que a identificação expressa da identidade indígena na justiça criminal é o primeiro passo para reverter o quadro geral de invisibilidade de homens e mulheres indígenas presas. Por outro lado, ainda diante da aplicação do critério da autodeclaração, deve-se levar em consideração que muitas vezes o próprio ato de se afirmar indígena significa uma forma de resistência frente ao histórico de violações vivenciadas pelos povos ao redor do país. Assim, é comum que quando uma pessoa indígena é presa ela não declare espontaneamente que é indígena, o povo que ela pertence, seus costumes específicos e a língua falada. Segundo Caroline Dias Hilgert e Michael Mary Nolan:

Diante do histórico de repressão e criminalização, é de se esperar que as pessoas indígenas não se identifiquem como tal no momento da prisão, muito menos espontaneamente. Historicamente, como dito, esperava-se que os indígenas normalmente se integrariam, contudo não apenas “se esperava”, agia-se violentamente. As pessoas indígenas ao falarem a própria língua, eram torturadas. A língua dos diferentes povos é uma das maiores expressões da identidade cultural e foi brutalmente amordaçada ao tronco das árvores ao longo de centenas de anos. Os reflexos dessas violências ainda continuam vivos no consciente dos povos indígenas condicionando seus membros, dentre outras coisas, a não se identificarem perante as autoridades. *Demonstra-se, portanto, a clara necessidade de que as autoridades sejam obrigadas a perguntarem se a pessoa é ou não indígena, de qual povo e qual é sua respectiva língua materna, por outro lado, demonstra a necessidade de formar e informar os povos indígenas e principalmente, os agentes públicos, sobre os direitos das pessoas indígenas.* (HILGERT; NOLAN, 2016, p. 11)

Os significados práticos entre as noções de visibilidade e invisibilidade de indígenas frente ao sistema de justiça criminal também fazem parte de um despreparo e descaso do Estado para com os povos indíge-

nas. Nesse sentido, observa-se exemplificativamente esses fatores diante de situações como: ausência de formações com agentes públicos (desde pessoas magistradas até a agentes prisionais) sobre direitos indígenas; ausência completa e lacunas em categorias dos campos de preenchimento dos sistemas de acesso à informação das unidades prisionais (povo a que pertence, língua falada etc.); vinculação direta da identidade indígena ao critério de cor ou raça; declaração da própria autoridade coatora ou da autoridade responsável pela prisão acerca da indígena, dentre outras situações.

A identificação, quando existente, pode impactar positivamente na vida de uma pessoa indígena e em sua comunidade, pois, quando diante da identificação expressa do pertencimento a um povo no processo penal, um juiz ou juíza deve decidir por aplicar medidas alternativas ao encarceramento a uma pessoa indígena, conforme previsto em lei. O tópico seguinte, a partir dos diferentes significados práticos de visibilidade e invisibilidade, buscará refletir as diferentes aplicações do critério da autodeclaração com base no mapeamento realizado através dos pedidos de acesso à informação.

Os pedidos de acesso à informação: apresentação de dados quantitativos e reflexões sobre critérios de identificação

a) Números gerais coletados em 2017 e 2018

Conforme descrito anteriormente, este artigo baseia-se em levantamento realizado via lei de acesso à informação durante os anos de 2017 e 2018 para os órgãos das secretarias de segurança pública dos estados da federação e para órgãos federais estratégicos que também compartilham responsabilidades de atenção à população indígena em situação de prisão: DEPEN, DPU¹⁰, MPF¹¹ e CNJ¹².

¹⁰ A Defensoria Pública da União (DPU), em resposta, encaminhou o dado em 2017 que há 24 pessoas que são assistidas pelo órgão e que se autodeclararam como indígenas no campo de “raça/cor” no sistema interno de acompanhamento da DPU. Em relação às dúvidas quanto ao povo a que pertencem e língua falada, a DPU informou que não possui esse campo de preenchimento no sistema interno, portanto não possuem o dado. Já no ano de 2018, a Defensoria em resposta afirmou não dispor das informações solicitadas.

No levantamento geral realizado individualmente nesta pesquisa aos estados da federação, o total de indígenas em situação de prisão contabilizados em 2017 foi de aproximadamente 698 homens e 91 mulheres, totalizando-se 769 pessoas indígenas presas. Enquanto no ano de 2018, o total de indígenas em situação de prisão contabilizados foi de 909 pessoas, sendo 876 homens e 34 mulheres.

Em 2017, os estados do Acre, do Pará, Paraná, Pernambuco e Roraima não responderam aos pedidos de acesso à informação¹³. Enquanto em 2018, os estados do Acre, Maranhão e Rio de Janeiro, por sua vez, não responderam aos pedidos.

Dentre as mulheres presas, os três estados com as maiores taxas de encarceramento em 2017 foram: Rio Grande do Sul (26), Mato Grosso do Sul (14) e Bahia (13)¹⁴. Em 2018, o Mato Grosso do Sul foi o único estado que permaneceu com número expressivo de mulheres indígenas encarceradas (20).

Entre os homens, os três estados com as maiores taxas de encarceramento foram: Rio Grande do Sul (242), Mato Grosso do Sul (197) e Santa Catarina (60). Em 2018, Rio Grande do Sul e Mato Grosso do Sul permaneceram como os estados com maiores taxas de encarceramento, 306 e

¹¹ O Ministério Público Federal (MPF), em resposta, não apresentou informações por entender se tratar de fornecimento de informações de cunho pessoal e que assim, deveria ser realizado pedido de certidão com apresentação de procuração firmada em cartório. Apresentou-se recurso após o recebimento desta resposta, porém a resposta do recurso se deu no mesmo sentido.

¹² O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) respondeu o pedido de acesso à informação relatando não possuir as informações, mas que elas poderiam vir a existir com a implementação do Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP 2.0). O Banco Nacional foi lançado no ano de 2018 e seu relatório correspondente aos dados do mês de agosto de 2018 indicaram a existência de pessoas indígenas em situação de prisão a partir do critério de “cor/raça” como um total de 244 pessoas (0,12% da população carcerária do país). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹³ Consideramos como não responder os pedidos de acesso à informação quando: não houve de fato resposta via sistema próprio do estado; há reenvio da solicitação para outro órgão e o órgão encaminhado não respondeu aos questionamentos; a resposta a solicitação apresenta a justificativa de não possibilidade de fornecimento dos dados com base no artigo 31 da LAI; dentre outros.

¹⁴ Sendo que os dados fornecidos pelo estado da Bahia refletem a peculiaridade de que se trata do único estado em que os dados oficiais da segurança pública de indígenas refletem um número maior de mulheres indígenas presas que de homens, já que a resposta recebida foi de que há apenas 1 homem indígena preso no estado.

202 respectivamente, enquanto o terceiro estado com maior taxa de encarceramento de homens indígenas passou a ser o Ceará (136), embora Santa Catarina tenha também aumentado o número para 64.

b) O pedido de acesso à informação ao Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional em 2017

Um dos desdobramentos do levantamento realizado para os estados da federação foi também encaminhar solicitações de informação aos órgãos federais já mencionados e com um texto base diferenciado¹⁵. A seguir trataremos especificamente desta resposta fornecida pelo Ministério da Justiça, por meio do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), já que nos permitiu aprofundar a coleta de informações especificamente quanto ao uso do critério da autodeclaração em cada um dos estados da federação.

O DEPEN, em resposta, encaminhou os dados de aprisionamento de indígenas referentes ao INFOPEN 2014, já descritos no início deste artigo, e também uma tabela de contatos com endereço eletrônico dos departamentos e pessoas responsáveis pela gestão dos dados prisionais dos estados da federação. Conforme texto contido na resposta do Departamento Penitenciário Nacional:

Sobre o critério de organização utilizado pelo INFOPEN sobre definição de indígena, consignamos que *este Departamento não tem controle sobre os procedimentos operacionais realizados pelas Unidades Federativas para identificar essa população*, uma vez que as mesmas, de acordo com a Constituição Federal, são autônomas. O quantitativo fornecido é de responsabilidade dos gestores detentores da informação, motivo pelo qual sugerimos que consultas mais aprofundadas sobre identificação de indígenas nas Unidades Federativas sejam encaminhadas aos Órgãos de Administração Penitenciária dos Estados e do Distrito Federal. (DEPEN, grifos nossos)

¹⁵ O texto base utilizados nesses casos foi: “Prezado(a), com base na lei de acesso à informação gostaria de solicitar o número total da população indígena presa no Brasil hoje, tanto de homens quanto mulheres, assim como os respectivos estados da federação em que se estas pessoas encontram-se em situação de prisão, os povos/etnias a que pertencem, a língua falada e caso não haja segredo de justiça, se possível, os processos criminais a que respondem. Agradeço pela atenção”.

A partir desta resposta, compreendendo-a como a abertura de mais um canal de possibilidade de acesso à informação e um novo percurso possível para a pesquisa, em outubro de 2017, foram encaminhados e-mails para todos os destinatários indicados pelo DEPEN com duas perguntas principais: número de homens e mulheres indígenas em situação de prisão no estado e o critério utilizado pela gestão do estado da federação para identificar se uma pessoa é ou não indígena.

Nesta nova etapa, 12 estados responderam aos novos questionamentos elaborados: Alagoas, Minas Gerais, Santa Catarina, Distrito Federal, Maranhão, Rio Grande do Sul, Ceará, Sergipe, Bahia, Pernambuco, Tocantins e Rondônia.

As respostas recebidas, em geral, referenciavam ao quantitativo de pessoas indígenas presas no estado e também procedimentos adotados para o critério de identificação. Esse foi o principal fator diferencial das respostas e que conseqüentemente trouxe novos horizontes para refletir acerca da visibilidade e invisibilidade de indígenas no sistema de justiça criminal, especialmente no que se refere às interpretações práticas dadas ao critério internacional da autodeclaração e das definições de cor, raça, etnia e dentre outras identificações possíveis.

O estado da Bahia, por exemplo, indicou uma prática da aplicação do critério autodeclaratório que envolve também familiares da pessoa indígena em situação de prisão, mas que por outro lado vincula e limita a autodeclaração à necessidade de apresentação de documentos oficiais pela Fundação Nacional do Índio: “o critério utilizado pela gestão do estado da Bahia é a *auto-declaração no momento da chegada do custodiado*. Porém, é solicitado de familiares a confirmação através da *apresentação de documentos* emitidos pela FUNAI” (grifos nossos). O estado do Alagoas forneceu resposta no mesmo sentido do estado da Bahia: “*através de um questionário social, realizado na porta de entrada do Sistema Prisional. Após o preso se identificar como indígena, o serviço social da unidade contacta a FUNAI para ratificar a etnia e qual a tribo ele pertence*” (grifos nossos).

O estado do Ceará apresentou resposta descrevendo dois momentos distintos da identificação de indígenas no sistema prisional, já indicando uma possível não padronização da identificação até o presente momento: “Antigamente, principalmente nas cadeias públicas, *os cadastradores classificavam a raça e a cor somente pelo visual*, o que pode gerar equívocos em alguns cadastros. Atualmente, no centro de triagem *é per-*

guntado para pessoa e ela diz qual a sua cor e raça. Não sabemos se nas cadeias públicas do interior, ainda fazem da forma antiga” (grifos nossos).

Outras interpretações do critério autodeclaratório e que parecem mais aproximadas ao estabelecido pela Convenção 169 no Brasil foram dos estados do Maranhão e de Pernambuco. O estado do Maranhão informou que a autodeclaração é consciência de sua identidade indígena e no reconhecimento dessa identidade por parte do grupo de origem (sobrenome indígena), enquanto o estado de Pernambuco:

Não cabe ao Estado reconhecer quem é ou não indígena, mas garantir que sejam respeitados os processos individuais e sociais de construção e formação de identidades étnicas. Os critérios adotados pela FUNAI se baseiam na Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, e no Estatuto do Índio (Lei 6.001/73). A Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, em seu artigo 1º afirma que: “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 estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. 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.” Já o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) define, em seu artigo 3º, indígena como: “...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. Dessa forma, os critérios utilizados consistem: a) na auto-declaração e consciência de sua identidade indígena; b) no reconhecimento dessa identidade por parte do grupo de origem. (grifos nossos)

A resposta fornecida pelo estado do Pernambuco é paradigmática ao responder que *não cabe ao Estado definir que é ou não indígena*, mas sim à própria pessoa que tenha uma consciência livre sobre sua identidade indígena e pertencimento a um povo. O Estado na justiça criminal se materializa pela polícia, pelos agentes prisionais e pelos próprios atores da

justiça criminal (magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública) que costumam definir quem é ou não indígena. A ressalva que cabe é que o histórico brasileiro junto aos povos indígenas também é um impeditivo e uma violência em si que faz com que pessoas não se declarem como indígenas, especialmente devido a potenciais retaliações que podem vir a sofrer, embora reconhecer a autodeclaração através de sua aceção conforme a Convenção 169 da OIT trata-se de um avanço em garantias de direitos às pessoas indígenas em conflito com a lei.

Indígenas em situação de prisão nos estados do Mato Grosso do Sul, Acre e Rondônia

Segundo o Levantamento de Informações Penitenciárias (INFO-PEN 2016), há uma grande diferença entre as taxas de pessoas aprisionadas nos estados do Brasil, sendo que as taxas mais altas são relativas aos estados do Mato Grosso do Sul (MS), Acre (AC) e Rondônia (RO) com as taxas de 69,7, 65,7 e 60,6 pessoas presas para cada 10 mil habitantes respectivamente¹⁶.

A partir desse dado oficial governamental relativo às altas taxas de encarceramento dos estados elencados, optou-se por, a seguir, analisar algumas informações qualitativas a respeito do aprisionamento de indígenas nesses estados, especialmente o número de pessoas indígenas presas nos estados e o critério de identificação adotado, com base nas respostas dos pedidos de acesso à informação realizados às autoridades competentes desses estados e outros documentos complementares.

Mato Grosso do Sul

O órgão responsável pela administração penitenciária no estado do Mato Grosso do Sul é a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN). Segundo a AGEPEN, em outubro de 2017, 250 pessoas indígenas estavam em situação de prisão no estado, sendo 237 homens e 13 mulheres, já em julho de 2018, este número era de 222 pessoas, sendo 202 homens e 20 mulheres.

¹⁶ A fim de exemplificar o crescimento das taxas de aprisionamento nesses três estados, é interessante compará-los com os estados da Bahia, Piauí e Maranhão que possuem respectivamente as taxas de 10, 12,5 e 12,7 (PIMENTA, 2018, p. 72).

A população carcerária geral no estado do MS no mês de outubro de 2018 era de um total de 15.738 pessoas presas de forma que, conforme os dados da AGEPEN, a população indígena correspondia a aproximadamente 1,5% da população prisional geral.

Segundo a AGEPEN, em ofício de resposta ao pedido de acesso à informação relativo ao ano de 2017, a identificação das pessoas como indígenas no sistema prisional é realizada da seguinte forma:

toda Unidade Penal tem o Setor de Identificação, na qual todo e qualquer Egresso passam por entrevista individual, onde lhe é perguntado todos os quesitos como: filiação, data de nascimento e nacionalidade, *sendo o próprio egresso que se identifica como indígena ou não.* (AGEPEN, 2017)

Dentre as pessoas identificadas como indígenas no sistema penitenciário do Mato Grosso do Sul, há também registro de informações relativas à comunidade indígena a que pertencem e à língua que falam, sendo que a maioria das pessoas são presas provisórias ou já foram condenadas em processos na esfera estadual. O estado do Mato Grosso do Sul também disponibiliza informações a respeito do encarceramento de pessoas indígenas na modalidade de transparência ativa em seu site, há uma tabela mensal disponível em relação a dados gerais da população indígena e não brasileira em situação de prisão¹⁷. Conforme entrevista datada de 2010 de Deborah Duprat, à época vice procuradora geral da República:

(...) Primeiro que não temos um diagnóstico da violência contra os índios: *quantos índios estão presos, onde eles estão.* Eu li em uma publicação que, só em Amambai, a população carcerária indígena chega a quase 40%. Esse é um lado. O outro é a impunidade dos agressores. Esse é um quadro que diz muito a respeito do Judiciário local, tanto federal quanto estadual. Então, há um concurso de fatores, *sendo que o principal deles é esta visão de que quem age contra indígenas não deva ser punido.*

O Relatório do Mecanismo Nacional de Combate à Tortura (CNPCT), em inspeção realizada durante o ano de 2016 à Penitenciária Estadual de Dourados (PED), que é masculina e de segurança máxima,

¹⁷ Essas informações estão disponíveis em: <http://www.agepen.ms.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2018.

indicou que dentre os principais pontos a serem observados no estado do MS é a necessidade de garantias diferenciadas ao devido processo para acusados indígenas, garantindo direito a intérpretes de seu idioma, realização de perícia antropológica e participação da FUNAI, existência de agentes públicos que se comuniquem em língua indígena (BRASIL, 2017, p. 26).

Pesquisas realizadas em 2008 (CTI, p. 15-22) e em 2011 (KADIWEU et al, p. 478-485) indicam como os processos de criminalização e também de vitimização de indígenas no Mato Grosso do Sul estão diretamente conectados às questões de terra da região. Ainda que não seja o foco deste artigo, é impossível deixar de pontuar que o próprio registro oficial das altas taxas de encarceramento de indígenas no MS é mais um dos reflexos da crítica situação vivenciada pelos povos do estado, em vista da luta pela terra e dos conflitos regionais.

Em 14 de novembro de 2018, aconteceu audiência pública na Assembleia Legislativa do Mato Grosso do Sul para tratar especificamente do tema das pessoas indígenas presas no estado¹⁸, quando foram levantados problemas enfrentados por pessoas indígenas no curso do processo criminal: desrespeito à língua materna, inexistência de intérprete em língua indígena, ausência de laudo antropológico, dentre outras situações. As falas na audiência pública e uma análise geral da produção de dados estatais no estado corroboram com uma das principais conclusões deste artigo que é a necessidade de se exigir a identificação indígena no próprio processo penal.

Acre

A região Norte do Brasil é composta pelos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins. Embora seja uma das regiões que se sinalizam grupos de povos indígenas isolados, a região Norte possui uma das maiores diversidades de povos indígenas no Brasil, bem como a um grande número populacional dentro deles. Em Tocantins, por exemplo, há os Apinajés, com população do último censo estimada em 2277 pessoas, os Javaés, marcando um número populacional

¹⁸ A transmissão completa da audiência pública está disponível em: <https://www.youtube.com>. Acesso em: 19 fev. 2019.

de 1484 pessoas, os Xerente, com 3509 pessoas, dentre outros povos, como Carajás, Craós etc. No Pará, por sua vez, há os Arapium cuja população estima-se 2204 pessoas, os Xikrin com 1818 pessoas, os Tiryó, com 1715 pessoas, dentre outros. Há, nessa região, a ameaça constante da perda de suas terras por parte dos projetos desenvolvimentistas do Estado Brasileiro¹⁹.

Segundo o INFOPEN 2014, 10 homens estavam em situação de prisão no estado do Acre, enquanto o INFOPEN 2016 indicou uma diminuição deste número para 7 homens indígenas presos.

O órgão responsável pela administração penitenciária e organização de dados prisionais no estado do Acre é o Instituto de Administração Penitenciária (IAPEN). Os pedidos de acesso à informação foram realizados entre os meses de maio e julho de 2017 e nos meses de junho e agosto de 2018.

No que se refere ao pedido de informação realizado em 2017, a resposta do órgão penitenciário foi fornecida apenas em 04 de janeiro de 2018, aproximadamente seis meses após a realização da primeira solicitação, sendo que o pedido realizado em 2018 até o momento não foi respondido.

Neste sentido, não se pode fazer uma análise acerca de dados do estado do Acre em vista da ausência dos mesmos, embora se tenha em vista, conforme o parágrafo introdutório deste item, que há muitos povos indígenas no Acre, além deste localizar-se em região fronteiriça.

Rondônia

No estado de Rondônia, o órgão responsável pela administração penitenciária e organização de dados penitenciários é a Secretaria de Estado de Justiça (SEJUS). Os pedidos foram realizados para o órgão em junho e julho de 2017 e junho e agosto de 2018 respectivamente referentes às mulheres e aos homens indígenas em situação de prisão.

Em 2017, no que concerne às mulheres indígenas, a primeira resposta fornecida foi que não haveria registro de mulheres indígenas pre-

¹⁹ Estes dados foram extraídos da SESAI (Secretaria Especial de Saúde Indígena) da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), referentes aos anos de 2014 e 2010.

sas nas unidades prisionais do estado. Já em relação aos homens, o órgão indicou que 5 homens indígenas estavam em situação de prisão no estado, de modo que a resposta também indicou: unidades prisionais que estavam reclusos, etnias, língua e número do processo. Em 2018, a resposta do estado indicou 14 homens indígenas presos e 2 mulheres.

Segundo o INFOPEN 2014, 21 homens e 1 mulher estavam em situação de prisão no estado de Rondônia, enquanto o INFOPEN 2016 indicou uma diminuição deste número para 18 homens indígenas presos.

Uma peculiaridade em relação ao levantamento de acesso à informação do estado de Rondônia é que foi um dos estados que também respondeu e-mail realizado pedido de acesso à informação direto ao endereço eletrônico do Infopen da Secretaria de Justiça de Rondônia, conforme indicado pelo DEPEN em outubro de 2017. A resposta deste novo pedido realizado em 2017 diretamente trouxe discrepância devido ao espaço de tempo transcorrido entre este pedido e o primeiro: 12 indígenas em situação de prisão, sendo 9 homens e 3 mulheres. Além disso, constou uma informação nova descrita a seguir: “O critério utilizado é coletado durante a confecção da ficha de cadastro do apenado, onde o mesmo faz tal declaração/apresentação do documento FUNAI”.

Apresentados os dados gerais recebidos via LAI de Rondônia, propõe-se, ainda que não seja o escopo deste artigo, refletir e desconfiar dos dados relativos a indígenas presos no estado frente ao alto crescimento da população carcerária de RO e da atual interpretação da gestão na aplicação no critério autodeclaratório que também está vinculada à apresentação de documento da FUNAI. Ainda, cabe ressaltar que o estado de Rondônia também esteve em destaque em veículos midiáticos²⁰ entre o final de 2016 e início de 2017, em razão da suposta “crise do sistema penitenciário” na região Norte do país, a qual deu vazão aos massacres em unidades prisionais no Norte do país.

Conclusões

A invisibilidade das pessoas indígenas dentre a população carcerária no Brasil é refletida com violações sistemáticas de direitos tanto a es-

²⁰ Neste sentido: <http://www.ebc.com.br> e <http://www.tce.ro.gov.br> . Acesso em: 30 out. 2018.

tas pessoas quanto às comunidades e povos a que pertencem, de modo que, através do levantamento com base na Lei de Acesso à Informação, reforça-se a assertiva de que a visibilidade ou invisibilidade desses povos no sistema de justiça criminal relaciona-se com a falta de informação relativa a quem são as pessoas indígenas presas, onde estão reclusas e os crimes que atualmente as aprisionam, especialmente no âmbito do processo penal.

Esse é um ponto de partida possível para que se possa monitorar a aplicação ou não aplicação dos mecanismos específicos de garantias de direitos direcionados a estas pessoas pela lei brasileira e pelos mecanismos internacionais, como os dispostos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e nas Regras de Bangkok, de modo que no âmbito específico da identificação indígena perante à justiça criminal respeitar esses regramentos nacionais e internacionais significa respeitar o critério da autodeclaração.

O Estado brasileiro não pode determinar quem é ou não indígena, mas observa-se, por meio dos dados apresentados na pesquisa com base na LAI, que as reinterpretações e diferentes usos do critério da autodeclaração, principalmente pelas autoridades prisionais não apresenta uma padronização na coleta de informações ou necessariamente um respeito ao critério autodeclaratório. Observou-se na pesquisa empreendida que a identidade indígena pode ser, para os estados da federação, sinônimo de declaração de raça, cor ou etnia, pertencimento a um povo, lembranças de familiares e hereditariedade, dentre outras possibilidades. Ser indígena também foi apresentado nas respostas de informação com diferentes nomes: “índio”, “indiático”, “pardo”, distinções de pertencimento a diferentes povos e dentre outros.

A colocação de Manuela Carneiro da Cunha de que “*se não há índios, tampouco há direitos*” ilustra o histórico de violações contra indígenas no país de modo, apesar da tentativa desta pesquisa de se mapear dados de pessoas indígenas em situação de prisão, e da existência de dados oficiais sobre a população prisional do Departamento Penitenciário Nacional, é impossível afirmar um número exato ou até aproximado da quantidade de homens e mulheres indígenas encarceradas no Brasil.

Sobrepõe-se uma série de violações que compõem os significados da *invisibilidade* traçados neste texto: ausência de padronização do critério de identificação pelos órgãos de segurança pública nos estados da

federação; identificação da pessoa como indígena realizada pela própria autoridade coatora, em geral com base no fenótipo e cor da pele; falta de campos de preenchimento dos sistemas locais que constem principalmente povo a que pertence e língua falada e o próprio medo de se autodeclarar como indígena no sistema de justiça criminal frente ao histórico da colonização, violência e etnocídio vivenciado pelos povos indígenas no Brasil

Conclui-se este artigo, após apresentado este breve panorama da pesquisa empreendida e dos dados coletados, com a ênfase de que o desencarceramento de pessoas indígenas e o respeito a seus direitos somente acontecerá a partir do momento em que o poder judiciário também seja responsabilizado por sua omissão frente a essa população em conflito com a lei, de modo que o primeiro passo para a construção de um caminho que vislumbre a aplicação dos direitos já previstos em lei é estabelecer assim a obrigatoriedade da identificação indígena no curso do inquérito policial e durante todo o processo penal.

Referências

BAINES, Stephen Grant. “Esperando para ser julgado”: Indígenas no sistema penitenciário de Boa Vista em Roraima, Cap. VII In: SMILJANIC, Maria Inês; PIMENTA, José; BAINES, Stephen Grant (orgs.). *Faces da Indianidade*. Curitiba: Nexus Design, 2009. p. 169-186.

BALBUGLIO, Viviane; NOLAN, Michael Mary; SIGNORI, Amanda. *Mulheres indígenas e sistema penal: invisibilidade étnica e sobrecargas de gênero*. Disponível em: <https://redejusticacriminal.org>.

BRASIL. Departamento Penitenciários Nacional. Conselho Nacional de Justiça, Brasília; CNJ, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciários Nacional. *Departamento Penitenciários Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFO-PEN* Junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciários Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFO-PEN* Junho de 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciários Nacional. *Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate a Tortura*, Brasília; MNPCT: 2017. Disponível em: <http://www.mdh.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2018.

CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI). *Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul*. 1a ed. Brasília: CTI, 2008.

CIMI (Conselho Indigenista Missionário). *As Violências contra os Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul e as resistências do bem viver por uma Terra sem Males*. 2011. Disponível em: <https://cimi.org.br>. Acesso em: 25 out. 2018.

CIMI (Conselho Indigenista Missionário). *Porantim: Invisibilização dos indígenas na justiça criminal também é violação de direitos*. Disponível em: <https://www.cimi.org.br>. Acesso em: 30 out. 2018.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos dos Índios*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

HILGERT, Caroline Dias; NOLAN, Michael Mary. *Indígenas em conflito com a lei: a criminalização dos povos indígenas no Brasil através do judiciário*. Disponível em: <http://ittc.org.br> . Acesso em: 30 out. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Relatório final: Relatoria sobre Presos Indígenas*. 2018.

PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos; PRADO, Rafael Clemente Oliveira do KADWEU, Ezequias Vergilio. População carcerária indígena e o direito à diferença: o caso do município de Dourados, MS. *Rev. direito GV [online]* , vol.7, n.2, p. 469-500, 2011.

SILVA, Cristhian Teófilo da . O índio, o pardo e o invisível: primeiras impressões sobre a criminalização e o aprisionamento de indígenas no Brasil. *Antropolítica* (UFF), Niterói, v. 34, p. 142-143, 2013. Disponível em: <http://www.revistas.uff.br>. Acesso em: 30 out. 2018.

SILVA, Cristhian Teófilo da. *O índio, o pardo e o invisível: primeiras impressões sobre a criminalização e o aprisionamento de indígenas no Brasil*. *Antropolítica* (UFF), Niterói, v. 34, p. 137-158, 2013. Disponível em: <http://www.revistas.uff.br>.

SILVA, Tédney Moreira. *No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil*. IBCCRIM, 2015.

GUETOS TUPINIQUINS?

*Antonio Hilário Aguilera Urquiza**

*Ariovaldo Toledo Penteadó Junior***

Introdução

Com esse jeito daquele jeito continua a minha sina
Sabendo muito bem que gerou a minha ruína
Quinhentos e dez anos de abandono
confinados em reserva
que mal cabe em nossos sonhos...
(Música “Koangagua”, A vida que eu levo, BrômCs)

O *Rap* é um estilo musical marcado pelo uso constante de rimas e poesias. Surgiu no final do século XX nas comunidades afrodescendentes nos Estados Unidos, sendo considerado um dos pilares da cultura hip-hop. Os cantores de rap são conhecidos como *Rappers* ou *MCs*, abreviatura utilizada para *Mestre de Cerimônias*.

O grupo *BrômCs* utiliza o estilo musical dos guetos negros americanos para discutir o triste contexto de violência que envolve os indígenas do estado do Mato Grosso do Sul (MS)¹. Com base nesse cenário levi-

* Doutorado em Antropologia (Salamanca/Espanha) e Pós-doutorado (UNTREF/Argentina). Professor associado da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) no Curso de Ciências Sociais, da Pós-Graduação em Direitos Humanos e do Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social e professor colaborador da Pós-Graduação em Educação (UCDB). E-mail: hilarioaguilera@gmail.com.

** Graduado em Direito (UNITOLEDO) e Ciências Sociais (UFMS). Especialização em Direito Material e Processual Penal (UNIRP), Ciências Criminais (UNAMA) e Antropologia e História dos Povos Indígenas (UFMS). Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social (PPGAS/UFMS). Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP/MJSP). E-mail: ariovaldotoledo@bol.com.br.

¹ Os BrômCs formam o primeiro grupo de rap indígena do Brasil, sendo composto por jovens Guarani e Kaiowá das aldeias Jaguapiru e Bororó, na cidade de Dourados/MS. Através de músicas que misturam o português e o guarani, retratam a luta pela terra, a questão da identidade indígena, problemas com drogas, álcool, violência nas aldeias e até mesmo o alto índice de suicídio (NEXO, 2017). Os Guarani contemporâneos são convencionalmente divididos em três subgrupos: os Ñandeva/Chiripá, os Mbyá e os Kaiowá que no Paraguai se au-

ta a questão que embasará algumas breves considerações no presente texto: *a ligação entre a Reserva Indígena de Dourados (RID) e a Penitenciária Estadual (PED)*.

Analisando alguns elementos conceituais do instituto do *gueto* com fulcro nas teorias de Loic Wacquant, adjacente à ideia de *confinamento* de Antonio Brand, visamos trazer algumas inferências sobre parte do contexto da população indígena encarcerada em Dourados/MS.

Por um conceito de gueto

A concepção de gueto surgiu do italiano *ghetto*, com origem no hebreu *ghet*, que significa, em suma, segregação (WACQUANT, 2004). O instituto inicialmente foi utilizado sobre os judeus na Espanha, Portugal e Roma do século XVI². Depois o confinamento socioracial foi operado intensamente nos Estados Unidos (EUA), inicialmente aos judeus³ e depois com os negros.

Após a segunda guerra mundial, a expressão andou exclusivamente para os negros norte-americanos. Para Loic Wacquant, em qualquer uma de suas formas já apresentadas, o instituto juntou as ideias de “homogeneidade e divisão etno-racial às de confinamento espacial e enclausuramento social” (WACQUANT, 2008, p. 63). Dessa forma, o conceito de gueto é *opaco e mutante*, tornando-se necessária uma advertência sobre seu uso indevido posto que a vulgarização, somada ao sensacionalismo, alimenta a estigmatização (WACQUANT, 2008). Nesse sentido, enfatiza que

faz dos grandes conjuntos populares tanto lugares malditos, sinônimos de indignidade social e de relegação cívica. Eles têm, assim, agravado o peso da dominação simbólica que os habitantes desses

todenominam Pãi-Tavyterã (BRAND, 1998, p. 22). Já o estado do Mato Grosso do Sul (MS) foi criado em 1979 (durante o regime militar de 1964/85) e segundo Jorge Eremites de Oliveira: *nesta parte do Centro-Oeste estão estabelecidas comunidades Atikum, Guarani (Ñandeva), Guató, Kadiwéu, Kaiowá, Kamba, Kinikinau, Ofaié e Terena, dentre outras* (EREMITES DE OLIVEIRA, 2016, p. 4).

² Guetos judeus eram delimitados por altos muros, um ou mais portões, sendo que os judeus deveriam retornar ao crepúsculo sob pena de castigos severos (WACQUANT, 2003, p. 345).

³ Guetos judeus em Chicago foram tratados na obra de Louis Wirth *The Ghetto* (1928).

conjuntos habitacionais devem hoje sofrer além de sua exclusão socioeconômica. (WACQUANT, 2008, p. 167)

Nessa trilha, para Wacquant, existem *três premissas perniciosas* envolvendo o estudo dos guetos nos Estados Unidos: 1) noção de gueto exclusivamente como área de pobreza; 2) gueto como formação social “desorganizada”; e 3) tendência de exorcizar o gueto e seus moradores (WACQUANT, 1996, p. 145-146).

Sobre essas premissas funestas cumpre-nos aludir inicialmente que nem todos os guetos foram pobres, da mesma forma que nem todas as áreas pobres são guetos. Embora frequente, a pobreza varia nas experiências. Bairros degradados não constituem necessariamente um gueto, como no caso do bairro operário na França⁴ e da favela no Brasil. Segundo aludiu Acacio Augusto:

o gueto negro é, portanto, uma constituição própria dos Estados Unidos, decorrente da segregação racial, da distribuição urbana e da divisão social do trabalho. Não se parece em nada com os bairros de imigrantes europeus, tampouco com as favelas brasileiras. (AUGUSTO, 2012, p. 49)

Já a premissa da desorganização não possui acolhimento defronte às complexas formas de organização interna. Vulgarizar o termo e caracterizar os guetos como área degradada e desorganizada, exorcizando e discriminando seus moradores, faz parte da estratégia de dominação⁵. O descompasso existente com a sociedade à sua volta possui correspondência com o frisado por William Foote Whyte no clássico *Sociedade de esqui-na* e os estigmatizados habitantes de Comeville:

⁴ Discorrendo sobre a diferença entre os decadentes bairros de operários da França e os guetos americanos, Loic Wacquant assevera que “ao contrário desses Bantoustans urbanos que são os grandes guetos americanos, os “subúrbios” degradados do hexágono não são conjuntos sociais homogêneos, apoiados em uma divisão racional dualista aprovada pelo Estado, e dotados de uma autonomia institucional e de uma divisão de trabalho avançadas sustentando uma identidade cultural unitária” (WACQUANT, 2008, p. 168).

⁵ Muito ao contrário do propagado na mídia (sobretudo na local), espaços como a Reserva de Dourados são de difícil compreensão e descrição. Segundo Pierre Bourdieu (2008, p. 11), ao referir-se aos locais tidos como “difíceis” como os conjuntos habitacionais “é preciso substituir as imagens simplistas e unilaterais (aquelas que a imprensa sobretudo veicula), por uma representação complexa e múltipla, fundada na expressão das mesmas realidades em discursos diferentes...”.

Nossa sociedade atribui grande valor à mobilidade social. De acordo com a tradição, o trabalhador começa de baixo e, pela inteligência e o trabalho árduo, sobe na escada do sucesso. É difícil para o homem de Corneville colocar o pé nessa escada, nem que seja no degrau mais baixo. Seu distrito ficou conhecido como uma comunidade caótica e fora da lei. (WHYTE, 2005, p. 276)

Por fim, para Loic Wacquant um conceito relacional de gueto considera-o como instrumento bifacetado de “cercamento e controle racial”. Nesse sentido:

O gueto revela-se como um dispositivo sócio-organizador composto de quatro elementos (estigma, limite, confinamento espacial e encapsulamento institucional) que emprega o espaço para reconciliar seus dois propósitos contraditórios: exploração econômica e ostracismo social. (WACQUANT, 2004, p. 155)

Para tecer breves considerações acerca do conceito relacional de gueto de acordo com Loic Wacquant, trazemos à luz algumas peculiaridades de parte da realidade local dos habitantes da RID.

Um gueto tupiniquim?

A Reserva Indígena de Dourados (RID), com área de 3.539 hectares, surgiu oficialmente através do Decreto nº 404 de 03 de setembro de 1917 do então governador do Estado de Mato Grosso (MT), General Caetano Manuel de Faria Albuquerque. O território tradicional (*ñanderetã*) seria formado por aproximadamente 40 mil km quadrados divididos entre o Brasil e o Paraguai (BRAND, 1998, p. 22), mas o Decreto Estadual reservou para os indígenas somente 3.600 ha, e ainda nas primeiras décadas do século XX o Serviço de Proteção aos Índios (SPI) dividiu a RID em suas aldeias: a Jaguapiru (liderada pelos Terena) e a Bororó (liderada pelos Kaiowa) (PEREIRA, 2015, p. 783).

Foi um duro golpe no direito de posse de terras ocupadas tradicionalmente pelos Kaiowa e Guarani⁶. De acordo com Antonio Brand (1998) o objetivo da medida era confinar indígenas em local determinado, facilitando

⁶ Segundo Brand e Ferreira (2007, p. 117), “a História contemporânea dos índios Kaiowá e Guarani no sul do então estado de Mato Grosso, vem marcada por conflitos e violências relacionadas à posse de seu território tradicional”.

tando a exploração dos ervais nativos, da mão de obra indígena, além da redistribuição das terras restantes⁷.

Por volta de 1970, foi o advento da segunda leva de colonizadores que visavam a posse das terras bem como a implantação da mecanização. Surge o conceito de *esparramo* ou *sarambipa* e conforme Brand:

Esparramo ou sarambipa é o termo utilizado pelos índios para caracterizar o processo de dispersão e desmantelamento das famílias e aldeias extensas provocado pela implantação das fazendas de gado e correspondente desmatamento da região, a partir, especialmente, de 1950. Historicamente, o esparramo precede o confinamento. (BRAND, 1998, p. 29; 2001, p. 69)

Foi relacionado por Brand um total de 81 aldeias tradicionais Kaiowa e Guaraní (e suas famílias extensas) dispersas e transferidas para 08 (oito) reservas (BRAND, 1998). Já de acordo com Aguilera Urquiza,

O processo de demarcação de reservas Kaiowá constituiu-se na assimilação forçada dessa população à cultura e sociedade nacional. A escolha desses espaços foi baseada em áreas próximas a povoados de não indígenas, como exemplo o caso das reservas de Dourados, Caarapó, Amambai, Limão Verde, Sessoró, Taquaperi, Porto Lindo e Pirajuí. (AGUILERA URQUIZA, 2018, p. 21)⁸

A cidade de Dourados/MS foi se configurando para essa nova realidade e a RID tornou-se a *maior terra indígena urbana do país* (VALENTE, 2017, p. 5). Por esse ângulo, segundo disse o antropólogo Ulf Hannerz (2015, p. 116), “sempre que os europeus e os nativos compartilham uma

⁷ Dessa forma, “a chegada dos colonizadores na região abrangida pelo território Kaiowá/Guarani ocorre em momentos diferentes” (BRAND, 1998, p. 29). O interesse, inicialmente, versava na abundância de ervais (Cia Matte Laranjeiras, a partir de 1890) e consequente exploração da mão-de-obra indígena. Em 1962, o antropólogo Egon Schaden já aludiu que: “Resumindo, pode-se dizer que a tribo Guaraní, que em séculos passados dominou em grande extensões dos estados meridionais do Brasil e em territórios limítrofes do Uruguai, da República Argentina e do Paraguai, está hoje reduzida a poucos milhares de indivíduos que, em sua maioria, exceção feita dos que vivem no Paraguai Oriental e no território argentino das Misiones, já não ocupam áreas extensas e concretas, mas estão confinados a pequenas reservas ou aldeias sob proteção ou mesmo administração oficial” (SCHADEN, 1962, p. 18).

⁸ Nessa mesma lógica, para Levi Marques Pereira (2012, p. 126), “as oito reservas Kaiowá e Guaraní em Mato Grosso do Sul constituem configurações demográficas e ecológicas artificiais, forjadas na necessidade dos órgãos governamentais de forçar o recolhimento dessa população em pequenas áreas para liberar o restante das terras para as frentes colonizadoras desenvolverem atividades agropastoris”.

cidade, os fatos da dominação europeia tendiam a estar inscritos tanto na estrutura social quanto no ambiente físico". O próprio *gueto* seria um produto e instrumento de poder de um grupo *criado de cima para baixo* (WACQUANT, 2004, p. 158)⁹.

Para Wacquant (2003, p. 345), o gueto seria "composto por quatro elementos: (i) estigma, (ii) coação, (iii) confinamento territorial e (iv) segregação institucional". Em outros termos: estigma, limite, confinamento espacial e encapsulamento institucional (WACQUANT, 2004). Desse modo, o gueto, para Wacquant, seria:

um dispositivo sócio-espacial que permite a um grupo estatutário, dominante num quadro urbano, ostracizar e explorar, simultaneamente, um grupo subordinado, portador de um capital simbólico negativo... (WACQUANT, 2003, p. 344)

Nesse sentido, passaremos de maneira breve pelos elementos conceituais do gueto segundo as considerações de Wacquant (2003; 2004), ou seja: estigma, coação, limite, confinamento espacial (territorial) e encapsulamento (segregação) institucional.

O *estigma* destilado contra os indígenas da região da Grande Dourados/MS é algo inconteste. Segundo nossa concepção aplica-se Pierre Bourdieu bem como o conceito de *capital simbólico negativo*, ligando os sinais exteriores da configuração corporal com a função de estigma, do mesmo modo que o nome, o sotaque e o lugar de residência (BOURDIEU, 2008, p. 220). No caso dos indígenas locais, segundo relatou Valéria Calderoni:

O que permanece é a fantasia colonial, ideias errôneas ou equivocadas que ainda continuam sendo veiculadas por artefatos culturais como os livros didáticos, paradidáticos, discursos que circulam nas instituições, pelos conhecimentos produzidos na escola ou pela escola, ou ainda pela mídia a respeito desses povos. (CALDERONI, 2016, p. 132)

Além do estigma, a história indígena na região é dolosamente apagada para as novas gerações. Para Aguilera Urquiza, esses temas são:

⁹ Como bem lembra-nos David Harvey (2014, p. 32), "existe uma relação íntima entre capitalismo e urbanização, sendo esta um claro fenômeno de classe".

elementos constitutivos de nosso substrato cultural, mas, que por motivos históricos, foi ideologicamente relegado ao quase esquecimento e, quando trazido à tona, foi feito com um viés etnocêntrico e repleto de preconceitos. (AGUILERA URQUIZA, 2016, p. 4)

A *coaço*, outro elemento dos guetos mencionado por Wacquant, no caso dos indígenas sul-mato-grossenses, vem acompanhado de muito sangue derramado. Antonio Brand (1998) enfatizou a ciência do Serviço de Proteção dos Índios (SPI) sobre atos de violência contra os autóctones¹⁰. Nos dias atuais, o Estado do Mato Grosso do Sul é o líder nacional de assassinatos (CIMI, 2015) e aprisionamento de indígenas (DEPEN/MJ, 2018). Sobre parcela dos assassinatos, segundo Jorge Eremites de Oliveira foram algumas vítimas:

Marcos Veron, Kaiowá, 72 anos (Juti, 13/01/2003); Genivaldo Verá, 21 anos, e Rolindo Verá, 23 anos, ambos Guarani (Paranhos, 31/10/2009); Oziel Gabriel, Terena, 35 anos (Sidrolândia, 30/05/2013)¹¹; Nísio Gomes, Kaiowá, 69 anos (Aral Moreira, 18/11/2011); Marinalva Manoel, Kaiowá, 27 anos (Dourados, 01/11/2014); Simeão Fernandes Vilhalba, Kaiowá, 24 anos (Antônio João, 29/08/2015); Clodiodi Aquileu Rodrigues de Souza, Kaiowá, 26

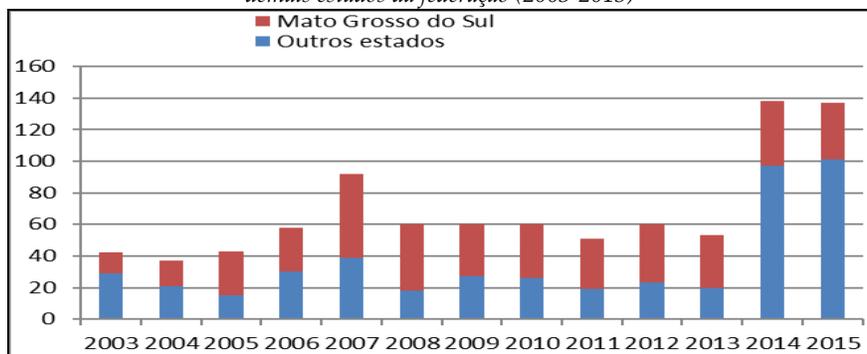
¹⁰ É o caso mencionado no ofício 2, de 12 de outubro de 1949 dirigido ao chefe da I.R. 5ª (Quinta Inspetoria Regional): “Agora esses índios foram de lá expulsos com toda a violência, por um grupo de civilizados, todos armados a armas cumpridas (fuzis e mosquetões), alegando eles que ditas terras estão reservadas para uma colônia agrícola (não sei se isto é exato). (...) Segundo o autor provavelmente trata-se de fato que envolveu cerca de 80 (oitenta) pessoas na região de *Botelha Guasu*” (BRAND, 1998, p. 34).

¹¹ Sobre o conflito envolvendo a liderança indígena Oziel Gabriel que, segundo Amado: “foi morto na manhã do dia 30 de maio de 2013, depois de ser gravemente ferido por projétil de arma de fogo em uma área retomada pelo povo Terena pertencente à TI Buriti, declarada em 2010 como de ocupação tradicional. O episódio se deu quando a Polícia Federal, usando de um violento modus operandi desproporcional, em uma ação mal planejada, iniciou a execução da reintegração de posse da área ocupada pela comunidade que, vem sendo reivindicada pelo ex-deputado estadual Ricardo Bacha, com bombas de efeito moral, spray de pimenta e tiros de arma letal e não letal. Em 2016, as investigações do Ministério Público Federal (MPF) concluíram que o projétil que atingiu Oziel partiu de uma arma da Polícia Federal. No mesmo ano, o líder Paulino Terena foi atacado em sua comunidade por quatro homens emcapuzados. O atentado foi atribuído a produtores rurais da região, em disputa na justiça pela posse de territórios reivindicados pelos Terena. Importante lembrar que foi nessa mesma região que, em 4 de julho de 2011, um ônibus que transportava cerca de 30 estudantes terena, a maioria entre 15 e 17 anos, foi atacada com pedras e coquetéis molotov. Seis pessoas, incluindo o motorista, sofreram queimaduras e quatro foram internadas em estado grave. A estudante Lurdesvoni Pires, de 28 anos, faleceu, vítima de ferimentos causados pelas queimaduras. O ataque está intimamente ligado ao contexto da disputa pela demarcação de TIs” (AMADO, 2017, p. 100).

anos (Caarapó, 14/06/2016). Somam-se à lista outros tantos homicídios, como o do Kaiowá Nelson Franco, em 1952, e do Guarani Marçal de Souza, no dia 25/11/1983, em Antônio João. O alvo principal dos pistoleiros, organizados ou não em milícias armadas, tem sido as lideranças indígenas. A situação tende a piorar em decorrência dos recentes retrocessos políticos verificados no país e, conseqüentemente, do maior empoderamento de grupos que atentam contra os direitos fundamentais dos povos e comunidades tradicionais. (EREMITES DE OLIVEIRA, 2016, p. 4)

Através do gráfico abaixo percebemos parcela da responsabilidade do Estado do MS no número de assassinatos de indígenas em solo brasileiro¹². No caso específico de Dourados/MS, o número de mortes já chegou a superar 100 casos por 100 mil habitantes (PIMENTEL, 2017, p. 293).

Gráfico 1. Assassinatos de indígenas no Mato Grosso do Sul e nos demais estados da federação (2003-2015)



Fonte: CIMI, 2015, p. 83.

No ano de 2019 a escalada de violência na Reserva Indígena de Dourados registrou a média de um assassinato a cada dois dias e meio. Somente no mês de Junho foram registrados 6 (seis) homicídios (G1, 16.06.2019). O Procurador da República Marco Antonio Delfino de Almeida, lotado no Ministério Público Federal (MPF) em Dourados/MS, salientou que existe:

¹² De acordo com Eremites de Oliveira (2016, p. 5), “constitui-se, assim, um establishment ruralista com grande influência no Estado brasileiro, inclusive dentro do movimento divisionista que culminou com a fundação da unidade federativa. O mesmo grupo está ligado ao agrobandidismo local: planeja e executa ações de grupos armados contra comunidades em situação de vulnerabilidade social, especialmente Guarani e Kaiowá. A seu favor está a certeza da impunidade, ratificada historicamente nos poderes da República, que estimula a promoção de crimes como genocídio”.

comprovação da conexão da violência com o processo de deslocamento forçado pode ser, inicialmente, apontado pela alteração espacial (sequestration) das estruturas familiares extensas com as consequentes alterações na sua forma de produção e, principalmente, a proximidade com as demais famílias extensas. (DELFINO, 2014, p. 131)

Voltando aos elementos do gueto de Wacquant, o *confinamento territorial*, segundo nossa concepção, pode ser analisado ao lado da *segregação institucional* e, para tanto, trazemos o conceito de confinamento do professor Antônio Brand:

Entendo por confinamento o processo histórico de concentração da população Kaiowá/Guarani dentro das reservas demarcadas até 1928, após a destruição de suas aldeias e/ou a conclusão do processo de implantação das fazendas de gado e correspondente desmatamento do território tradicional. Este processo histórico de confinamento geográfico e cultural se acentua durante a década de 1970, com a mecanização da lavoura e correspondente ampliação do desmatamento do território tradicional Kaiowá/Guarani. (BRAND, 1998, p. 21; 2001, p. 82)

Nunca é demais aludirmos que Mato Grosso do Sul (que abriga a segunda maior população indígena no Brasil) possui atualmente 29 (vinte e nove) territórios que ainda não foram homologados pelo governo federal (CAMPO GRANDE NEWS, 2019)¹³.

Sobre a situação da Reserva Indígena de Dourados ou “Campo de Deslocados Internos de Dourados” (ALMEIDA, 2014), que abriga uma população com cerca de 14 mil pessoas distribuídas em apenas 3.475 ha¹⁴,

¹³ Quando o tema versa sobre os desmandos sobre as Terras Indígenas no atual estado do Mato Grosso do Sul (MS) nunca é em demasia lembrar-nos do caso dos kadiwéu onde o SPI teve um papel central na incorporação de seus domínios à sede do capitalismo agrário através da figura dos “arrendamentos”. Nesse sentido, José Manuel Flores (2018, p. 312) afirma que “o sistema de arrendamentos foi, para todos os efeitos práticos, uma usurpação. Foi a maneira através da qual os interesses de particulares, em concordância ou convivência com os públicos conseguiram transformar os campos Kadiwéu em extensões das suas propriedades, alimentando o conflito que predomina até os dias atuais. Foi, enfim, uma das peças importantes na reconfiguração geral da economia política do capitalismo agrário brasileiro na fronteira, que impôs sobre as terras indígenas suas particulares relações produtivas e formas de violência”.

¹⁴ Uma explicação para tamanha densidade demográfica na área da RID foi elaborada pelo Professor Levi Marques Pereira (2015, p. 782) quando aludiu que “desde o final da década de 70, a RID transformou-se em foco de atração para as agências indigenistas, e o acesso aos

Eremitas de Oliveira (2016, p. 4), por sua vez, salientou que é uma “área com alto índice de violência, cujas origens não estão relacionadas à cultura tradicional indígena, mas a ações do Estado brasileiro no processo de territorialização dos coletivos ali assentados”. Expandindo para o gueto de Wacquant:

Depois de seu apogeu nos anos 50, o gueto negro americano conheceu uma degradação brutal e generalizada. O êxodo ininterrupto de seus moradores, a deterioração acelerada dos prédios e do quadro da vida marcam essa evolução. Ela se traduz também pelo crescimento muito rápido do desemprego, da criminalidade violenta e de todos os sintomas mórbidos e comportamentos patogênicos (alcoolismo, toxicomania, suicídio, doenças cardiovasculares e mentais, etc.) comumente associados à grande miséria e à desmoralização coletiva e individual. (WACQUANT, 2008, p. 169)

Será que as reservas urbanas da Grande Dourados fogem do contexto de alcoolismo, toxicomania e suicídio? Segundo os dados disponíveis, de 1986 a 1997 foram 244 suicídios entre os Guarani e Kaiowa do MS (GREFF, 2017, p. 36), já para Brand (2001, p. 82), de 1981 até 1999, foram 384 suicídios e; por fim, de 2000 a 2013, 684 casos (GREFF, 2017, p. 36).

De acordo com Pimentel até 2015 foram mais de 1137 mortes conforme dados do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e Secretaria Especial de Saúde Indígena do Ministério da Saúde (SESAI). Assim, os Guarani e Kaiowa do MS estão enfrenando uma verdadeira *epidemia de mortes relacionadas principalmente a enforcamentos (jejuvy)* que:

diante de toda a pressão política e midiática que se formou nos últimos anos em torno da tragédia vivida pelos Guarani e Kaiowa, há um firme esforço do establishment político de MS para demonstrar que os próprios indígenas, e somente eles, são responsáveis por sua desgraça. Se há mortes, são eles mesmos que as praticam, e não é possível que alguém mais seja culpado por isso. (PIMENTEL, 2017, p. 304)

Outra especificidade no caso dos indígenas da Grande Dourados/MS reside no fato das aldeias (*tekoha*)¹⁵ constituírem a unidade terri-

recursos por elas disponibilizados em atrativo para boa parte da população indígena da região. Tais fatores ajudaram a entender a alta densidade demográfica a RID”.

¹⁵ Conforme Aguilera Urquiza (2018, p. 15), “para os Kaiowá/Pãï, o viver bem está ligado ao viver no tekoha, ou seja, está relacionado à qualidade da terra onde possam ser felizes, da mesma forma que seus antepassados foram”.

torial fundamental para a continuidade do seu modo de ser (BRAND, 1998, p. 23)¹⁶. Composta pelas casas, roças e mata, é o que torna possível as relações sociais e religiosas.

Do mesmo modo que a necessidade do *tekoha*, a resistência cultural dos autóctones foge do contexto do confinamento territorial típico dos guetos negros e judeus. A *máquina de identidade coletiva maculada* (Wacquant, 2004)¹⁷ do instituto possui como adversária uma forte perseverança sendo um exemplo clássico o instituto do *Oguata*¹⁸.

Para Brand o fenômeno já havia sido observado por outros autores como Meliá, Nimuendaju, Viveiros de Castro e outros. Significa caminhar, peregrinar dentro do território “toda vez que determinadas condições tornavam indesejável a permanência naquele local, sob a ótica do bom modo-de-ser Kaiowá/Guarani” (BRAND, 1998, p. 28)¹⁹.

Afinal, após breve percurso pelos elementos conceituais e voltando para a perquirição que tange acerca da existência ou não de guetos indígenas no Brasil, para Loic Wacquant restou analisar o caso dos *Apaches* e reservas americanas. Nessas condições, segundo o autor, trata-se de fenômenos distintos do padrão de organização dos guetos negros:

¹⁶ Nesse sentido: “A demarcação das reservas por parte do SPI para aí confinar os povos indígenas constituiu-se em fundamental estratégia e política governamental, com a intenção de liberar as terras para a colonização e conseqüente submissão da população indígena aos projetos de ocupação e exploração dos recursos naturais por frentes não indígenas (LIMA, 1995). Na implantação dessa política, o governo ignorou completamente, os padrões indígenas de relacionamento com o território e seus recursos naturais e, principalmente, a sua organização social. Esse processo histórico de confinamento em reservas constituiu-se em fato decisivo para a compreensão da situação e do contexto atual dos povos indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul” (AGUILERA URQUIZA & PRADO, 2016, p. 155).

¹⁷ Nos casos em que residentes deixam de ter valor econômico para o grupo dominante, o encapsulamento etno-racial pode aumentar a ponto de o gueto servir como aparato que simplesmente aloja o grupo ou prepara-o para a pior forma de ostracismo, i.e, sua destruição física (WACQUANT, 2004, p. 162).

¹⁸ Sobre o instituto, Andréa Lucia Cavavaro Rodrigues estudou a dinâmica da mobilidade dos Kaiowá-PaiTavyterã na região de fronteira Brasil/Paraguai trazendo a motivação da mobilidade, o rearranjo desta população ao chegar ao novo território, a concepção do Oguata, os deslocamentos no espaço/tempo e as redes sociais pautadas pelas relações de parentesco e afinidade (CAVAVARO RODRIGUES, 2019).

¹⁹ Nos dias atuais o contexto da migração interna deve ser considerado um deslocamento forçado, tendo-se em vista o contexto de violência atualmente vigente.

As cidades de maioria branca do Centro-Oeste norte-americano ou dos valores apachianos, que a desindustrialização tornou decadentes, ou os condados em recessão econômica do Delta do Mississippi, as *reservas indígenas* e os bairros pobres latinos do Sudoeste (para não falar de regiões inteiras do país durante a Grande Depressão) não apresentam o mesmo padrão de organização do dark ghetto. (WACQUANT, 1996, p. 148, grifo nosso)

Sem embargo, além dos elementos estigma, coação, limite, confinamento espacial (territorial) e encapsulamento (segregação) institucional, apontamos outra característica da Reserva Indígena de Dourados ao lado dos guetos negros americanos: a utilização do sistema penitenciário ou, de maneira específica; a “super-representação dos Kaiowá e Guarani no sistema carcerário” (ALMEIDA, 2019). Voltando para Wacquant:

Guetos devem ser melhor estudados não em analogia às favelas mas às *reservas*, aos campos de refugiados e à *prisão*, pertencendo assim a uma categoria maior de instituições de confinamento forçado de grupos despossuídos e desonrados. (WACQUANT, 2004, p. 162, grifo nosso)

A Penitenciária Estadual de Dourados (PED), vizinha da “maior terra indígena urbana do país” (VALENTE, 2017, p. 5), no estado que mais prende indígenas no Brasil (BRASIL; MJSP; DEPEN, 2018), é o estabelecimento prisional com o maior número de indígenas encarcerados em solo brasileiro.

Dos guetos ao cárcere

Loic Wacquant (2003, p. 56) define os EUA como *laboratório vivo do futuro neoliberal*. Nessa trilha, buscamos suas análises que ligam os guetos negros americanos à prisão e colocamos ao lado de breves considerações sobre nossa realidade local²⁰. Nunca é demais lembrarmos que uma de nossas maiores medidas de “desbravamento” do território nacional (Comissão Rondon) teve grande influência do ocorrido no *Far-West* america-

²⁰ Quando faz uma comparação histórico-analítica entre o gueto e a prisão Wacquant (2003, p. 335) assevera que “ambos pertencem a um mesmo tipo de organização, a saber, a das instituições de confinamento forçado: o gueto é uma forma de ‘prisão social’, ao passo que a prisão funciona como um ‘gueto judiciário’”.

no, aliando ligação telegráfica à construção de ferrovias (MACIEL, 1990)²¹.

Os EUA utilizaram diversas instituições para controlar os negros. Inicialmente foi a escravidão, depois o sistema *Jin Crow*, posteriormente o gueto. Por último, e com mais ênfase, o sistema carcerário. Para Wacquant (2003, p. 332) trata-se de uma “ação carcerária afirmativa” e sobre nosso contexto brasileiro de encarceramento. Segundo o autor,

Sociedades do segundo mundo – como o Brasil, a Argentina e a África do Sul, que adotaram plataformas penais superpunitivas, inspiradas pelos acontecimentos estadunidenses nos anos 1990 e, como resultado, viram sua população carcerária disparar – fizeram isso não apenas porque tinham trilhado o caminho da desregulamentação do mercado e da retração do estado. (WACQUANT, 2003, p. 335)

O uso do aprisionamento é crescente e utilizado de forma constante contra a população marginalizada (HARVEY, 2014) ou outsiders (BECKER, 2008), como estratégia ampla de controle dos pobres (GEORG RUSCHE; OTTO KIRCHHEIMER, 2004) ou como substituição ao estado assistencialista (LOIC WACQUANT, 2003, 2004), contra os indivíduos *daninhos*, assinalados como *inimigos* da sociedade (ZAFFARONI, 2006)²².

Segundo dados do DEPEN, nos últimos 14 anos a população prisional brasileira teve um aumento de 267,32%. Infelizmente os últimos dados de âmbito nacional correspondem ao ano de 2016 e aludem 726.217 pessoas presas para pouco mais de 368 mil vagas (DEPEN, 2016). Por outro norte, salientamos que os dados dizem respeito aos três regimes prisionais (fechado, semi-aberto e aberto).

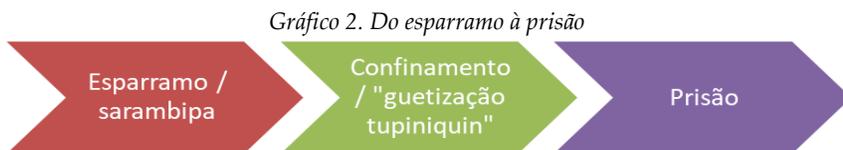
Para o jurista brasileiro Guilherme Nucci, trata-se de uma verdade a afirmativa que o Brasil abriga a terceira maior população carcerária do mundo com mais de 700 mil presos posto que, com fulcro em dados

²¹ Na mesma linha Almeida (2014) quando trata do nascimento da Reserva Indígena de Dourados Bororo e Jaguapiru menciona que Thaddeus Blanchett localizou afinidades entre os intelectuais do SPI e o *Office of Indians Affairs* (OIA).

²² Nesse sentido, para Melossi e Pavarini (2006, p. 16), “o cárcere – em sua dimensão de instrumento coercitivo – tem um objetivo muito preciso: a reafirmação da ordem social burguesa (a distinção nítida entre o universo dos proprietários e o universo dos não-proprietários) deve educar (ou reeducar) o criminoso (não-proprietário) a ser proletário socialmente não perigoso, isto é, ser não-proprietário sem ameaçar a propriedade”.

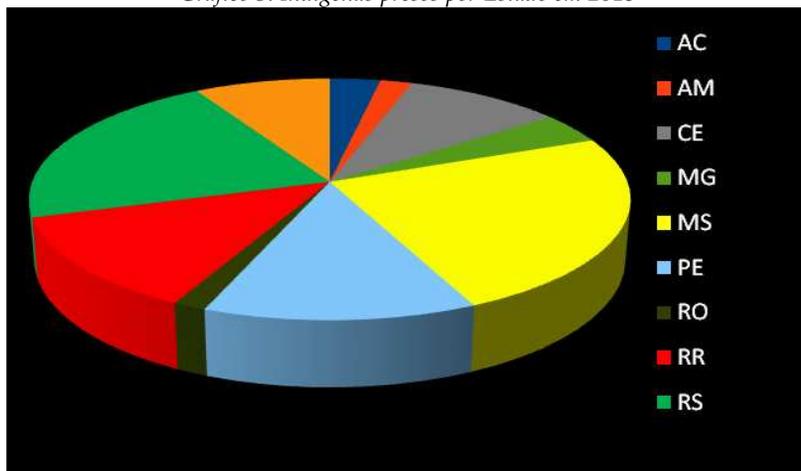
do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem-se cerca de 325.917 pessoas presas (condenados no regime fechado) e, desse modo, o Brasil ocuparia a 5ª posição no ranking mundial de aprisionamento (NUCCI, 2019).

De qualquer forma, dentre os marginalizados que passaram a frequentar com mais assiduidade o sistema penitenciário destacamos os indígenas, sendo Mato Grosso do Sul (MS) o Estado da Federação com o maior número deles encarcerados em solo brasileiro.



Os dados de 2018 refletem que o MS lidera o ranking brasileiro de aprisionamento de indígenas com 293 (duzentos e noventa e três) presos, quase 25% (vinte e cinco por cento) de todos indígenas presos no Brasil. O segundo lugar pertence ao Rio Grande do Sul (RS) com 259 (duzentos e cinquenta e nove) e o terceiro lugar preenchido no empate entre Roraima (RR) e Pernambuco (PE), cada um com 156 (cento e cinquenta e seis reais) indígenas custodiados (DEPEN/MJ, AGEPEN/MS, 2018).

Gráfico 3. Indígenas presos por Estado em 2018



Dados: BRASIL.MJSP.CNPCP.ONSP. Relatório, 2019.

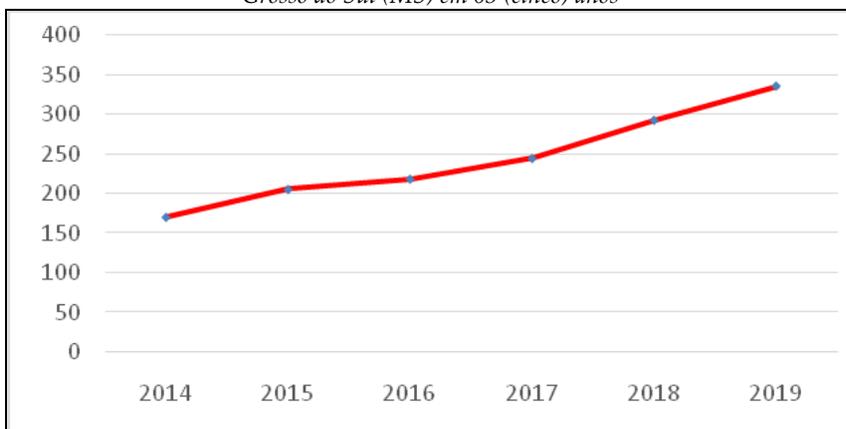
Por outro norte, pesquisadores constataram em solo brasileiro que muitos indígenas figuram como pardos assim que incluídos no sistema penitenciário. Nesse caminho, tornar o indígena invisível é uma das con-

sequências (ou finalidades) do atual tratamento dispensado (BAINES, 2013; CARNEIRO DA CUNHA, 1987)²³.

Tornando-o *pardo* e uniformizando o tratamento penitenciário, os Estados não demonstram a insuficiência das instituições penitenciárias na aplicação do princípio da individualização da pena. De acordo com o gráfico acima, parece ser o caso de muitos estados brasileiros.

Concernindo para 2019, de acordo com dados da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN/MS), em Julho constavam 336 (trezentos e trinta e seis) indígenas encarcerados no Estado. Através do gráfico abaixo, percebemos o aumento da população de indígenas encarcerados nos últimos 5 (cinco) anos no MS.

Gráfico 4. Aumento da população de indígenas encarcerados no Mato Grosso do Sul (MS) em 05 (cinco) anos



Dados: MS.SEJUS.AGEPEN (2019)²⁴.

Já a realidade local, por sua vez, é mais grave. A Penitenciária Estadual de Dourados (PED) é o estabelecimento prisional brasileiro com o maior número de indígenas encarcerados. Destinada aos presos do sexo

²³ Dentre os poucos estudos acerca do tema, Baines (2013, p. 03) revelou uma descaracterização étnica dos indígenas pelos operadores do Direito e uma imprecisão das estatísticas oficiais relativas ao contingente de indígenas presos, resultando em sua 'invisibilidade legal' enquanto sujeitos de direitos diferenciados.

²⁴ Dados obtidos junto ao site da AGEPEN/MS, relativos aos indígenas somente são disponibilizados após 2014. Índices de Dezembro dos mencionados anos, salvo 2017 (novembro) e 2019 (Julho). Disponível em <http://www.agepen.ms.gov.br>. Acesso em: 09.09.2019 às 11h26.

masculino, foi inaugurada no dia 01 de Dezembro de 1997, na rodovia BR 163, Km 15, Vila São Pedro, na cidade e comarca de Dourados/MS²⁵.

Dados de Dezembro de 2018 confirmam a assertiva acima. Dentre os estabelecimentos prisionais brasileiros, em primeiro lugar estava a PED com 150 (cento e cinquenta) indígenas presos. O segundo lugar pertencia ao Presídio de Igarassu (PE) com 96 (noventa e seis) e o terceiro à Cadeia Pública Masculina de Boa Vista (RR) com 76 (setenta e seis) encarcerados (BRASIL; MJSP; DEPEN, 2018).

Já em Setembro de 2019, durante visita do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) e Ouvidoria Nacional dos Serviços Penais (ONSP) que tivemos oportunidade de participar, percebemos no local 166 (cento e sessenta e seis) indígenas presos (BRASIL; MJSP; CNPCCP/ONSP. Relatório, 2019)²⁶.

Na PED, os indígenas estão recolhidos em algumas celas no espaço conhecido como Raio 1. No aludido local estão os presos “não-faccionados”, os “faxinas”, os tipificados em crimes sexuais e a população LGBT.

Da aludida visita extraímos as seguintes inferências: 1) o comportamento carcerário dos indígenas presos é exemplar; 2) a FUNAI não participa da execução da pena privativa de liberdade; 3) a maioria dos crimes praticados foi violento e mediante influxo de álcool ou drogas; 4) a

²⁵ Inicialmente o nome do estabelecimento prisional era *Penitenciária de Segurança Máxima Harry Amorim Costa (PHAC)*. No dia 17 de Dezembro de 2014, mediante proposta do então Deputado Estadual Carlos Marun (PMDB), argumentando que teria sido um pedido da família, foi aprovado o Projeto de Lei pela Assembleia Legislativa do Estado mudando o nome. Harry Amorim Costa (Cruz Alta/RS, 1927 – Miranda/MS, 1988) foi nomeado pelo presidente Ernesto Geisel em 1979 como primeiro governador do novo estado de Mato Grosso do Sul, criado em 1977 (GLOBO. G1. 17.12.2014). No dia 26.12.2014 o então governador André Puccinelli sancionou a Lei nº 4.637/2017 renomeando a unidade para Penitenciária Estadual de Dourados (PED).

²⁶ Com o advento da Resolução 287/2019 CNJ que disciplina o tratamento do indígena preso e diante das atribuições do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) e Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o Presidente do CNPCCP, DR. CESAR MECCHI MORALES, e a Ouvidora Nacional dos Serviços Penais, DRA. CINTIA RANGEL ASSUMPÇÃO visaram uma investigação preliminar acerca do atual contexto de privação de liberdade de indígenas em solo brasileiro e na qualidade de Conselheiro fui designado para iniciar os trabalhos na PED (BRASIL, MJSP, CNPCCP/ONSP. Relatório, 2019).

participação de intérpretes ou perícia antropológica é raridade²⁷; 5) o estabelecimento prisional não fornece condições para a devida reprodução cultural; 6) indígenas quase não recebem visita social; e 6) a comunidade de origem não é ouvida na punição dos crimes.

Para Brand e Colman (2008, p. 169), tratando-se dos Guarani e Kaiowa (grande maioria dos indígenas custodiados na PED), na resolução dos conflitos cotidianos a comunidade além do diálogo e aconselhamento utiliza-se de constantes reuniões²⁸. Segundo Eliciel Freire de Salles (2017, p. 133), no caso de Naviraí-MS, “80% das ocorrências ocorrem na própria aldeia ou ao seu entorno. Dados que justificariam a aplicação do Direito Consuetudinário, respeitando suas especificidades culturais”. Nessa tripla aludiu André Greff:

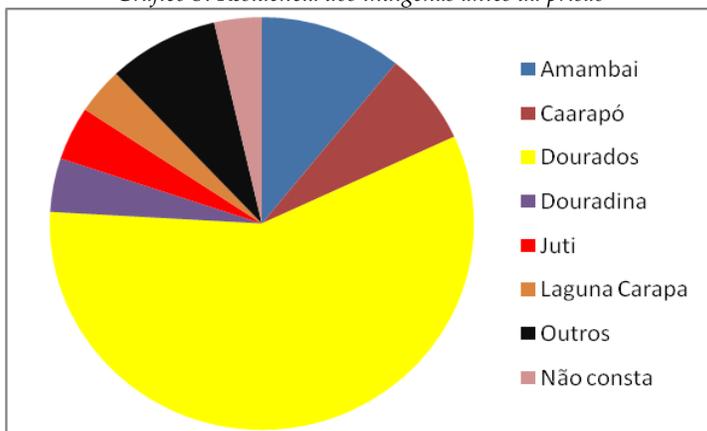
Principia na concepção dos povos indígenas de resolverem seus conflitos internos sempre coletivamente. Um delito ocorrido dentro de uma comunidade indígena é um problema que atinge a todos, devendo ser resolvido pelas lideranças desses povos e, não raro, em conjunto com outros povos amigos. (GREFF, 2017, p. 67)

A grande maioria dos indígenas custodiados na PED residia na cidade Dourados/MS (96 casos), área pertencente aos *Terena*, *Kaiowa* e *Guarani*. Na sequência constam os residentes em Amambai com 18 (dezoito) indígenas, provavelmente Kaiowa ou *Guarani*. Já de Caarapó (*Kaiowa* ou *Guarani*) percebemos 12 (doze) indígenas antes da prisão. Abaixo segue a distribuição da residência da população indígena encarcerada na PED.

²⁷ Segundo a Defensora Pública Neyla Ferreira Mendes, após consultar os processos de 131 indígenas presos em Dourados/MS, concluiu que “nenhum deles tinha intérpretes nem laudo antropológico, ambos exigidos por lei” (TERRA, 2019). Já para Marco Antonio Delfino (2019), persiste um estado onde vigora a “inobservância de direitos processuais, como acesso a intérprete e laudo antropológico, em um claro contexto discriminatório”.

²⁸ Para Brand e Colman, segundo Lehner (2002, p. 6), o casal pode escolher livremente seu lugar de residência, na família extensa do esposo ou da esposa, mas também na família extensa de um tio ou tia de um deles. Esta livre escolha é um mecanismo para solucionar conflitos, mas também a causa da flutuação constante dos componentes de uma família extensa (BRAND, 2008, p. 163).

Gráfico 5. Residência dos indígenas antes da prisão



Fonte: BRASIL.MJSP.CNPCC.ONSP. Relatório, 2019.

Segundo Almeida (entrevista, 06.09.19) existe uma “super-representação dos Kaiowá e Guarani no sistema carcerário” com uma média de 520 presos por 100 mil habitantes, o dobro da média nacional, três vezes a média mundial e se aproxima da média americana.

Relatos noticiam que embora possuam excelente comportamento no regime fechado, quando no regime semi-aberto, aberto e liberdade condicional, descumprem com facilidade os requisitos jurisdicionais fixados por não compreenderem suas finalidades. De acordo com Eliciel Freire de Salles (2017, p. 131), tratando-se dos custodiados em Naviraí-MS, “aos que são dados liberdade condicional, raramente cumprem, o que lhes prejudica”.

Nunca é demais lembrarmos que no final do ano de 2015 o Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos da medida cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 347) reconheceu a violação generalizada aos direitos fundamentais da população carcerária que vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Violamos a constituição com o descaso ao art. 231 da Constituição Federal de 1988 que reconheceu a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições das populações indígenas²⁹ e ainda quando insistimos

²⁹ No mesmo norte, o Brasil é signatário de pactos internacionais dentre os quais a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (arts 5º e 34), Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais (arts. 8º, 9º e 10) e as disposições pertinentes a Organização Internacional do Trabalho (art. 10.2) (ONU, 2001; OIT, 2011).

na escolha do sistema do “Estado de Coisas Inconstitucional” como meio legítimo para punir essa população.

Conclusão

Após as considerações, percebemos que homogeneidade, divisão etnorracial, confinamento e enclausuramento social não são realidades exclusivas dos guetos negros americanos. Guetos negros são exclusivos dos Estados Unidos, todavia a RID demonstra ser o contrário de um simples modelo de bairro étnico, bairro degradado, violento ou qualquer forma assemelhada.

É inconteste que o objetivo das medidas era confinar indígenas em local determinado, facilitando a exploração dos ervais nativos, da mão de obra indígena, além de redistribuição das terras restantes (BRAND, 1998).

Com o decorrer do tempo, o estado do Mato Grosso do Sul tornou-se líder nacional de assassinatos (CIMI, 2015) e aprisionamento de indígenas (DEPEN/MJ, 2018). Como se não bastasse, a Penitenciária Estadual de Dourados (PED) custodia quase a metade de todos os presos do estado do Estado, sendo a líder nacional.

Nunca é demais aludirmos que em Junho de 2019 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução nº 287, estabeleceu procedimentos no tratamento dos indígenas acusados, réus, condenados ou privados de liberdade, e trouxe diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário.

Por fim, mais razoável que discutir o conceito de *gueto* em relação aos indígenas de Dourados/MS, faz-se o estudo e observação do fenômeno de criminalização e conseqüente aprisionamento de indígenas, sobretudo das lideranças em comunidades envolvidas no contínuo processo de retomada das terras esbulhadas.

Referências

AGUILERA URQUIZA, Antonio Hilário (Org.). *Antropologia e História dos Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul*. Campo Grande, MS: UFMS, 2016.

AGUILERA URQUIZA, Antonio Hilário. *Fronteiras Étnico-culturais*. Tráfico e migração de pessoas nas fronteiras de Mato Grosso do Sul. Campo Grande/MS: Editora UFMS, 2018.

AGUILERA URQUIZA, Antonio Hilário; LUCAS, Sonia Rocha. Eu sou prisioneiro do Krenak. *Espaço Ameríndio*. Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 51-78, jul/dez 2018.

AGUILERA URQUIZA, Antonio Hilário; PRADO, José Henrique. Diversidade Sociocultural, Relações Interétnicas e os Povos Indígenas. In: AGUILERA URQUIZA, Antonio Hilário (Org.). *Antropologia e História dos Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul*. Campo Grande, MS: UFMS, 2016.

ALMEIDA, Marco Antonio Delfino de. *A presença ausente do estado brasileiro na reserva indígena de Dourados, Mato Grosso do Sul: compreendendo a questão da violência e da segurança pública à luz do Direito e da Antropologia*. Dourados, MS: UFGD, 2014. 140p.

ALMEIDA, Marco Antonio Delfino de. *Entrevista realizada em 06 de Setembro de 2019*. Dourados/MS: 2019.

AUGUSTO, Acacio. *Lutando com Loic Wacquant: o boxe, o gueto e a prisão*. In: Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BECKER, Howard S. *Outsiders*. Estudos de Sociologia do Desvio. São Paulo/SP: Editora Zahar, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *A Miséria do mundo*. 7.ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

BRAND, Antônio. “Quando chegou esses que são nossos contrários” – a ocupação espacial e o processo de confinamento dos Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul. *Revista Multitemas*, n. 12. Campo Grande/MS: UCDB, 1998.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: *Cadastro Nacional de Presos*, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Dados consolidados*. Brasília/DF: 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciária (CNPCCP), Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), Ouvidoria Nacional dos Serviços Penais (ONSP). *Relatório, Ariovaldo Toledo Penteado Junior*. Brasília/DF: 2019.

BRÔ MCS. *A vida que eu levo*. In: <https://www.vagalume.com.br>. Acesso em: 27.11.2018, às 09h22.

CALDERONI, Valéria. Desconstruindo preconceitos sobre os povos indígenas. In: AGUILERA URQUIZA, Antonio Hilário (Org.). *Antropologia e História dos Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul*. Campo Grande, MS: UFMS, 2016.

CAMPO GRANDE NEWS. *MS tem o 2º maior número de terras com a demarcação em risco*. In: <http://www.campograndenews.com.br>. Acesso em: 15.01.2019.

CAVARARO RODRIGUES, Andrea Lucia. *KAIOWÁ-PAÏ TAVYTERÃ: ONDE ESTAMOS E AONDE VAMOS?* Um estudo antropológico do O-guata na fronteira Brasil/Paraguai. Campo Grande/MS: UFMS, 2019.

CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) / (CIMI). Conselho Indigenista Missionário. *Relatório Violência contra os povos indígenas no Brasil*, Dados de 2015.

EREMITES DE OLIVEIRA, Jorge. *Tendências*. Conflitos pela posse de terras indígenas em Mato Grosso do Sul. 2016.

GALEANO, Eduardo. *Veias abertas da América Latina*. Rio de Janeiro/RJ: editora Paz e Terra, 2015.

HANNERZ, Ulf. *Explorando a cidade*. Em busca de uma antropologia urbana. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2015.

HARVEY, David. *Cidades rebeldes*. Do direito à cidade e à revolução urbana. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2014.

LEWIS, Oscar. *Antropologia de la pobreza*. México: FCE, 1961.

MATO GROSSO DO SUL (MS). Secretaria de Justiça (SEJUS). Agência Estadual dos Serviços Penais (AGEPEN). *Relatórios*. Campo Grande/MS: 2019.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006.

NUCCI, Guilherme. *Encarceramento em massa e distorção de dados: a verdadeira política criminal no Brasil*. In: <http://www.guilhermenucci.com.br>. acesso aos 15.02.2019, às 19h21.

ONU (Organização das Nações Unidas). *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Rio de Janeiro: 2008.

ONU (Organização das Nações Unidas). UNESCO. *Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural*. 2001.

ONU (Organização das Nações Unidas); OIT (Organização Internacional do Trabalho). *Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho*. 5 ed. Brasília: OIT, 2011.

PEIRARUSCHE, George ; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos. *Conferência proferida durante concurso para Professor Titular do Departamento de Antropologia do Museu Nacional (UFRJ)*. Rio de Janeiro, RJ: UFRJ, 2015.

TERRA. *Sem defesa, sem identidade: indígenas definham nas prisões*. In: www.terra.com.br, 17.01.2019.

VALENTE, Rubens. *Os fuzis e as flechas: história de sangue e resistência indígena na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

WACQUANT, Loic J. D. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008.

WACQUANT, Loic J. D. Da América como utopia às avessas. In: BORDIEU, Pierre. *A Miséria do mundo*. 7.ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

WACQUANT, Loic J. D. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

WACQUANT, Loic J. D. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, Loic J. D. Que é Gueto? Construindo um conceito sociológico. *Ver. Sociol. Polit.* n. 23, p. 155-164, 2004.

WACQUANT, Loic J. D. Três premissas perniciosas no estudo do gueto norte-americano. *Revista mana*, p. 145-161, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro; Editora Revan, 2006.

A REALIDADE DAS MULHERES INDÍGENAS ENCARCERADAS NO BRASIL: A LÍNGUA NÃO FALADA PELA JUSTIÇA CRIMINAL

*Brunna Rabelo Santiago**
*Luiz Fernando Kazmierczak***

Introdução

As mulheres indígenas representam a origem do Estado brasileiro. Quando pensadas a partir de sua própria cultura indígena são colocadas como responsáveis pelo “fogo doméstico”, compreendido como o elemento responsável pelo afeto e construção humana do indivíduo. Entretanto, sem adentrar nas questões patriarcais inerentes a essa interpretação, não há essa mesma visualização das mulheres indígenas por parte da sociedade contemporânea. O que existe é uma total exclusão e invisibilidade, o que gera discriminações e privações de direitos inaceitáveis.

A presente pesquisa tratará da temática referente ao gênero feminino de etnia indígena de maneira ainda mais específica, por meio de uma análise da realidade das mulheres indígenas em situação de prisão no Brasil. Objetiva-se demonstrar a omissão estatal e inexistência de compreensão da Justiça Criminal no que diz respeito à situação particular

* Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (2018). Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT/SE (2016). Advogada do Projeto de Extensão Núcleo Maria da Penha – NUMAPE – UENP – Vinculado ao Programa Universidade sem Fronteiras, de iniciativa da Secretaria de Estado, Ciência e Tecnologia do Paraná. Integrante dos grupos de pesquisa: Violência: entre feminismos e infância; Execução Penal; e Gênero, Família e Violência do Diretório de Pesquisa do CNPq.

** Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (2004). Atualmente é professor nas disciplinas de Direito Penal e Processo Penal no curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO), onde exerce a função de Coordenador Adjunto do Curso de Direito. Também é Professor Adjunto na disciplina de Direito Penal na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), onde exerce o cargo de Diretor do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho.

e de extrema necessidade de concretização de políticas específicas vivenciada por essas mulheres.

A construção da referida problemática inicia-se com o estudo da relação existente entre as questões indígenas e a ciência jurídica. Após esse esclarecimento, trata-se da exclusão das mulheres indígenas encarceradas, destacando-se a invisibilidade da identidade indígena como forma de violência institucional e a imprescindibilidade de uma criminologia feminista apta a possibilitar alternativas ao encarceramento feminino indígena.

Utilizou-se, para a construção do trabalho, o método dedutivo pelo fato do texto partir de um ponto geral, a realidade brasileira do encarceramento feminino indígena, para uma problematização específica, qual seja, a necessária concretização de uma Criminologia Feminista e a consequente necessidade de implementação de políticas feministas específicas e aptas a garantir os direitos das mulheres indígenas em situação de prisão no Brasil.

Questões indígenas e ciência jurídica: mulheres em situação de exclusão

Não seria um pleonasma tratar de mulheres em situação de exclusão? Afinal, em uma sociedade patriarcal não estaria toda e qualquer mulher em posição secundária quando comparada ao gênero masculino? Embora se compreenda esse contexto de opressão em uma sociedade masculinista, intenta-se aqui demonstrar a existência de outras situações de exclusão compreendidas dentro da lógica masculino-opressora. A partir dessa discussão, traz-se a importância de se analisar o papel da mulher indígena na sociedade e de que forma questões de etnia e de gênero operam para invisibilizar por completo a referida minoria.

Para melhor compreender a relação existente entre a ciência jurídica e a realidade das mulheres indígenas, cumpre destacar primeiramente, a concepção do que seriam os Direitos das Mulheres. Dentro da perspectiva de construção dos Direitos Humanos, os Direitos Humanos das Mulheres perpassaram por uma crescente evolução desde o início de sua conceituação em 1972, fato que ocorreu a partir da publicação da obra de

Mary Wollstonecraft “*A vindication of the rights of woman*”¹. Em conceituação inicial, esses direitos tratavam do bem-estar da mulher, o qual era claramente precário quando comparado ao bem-estar do homem (SEN, 2010).

Resta clara a importância de se defender o bem-estar feminino, ou seja, o tratamento humano da mulher. Entretanto, entende-se que apenas essa defesa não se mostra suficiente para garantir o fim da hierarquização dos sexos. Em outras palavras, não basta garantir à mulher um tratamento digno, faz-se primordial, também, inseri-la na sociedade como sujeito de direitos.

A partir dessa perspectiva inicial, surgem dois questionamentos possíveis: 1. Em relação à sociedade indígena, também existia a preocupação com esse tratamento digno da mulher? 2. Atualmente, a sociedade brasileira trabalha a inserção da mulher indígena de forma a proporcioná-la um tratamento digno?

Em resposta ao primeiro questionamento, pode-se respondê-lo pontuando a respeito do “fogo doméstico” imputado às mulheres da comunidade. Acredita-se que um indivíduo somente estará apto a se relacionar com outros, caso tenha vivenciado esse “fogo doméstico”, que seria o conceito ocidental de laços de afeto e cuidado. Os indígenas consideram o papel feminino dentro da aldeia de extrema importância, em razão de enxergarem nelas as responsáveis pelo fogo e pelo cuidado (ROSONI; BECKER, 2014).

Apesar de se verificar a existência de uma divisão sexual do trabalho (gênero feminino restrito à esfera privada X gênero masculino restrito à esfera pública), tal qual ocorre com as demais sociedades, não se pode negar que existe um tratamento digno por parte da comunidade em relação às mulheres, tendo em vista que seus integrantes compreendem a importância do papel desempenhado por estas. Entretanto, conforme será demonstrado a seguir, apenas um tratamento humano não é suficiente para tornar um indivíduo sujeito de direitos e efetivá-lo como ser social apto a vivenciar uma posição de igualdade em todas as esferas sociais: política, educacional, mercado de trabalho, religiosas, entre outras.

¹ Reinvidicação dos Direitos da Mulher – obra de autoria de Mary Wollstonecraft que representa marco teórico inicial da discussão a respeito dos Direitos Humanos das Mulheres.

O segundo questionamento, elaborado anteriormente sobre a inserção da mulher indígena na sociedade brasileira, responde por si só a partir da problemática construída nesta pesquisa. No que concerne ao encarceramento indígena, defende-se aqui que esta realidade representa uma língua “não-falada” pela Justiça Criminal. Ou seja, não há visibilidade para situação dessa etnia em situação de conflito com a lei, da mesma forma que não há visibilidade para os índios e índias de forma geral, independentemente de estarem ou não envolvidos em prática de ato ilícito. “Em diversas situações, é possível notar que algumas mulheres hesitam em se identificar como indígenas pelo receio de futuras retaliações discriminatórias e opressoras, tendo em vista o passado de cinco séculos de violência” (NOLAN; BALBUGLIO; SIGNORI, 2016). Como bem se vê, existe todo um histórico de discriminação e exclusão social², vivenciado pelas mulheres indígenas, que se perpetua até os dias atuais.

Nesse ínterim, ao continuar o paralelo aqui construído entre os direitos do gênero feminino e a questão da mulher indígena, destaca-se a evolução dos direitos humanos da mulher do status de defensor de um “bem-estar” para um necessário status de garantidor da condição de agente do gênero feminino (SEN, 2010). Assim, afirma-se:

A natureza dessa mudança de concentração e enfoque às vezes passa despercebida devido à sobreposição das duas abordagens. A condição de agente ativa das mulheres não pode, de nenhum modo sério, desconsiderar a urgência de retificar muitas desigualdades que arruinam o bem-estar das mulheres e as sujeitam a um tratamento desigual; assim, o papel da condição de agente tem de concentrar-se, em grande medida, também no bem-estar feminino. Analogamente, vindo pelo lado oposto, qualquer tentativa prática de aumentar o bem-estar feminino não pode deixar de recorrer à condição de agente das próprias mulheres para ocasionar tal mudança. (SEN, 2010, p. 247)

Conforme transcrito, demonstra-se primordial a atuação da mulher na sociedade de forma plena, como sujeito de direitos. Para o alcance dessa plenitude, garantir o bem-estar e a vida digna não se faz suficiente se não houver uma garantia de atuação social efetiva feminina, através de

² A discriminação vivenciada pelas mulheres indígenas deve ser considerada, inclusive, a partir de um olhar voltado ao histórico de sexualização e objetificação de seus corpos por parte, principalmente, do homem branco. Afinal, a colonização do Brasil foi marcada por estupro e abusos sexuais diversos que vitimaram muitas índias (SILVA; CASTILHO, 2014).

políticas aptas a concretizar e proporcionar seu empoderamento, inserção nos espaços políticos, no mercado de trabalho e na própria comunidade científica e acadêmica. O mesmo deve ser considerado em relação às mulheres indígenas. Apenas o tratamento digno, o qual, embora presente dentro das comunidades indígenas, não o é em relação à sociedade brasileira como um todo, não garantirá que estas sejam retiradas do local de exclusão social em que se encontram atualmente. Faz-se necessário ouvir efetivamente a voz e compreender a cultura diferenciada dessas mulheres, ensinar suas histórias nas escolas, inseri-las na política, ler seus próprios relatos. Dessa forma, conclui-se que:

Afinal, de que vale a vida sem dignidade? É certo que o Estado deve não somente garantir aos indivíduos o direito de viver, ou seja, de permanecer vivo, mas também oferecer a eles condições básicas para que tenham acesso aos direitos e garantias fundamentais. (BARBOZA; KAZMIERCZAK, 2016, p. 124)

Conforme exposto, não basta garantir-se o direito à vida por si só para se considerar um ser humano, uma mulher indígena, como sujeita de direitos. Faz-se necessário, ainda, o acesso a direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, a participação na vida política, a possibilidade de formação intelectual, de atuação no mercado de trabalho, ou, se for o escolhido, a preservação de sua cultura e vivência em comunidades, enfim, a plena participação social da indígena, acarretando, assim, na concretização de sua dignidade. Caso contrário não será o Direito à vida a ser assegurado, mas sim a mera existência.

É importante ressaltar que a efetivação dos Direitos Humanos das Mulheres enseja em benefícios não apenas para o gênero feminino, mas sim para todos os homens e mulheres da sociedade. Nesse sentido, destaca-se o dito pelo economista Amartya Sen (2010, p. 248): “Mas ocorre também que o papel limitado da condição de agente ativa das mulheres afeta gravemente a vida de todas as pessoas – homens e mulheres, crianças e adultos”. Ao excluir o gênero feminino de participação social, excluem-se pessoas aptas a contribuir com o desenvolvimento do país e o bem-estar de todos. Seria um menor número de seres humanos trabalhando para o bem comum. Haveria uma diminuição desnecessária de forças para se atingir o tão esperado e almejado estado de paz e bem-estar social. Assim, compreende-se a importância, para todo e qualquer ser humano, seja este homem ou mulher, de se trabalhar a concretização

de possibilidades para propiciar o fortalecimento feminino e, conseqüentemente, os direitos humanos das mulheres.

Porém, a realidade atual demonstra distanciamento do almejado. Como consequência da sociedade machista e patriarcal, a mulher sempre esteve às margens do direito, fato que dificulta a concretização de direitos e garantias femininos. Nesse diapasão,

As sociedades sexistas organizaram o ordenamento jurídico de modo a garantir o *establishment*. As mulheres sofreram uma espécie de *capitis diminutio*, sendo que passaram a ser consideradas à margem do direito, da mesma forma que os presos, e aqueles que tem desenvolvimento mental incompleto, quer sejam crianças, quer sejam deficientes mentais. Mesmo as leis mais democráticas mantiveram as mulheres nesse patamar. (ALVES; PEGORER, 2014, p. 128, grifo do autor)

A invisibilidade legal supracitada perpassa situações de importante consideração do ser feminino, dentre elas a mulher indígena, principalmente aquela em situação de prisão. As leis penal e processual penal não tratam da totalidade das necessidades específicas dessa etnia feminina em encarceramento, simplesmente as ignoram. Não se fala, nem há a preocupação em se aprender, “a língua” (aqui compreendida como necessidades específicas) da mulher indígena na Justiça Criminal.

Da terra para cela: mulheres indígenas encarceradas

Conforme preconiza a pesquisadora Olga Espinoza (2004), a questão da criminalidade feminina pode ser avaliada por meio de uma dimensão macroestrutural, ou seja, a mulher autora de crimes deve ser considerada a partir de sua vivência na sociedade patriarcal. O fato de a mulher adentrar no “mundo do crime” está também relacionado à opressão enfrentada por esta, inerente à condição em que se encontra de grupo minoritário silenciado em uma sociedade conservadora e machista. Assim, inicia-se a problemática trabalhada nesta pesquisa, a qual se desenvolve de forma a especificar ainda mais essa temática, ao tratar do encarceramento feminino indígena.

O Sistema Criminal vigente seleciona seus componentes, punindo de forma mais severa os grupos estigmatizados, dentre eles, as mulheres. Cumpre ressaltar que a criminalidade feminina engloba mulheres com características específicas: socioeconomicamente desfavorecidas, despro-

vidas de poder e participação social e, em sua maioria, da raça negra (ESPINOZA, 2004). Assim, vê-se que as mulheres indígenas não representam um grande quantitativo dentro dos estabelecimentos prisionais, entretanto, essa se demonstra mais uma razão para não permitir que, devido ao menor número, sejam completamente desconsideradas e invisibilizadas pela Justiça Criminal.

Dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, por meio do relatório INFOPEN de dezembro de 2014, trazem um quantitativo de 41 mulheres indígenas encarceradas, concentrando-se a maior parte delas nos estados de Roraima e Mato Grosso do Sul. Cumpre ressaltar que mesmo estendendo o recorte para os homens, verifica-se uma deficiência dos dados citados, pois dos 120 estabelecimentos prisionais que possuem indígenas, dos 1420 existentes no país, apenas 46 possuem informações sobre o povo e a língua materna de seus detentos (NOLAN; BALBUGLIO; SIGNORI, 2016).

A inexistência de informações sobre o povo ao qual pertence, a língua característica e demais especificidades dos detentos indígenas, demonstra o total descaso e despreparo do Estado e da Justiça Criminal para tratar da concretização de uma penalização razoável e proporcional para esses indivíduos. Conforme será demonstrado no próximo tópico deste artigo, existem outras formas, com base em normativas jurídicas, de se lidar com esse conflito cultural em esfera jurídico-penal.

Diante da invisibilidade das detentas indígenas aqui explicitada, nota-se “a necessidade de observar o oprimido e dotá-lo de voz, ou seja, outorgar direito de palavra àquele que é estigmatizado, selecionado e punido pelo sistema criminal” (ESPINOZA, 2004, p. 70). Conclui-se, assim, que o desenvolvimento de uma consciência feminista em todas as mulheres, inclusive e principalmente naquelas em situação de prisão, possibilitaria a participação social destas, fazendo com que se incluam na sociedade, saindo do contexto de marginalização e, por conseguinte, distanciando-se de uma posição secundária, inclusive na criminalidade. Entretanto, por questões culturais e de opressão histórica, a inserção social da mulher indígena demonstra-se ainda mais dificultosa, sendo necessárias, assim, políticas específicas para efetivar essa inclusão.

Segundo Espinoza (2004), tratar da criminalidade feminina não representa objeto de estudo muito frequente. Existem inúmeras pesquisas relacionadas à mulher como vítima de violência, entretanto, os estudos a

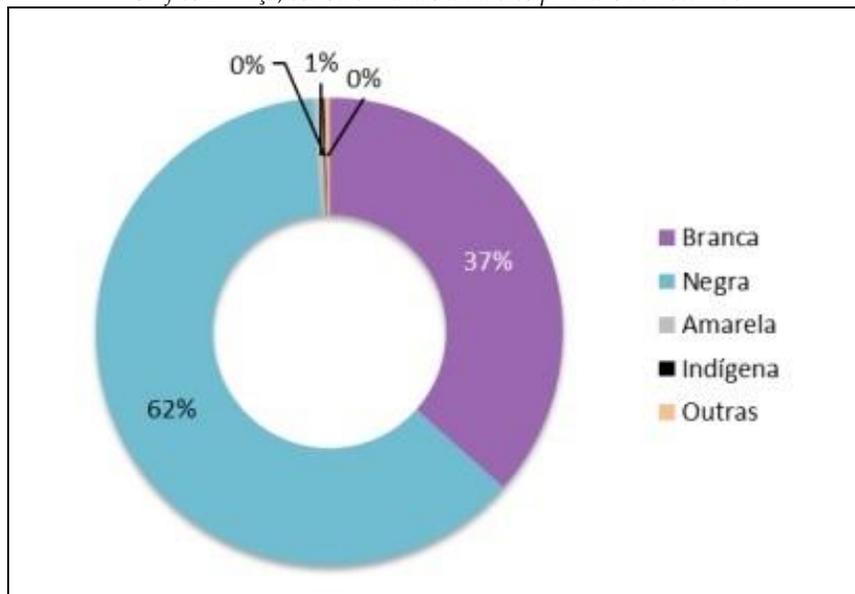
respeito da mulher como autora de crimes, inserida em um contexto de criminalidade, ou ainda, em situação de prisão, são escassos. Os estudos referentes à situação das indígenas encarceradas, então, são ainda mais escassos.

Faz-se perceptível o cultivado distanciamento social e científico da realidade aqui trabalhada, da mulher indígena inserida no “mundo do crime”. Evita-se discutir o assunto, fato que somente contribui, de certa forma, para o crescimento do número de crimes praticados por essas mulheres e punidos de forma desproporcional, sem o olhar necessário para as questões de gênero e etnia.

A invisibilidade da identidade indígena como forma de violência institucional

Publicado em 2018, o relatório de Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN/MULHERES traz dois gráficos que demonstram o total de menos de 1% de mulheres indígenas inseridas no Sistema Penitenciário brasileiro. Conforme segue abaixo:

Gráfico 1. Raça, cor ou etnia das mulheres privadas de liberdade



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN, Junho/2016. PNAD, 2015.

Gráfico 2. Raça, cor ou etnia das mulheres privadas de liberdade por Unidade da Federação

UF	Branca	Negra	Amarela	Indígena	Outras
AC	3%	97%	0%	0%	0%
AL	21%	79%	0%	0%	0%
AM	20%	79%	0%	0%	0%
AP	26%	74%	0%	0%	0%
BA	14%	86%	0%	0%	0%
CE	5%	94%	1%	0%	0%
DF	17%	79%	2%	0%	2%
ES	28%	70%	1%	0%	0%
GO	26%	73%	1%	0%	0%
MA	10%	90%	0%	0%	0%
MG	30%	68%	1%	0%	0%
MS	30%	69%	0%	1%	0%
MT	36%	64%	0%	0%	0%
PA	11%	89%	0%	0%	0%
PB	21%	79%	0%	0%	0%
PE	12%	88%	0%	0%	0%
PI	10%	90%	0%	0%	0%
PR	66%	33%	0%	0%	1%
RJ	32%	65%	0%	0%	3%
RN	37%	63%	0%	0%	0%
RO	20%	78%	2%	0%	0%
RR	18%	80%	0%	2%	0%
RS	67%	30%	1%	1%	1%
SC	62%	38%	0%	0%	0%
SE	12%	54%	34%	0%	0%
SP	44%	56%	0%	0%	0%
TO	5%	90%	0%	5%	0%
Brasil	37%	62%	1%	0%	0%

Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN, Junho/2016. PNAD, 2015.

Porém, mesmo com um percentual ínfimo comparado ao total de mulheres privadas de liberdade, as detentas indígenas existem, conforme pode se verificar no percentual por federação, totalizando o quantitativo de 1% nos estados Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul, 2% em Roraima e 5% em Tocantins. Ainda assim, não há quaisquer informações sobre essas mulheres no INFOPEN/MULHERES – 2016, publicado no ano de 2018, sendo estas completamente esquecidas em meio a números soltos e sem um significado real. Verifica-se uma invisibilidade que transcende os números e desemboca nas reais privações vivenciadas por elas dentro dos estabelecimentos prisionais.

Para entender a exclusão vivenciadas pelas mulheres indígenas em situação de prisão, deve-se primeiramente compreender o regime prisional vigente instituído no país, embasado no modelo garantista³, o qual “se apoia em convenções e em tratados internacionais e, no Brasil, algumas de suas propostas foram incorporadas na Constituição de 1988 e em outros instrumentos legais” (ESPINOZA, 2004, p. 88). Assim, há uma proposta de defesa das garantias fundamentais de acusados e apenados, tendo por base, tanto a Constituição Federal, quanto legislações penais especiais.

Entretanto, o garantismo não é o único modelo penal que se reflete no ordenamento jurídico e no Sistema Penitenciário brasileiro. Além deste instituto, há também influência do “Movimento da lei e da ordem”, o qual defende uma rigidez do ordenamento como instrumento para instituição de funções preventivas do Direito Penal. “Tais normas se caracterizam pelo caráter intervencionista e simbólico, e seus seguidores acreditam ser necessário aplicá-las nas mais variadas relações sociais” (ESPINOZA, 2004, p. 89). O que ocorre, em resumo, é um endurecimento das leis penais, aumento das penas e instituição da pena de prisão como punição principal e preferencial.

A aplicação de um Direito Penal simbólico⁴, no qual leis mais severas visam a combater a criminalidade, somente acarreta em penitenciárias superlotadas, mas não traz uma melhora aos índices de segurança pública. O Direito Penal deixa de ser concebido como última *ratio*, ao mesmo tempo em que a pena de prisão transforma-se em “solução” para os problemas da sociedade com relação ao fenômeno do crime e ao medo presente nas ruas. O que não se compreende, ou não se quer compreender, é que a limitação econômica, social e má administração do país são as verdadeiras causas dos altos índices de criminalidade.

³ O modelo garantista pauta-se em um sistema de garantias individuais, no qual se respeitam os limites impostos pelo Direito, ao poder de punir, sendo próprio do constitucionalismo contemporâneo (CARVALHO, 2002).

⁴ O Direito Penal Simbólico define-se como um modelo que utiliza o medo e a insegurança proveniente de uma sociedade em situação de criminalidade, para justificar um rigor desnecessário e desarrazoado, no qual os infratores a serem penalizados são previamente definidos: indivíduos excluídos e autores de delitos patrimoniais. Por não resolver a questão da criminalidade, em médio prazo, essa forma de se aplicar o Direito Penal traz descrédito ao próprio ordenamento (BIANCHINI; ANDRADE, 2006).

Existem estudos coniventes com o exposto, como por exemplo, a obra “Política Criminal Atuarial: A criminologia do fim da história”, de autoria de Maurício Dieter, onde se descreve a lógica atuarial da seguinte forma: “uma vez definido com precisão o *perfil* desses criminosos, bastaria capacitar os agentes da repressão para *identificá-los* e *classificá-los* e habilitar o sistema prisional para *neutralizá-los* por um longo período de tempo” (DIETER, 2013, p. 88, grifo do autor). A pesquisa referente à política atuarial criminal, instituída nos Estados Unidos, remete a uma “nova” proposta de resolução da criminalidade, através da análise de dados estatísticos aptos a apontar quais os possíveis criminosos e, em sequência, encarcerá-los. Há, entretanto, clara semelhança e relação com os estudos lombrosianos que definiam o “criminoso nato”, o qual, neste caso, seria um tipo de “criminoso produto/resultado da sua realidade social”. Busca-se reduzir drasticamente os índices de criminalidade, sem contudo, realizar as reformas estruturais necessárias.

Ao aplicar a presente proposta à realidade brasileira, seria atingido o seguinte resultado: ao invés de o Estado garantir a todos o acesso à educação, saúde, moradia, segurança e outras garantias básicas para uma vida digna, este passaria a perseguir e encarcerar os excluídos da sociedade, representados, em sua maioria, por mulheres e homens, negros, indígenas e pardos, de classes sociais menos abastadas. Porém, vê-se que atualmente essa “suposição” realmente vem ocorrendo no Brasil, embora de forma velada. As mulheres em situação de prisão, por exemplo, constituem, em grande maioria, negras e pardas, com formação educacional incompleta e mães solteiras⁵. Além de injustos, os resultados da instituição do “movimento da lei e da ordem” no Brasil são etiquetados e ineficazes. Pois, o que realmente “abastece” as penitenciárias brasileiras são os “ladrões de galinhas” e não os autores dos crimes “do colarinho branco”.

Em relação aos modelos garantista e “da lei e da ordem” aplicados no país, tem-se que: “ambas as tendências coexistem no universo legislativo brasileiro, o que explica a não-existência de um modelo de política

⁵ “Pesquisadores estimam que por volta de 85% das mulheres encarceradas sejam mães. Quando detidas, seus filhos são distribuídos entre parentes e instituições. Só 19,5% dos pais assumem a guarda das crianças. Os avós maternos cuidam dos filhos em 39,9% dos casos, e 2,2% deles vão para orfanatos, 1,6% acabam presos e 0,9%, internos de reformatórios juvenis. (...) Dados coletados pela Pastoral Carcerária referentes ao estado de São Paulo, mas que, provavelmente, não são muito distantes do quadro no resto do país” (QUEIROZ, 2016, p. 94).

criminal coerente a aplicar. Como resultado dessa incoerência, o cidadão comum não consegue se sentir protegido pelo Estado” (ESPINOZA, 2004, p. 90). E é justamente esse medo, o qual atinge proporções cada vez maiores, o responsável pelo número crescente de adeptos a um Direito Penal do inimigo⁶, simbólico e, conseqüentemente, superficial, perigoso e com destinatários previamente elegidos.

As conseqüências do respaldo cada vez maior do “movimento da lei e da ordem” refletem diretamente e de forma negativa na situação do encarceramento feminino, que vem crescendo de forma extremamente rápida a cada ano. Dentro desse contexto de caos do Sistema Penal e, conseqüentemente, dos estabelecimentos prisionais, as mulheres indígenas em encarceramento restam cada vez mais esquecidas.

A falta de uma identificação cultural dos indígenas inseridos no Sistema Penitenciário representa uma violência institucional que impossibilita e inviabiliza a aplicabilidade de diversos direitos previstos na Constituição Federal e no Estatuto do Índio, sendo estes: “a competência da justiça federal, a livre expressão em língua materna, o respeito à organização social e aos mecanismos próprios de punição e resolução de conflitos e o regime de semiliberdade em órgão indigenista próximo à comunidade” (NOLAN; BALBUGLIO; SIGNORI, 2016). Vê-se, assim, que o Direito trata das questões indígenas em esfera normativa, entretanto, não há a aplicabilidade dessas previsões. No tópico a seguir, serão abordadas as possibilidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro como alternativas ao encarceramento indígena.

Criminologia feminista e alternativas ao encarceramento feminino indígena

A criminalidade feminina constrói-se a partir dos moldes do Sistema de base sexo/gênero patriarcal, no qual a mulher que rompe com a vida doméstica e com uma ficta delicadeza inata, não precisa ter seus direitos assegurados. A sociedade sexista impõe ao gênero feminino inseri-

⁶ “Segundo Jesús-María Silva Sanchez, o indivíduo não nasce ‘inimigo’, mas se torna um através do abandono duradouro do Direito e essa ‘transição da condição de ‘cidadão’ para ‘inimigo’ iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas” (KAZMI-ERCZAK, 2010, p. 82).

do na criminalidade uma punição além da jurídica, a qual por si só já reproduz uma hierarquização dos sexos. Não somente são impostos às mulheres encarceradas os rigores de uma lei masculino-opressora, como principalmente, lhe é imposto o peso de uma clara repressão e exclusão social. Quando esses fatores prejudiciais somam-se às questões indígenas, ainda mais pontos precisam ser pensados e trabalhados, como o preconceito e exclusão social em razão da etnia e a própria dificuldade de aplicação de uma punição em um contexto de grande diferenciação cultural.

A exclusão feminina aqui denunciada dificulta a concretização de direitos e garantias inerentes a qualquer ser humano. O mesmo ocorre com a criminologia, a qual exclui de sua análise os indivíduos invisíveis da sociedade, dentre eles, as mulheres indígenas, as quais compõem o objeto principal desta pesquisa.

Em análise das criminologias existentes, vê-se que estas foram construídas por meio de um discurso sexista. O que faz com que, mesmo na esfera da criminologia crítica, o gênero feminino, apesar de referido nos estudos, não se represente como sujeito nessa ciência. Dessa forma, nota-se que:

(...) a criminologia nasceu como um discurso de homens, para homens, sobre as mulheres. E, ao longo dos tempos, se transformou em um discurso de homens, para homens e sobre homens. Pois, já não era mais necessário, para alguns, “estudar” as mulheres; ou, politicamente relevante, para outros, considerar as experiências destas enquanto categoria sociológica e filosófica, como ensina Lourdes Bandeira. De maneira que, no discurso criminológico competente atual, a mulher surge somente em alguns momentos. Mas, no máximo como uma variável, jamais como sujeito. (MENDES, 2014, p. 157)

A mulher é inserida na criminologia crítica como mera variável do instituto, o qual se constituiu a partir de uma argumentação masculina, heteronormativa e branca. Portanto, resta claro que não há como realizar uma concreta inserção do gênero feminino e de diversidades étnicas em uma criminologia constituída e fundamentada em padrões patriarcais. Por isso, defende-se a necessidade de uma completa reformulação da ciência criminológica. A respeito dessa necessidade de ressignificação, tem-se:

O principal problema é que a universalização dos direitos correspondeu, ao mesmo tempo, a um movimento em direção à eliminação dos privilégios – todos seriam iguais, como cidadãos, na esfera

pública – e a uma ficção, a de que é possível suspender as posições e as características concretas dos indivíduos em sociedades nas quais as esferas pública e privada são organizadas por hierarquias e relações de dominação e opressão. (BIROLI, 2014, p. 109)

A concreta universalização de direitos somente poderá ser atingida por meio de uma equidade do Sistema de base sexo/gênero, considerando, ainda, questões referentes à classe social e à etnia, uma das principais bases constitutivas das relações de opressão. Conclui-se, assim, que a inserção da mulher na criminologia como sujeito participante não poderia ocorrer apenas com ajustes na criminologia existente, mas sim com o estudo e aprofundamento de uma criminologia feminista.

A referida criminologia propiciaria a aplicação de políticas de desencarceramento de mulheres, como as trazidas pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC, publicadas em 2016, dentre estas: alocar recursos para o levantamento de dados e pesquisas; estruturar os atendimentos e serviços prestados considerando as necessidades complexas das mulheres; fornecer às autoridades judiciais todas as informações relevantes sobre as mulheres acusadas de crimes, inclusive suas responsabilidades familiares; entre outras medidas extremamente necessárias para a melhora do quadro atual de encarceramento feminino no Brasil.

Em relação às mulheres indígenas encarceradas no Brasil, a aplicabilidade da criminologia feminista e, conseqüentemente, das políticas de desencarceramento de mulheres aqui abordadas, possibilitaria a concretização de medidas alternativas ao encarceramento. “As Regras de Bangkok afirmam que o Estado deve reconhecer que as mulheres indígenas podem sofrer discriminações e dificuldades em razão de sua origem e que devem existir políticas e ações do Estado para identificar e suprir suas necessidades específicas” (NOLAN; BALBUGLIO; SIGNORI, 2016). Dessa forma, nota-se que as normativas jurídicas já existem em nosso ordenamento, porém precisam ser concretizadas a partir uma aplicação correta e eficaz.

Conclusão

O encarceramento feminino e as questões indígenas são pautas que exigem um maior envolvimento da ciência jurídica e da sociedade como um todo. Integram claramente uma área de exclusão social e omissão estatal. Quando unidas em um mesmo contexto, como ocorre nesta pesqui-

sa voltada para a realidade de mulheres indígenas encarceradas no Brasil, o grau de invisibilidade e imprescindibilidade de efetivação de políticas específicas para sanar privações de direitos atinge um patamar crítico.

Por todo o exposto neste trabalho, ressalta-se a necessidade de concretização de alternativas ao encarceramento feminino indígena. O Estado deve buscar outras soluções para a referida problemática, tendo em vista a opressão histórica e diferenciações culturais vivenciadas por essas mulheres, as quais sofrem constantes discriminações em razão de sua origem. Ouvir os relatos e reivindicações desses povos, através de uma maior inserção política, por exemplo, demonstra-se um caminho eficaz para alcançar uma melhora do quadro atual.

As possibilidades existem dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como a previsão ao direito de cumprir a pena em regime de liberdade, garantido pelo Estatuto do índio, bem como, as circunstâncias a serem consideradas para realização do cálculo da dosimetria da pena, permitem um olhar diferenciado e pautado em questões étnicas e de gênero para esses casos, por parte dos julgadores. O que ocorre, portanto, é uma total falta de interesse em utilizar os instrumentos jurídicos existentes para concretizar uma criminologia feminista e pautada na inclusão da diversidade étnica e social.

Referências

ALVES; PEGORER, Mayara Alice Souza. Direitos da Mulher: Alguns aspectos polêmicos quanto à afirmação da igualdade e a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos. In: MAIA, Jorge Sobral da Silva; BIANCON, Mateus Luiz (Orgs.). *Educação das relações de gênero e em sexualidades: reflexões contemporâneas* – Curitiba: Appris, 2014.

BARBOZA, Maytê Ribeiro Tamura Meleto; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. O Direito de Morrer Dignamente e o caso de Ramón Sampedro: Do suicídio assistido à eutanásia, distanásia e ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro. In: COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. *Crime, Direito, Arte & Literatura: Estado, Responsabilidade, Inclusão ou Exclusão Social*. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2016.

BIANCHINI; ANDRADE, Léo Rosa. Inoperatividade do direito penal e flexibilização das garantias. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; VAN-

ZOLINI, Maria Patrícia (Coord.). *Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: QuartierLatin do Brasil, 2006.

BIROLI, Flávia. Autonomia, dominação e opressão. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política: uma introdução*. 1 ed. – São Paulo: Boitempo, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN MULHERES 2016 – Mai/18*. Disponível em: <http://depen.gov.br>. Acesso em: 26 Jul 2018.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Pereira Regina de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Homenagem a Alessandro Barata. V. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

DIETER, Maurício Stegemann. *A Política Criminal Atuarial: a Criminologia do “fim da história”*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

ITTC (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania). *Orientações para uma política de desencarceramento de mulheres*. 2016. Disponível em: <http://ittc.org.br>. Acesso em: 20 jul 2018.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed, 2010.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOLAN, Michael Mary; BALBUGLIO, Viviane; SIGNORI, Amanda. Mulheres indígenas e Sistema Penal: invisibilidade étnica e sobrecargas de gênero. *Boletim Rede de Justiça Criminal*. Edição 09, setembro de 2016. Disponível em: <https://redejusticacriminal.org>. Acesso em: 20 jan 2019.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

ROSSONI, Dandara; BECKER, Simone. *Mulheres mães indígenas encarceradas no Sul do Mato Grosso do Sul*. Encontro de Ensino, Pesquisa e Extensão

– ENEPEX. 8º ENEPE UFGD. 5º EPEX UEMS. 2014. Disponível em: <http://eventos.ufgd.edu.br>. Acesso em: 19 jan 2019.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SILVA, Leticia Ferreira da; CASTILHO, Maria Augusto de. Brasil Colonial: as mulheres e o imaginário social. *Cordis*. Mulheres na história, São Paulo, n. 12, p. 257-279, jan/jun. 2014.

O CONTATO ENTRE SISTEMA PENAL E INDÍGENAS EM SÃO GABRIEL DA CACHOEIRA/AM

*Felipe Pereira Jucá**

Numa manhã de 2013, integrantes de algumas comunidades estavam reunidos, esmerados nos preparativos de mais uma festa na comunidade indígena Amiú, quando policiais militares e federais chegaram procurando um morador, o jovem Antonio¹, indígena Warekena, que também exercia ali o ofício de professor após passar parte da vida estudando na sede do município. Para os moradores das comunidades, as distâncias normalmente medem-se pelas horas navegando. Segundo o pai de Antonio, experiente no trajeto, Amiú é distante de São Gabriel “três horas de motor 40, e de rabeta é um dia inteiro”. Lá, disseram-lhe que precisaria ir até São Gabriel da Cachoeira para esclarecer alguns fatos na Polícia Federal. Assustados e desconhecendo o motivo daquela operação policial, seguiram para a cidade, Antonio, seu pai e os policiais. Chegando lá, foram à casa de sua mãe, onde morava antes de ir lecionar na escola em Amiú (a família mantém residência na comunidade e na cidade, como vários outros moradores da região; ora estão na comunidade cuidando da roça, fazendo festas, participando de reuniões, ora estão na cidade vendo os filhos, fazendo compras, buscando combustível, acessando serviços). Os policiais falaram que tinham ordem para revistar a casa e, segundo as palavras da mãe de Antonio, uma indígena Baré que relembra a situação em tom triste, com voz carregada de emoção, mesmo com português limitado: “Olharam tudo, reviraram tudo e não acharam nada... eu não estava entendendo aquilo, nem sabia o que eles estavam fazendo aqui... e com meu filho preso. Pediram pra entrar, eu deixei, doutor”.

* Advogado, especialista em Direito Penal e Processo Penal, mestre em Antropologia Social pelo Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Amazonas, pesquisador do Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia.

¹ Os nomes usados são sempre fictícios por motivos óbvios; a menção à etnia obedece à autodeclaração.

Antonio conta que durante a revista na sua casa ainda não sabia do que se tratava a detenção: “Eles perguntaram se eu tinha drogas ou arma guardado em casa. Eu disse que não. E fiquei pensando se eles estavam pensando que eu vendia droga e eu tava sendo preso por isso”. Ato contínuo, o levaram ao posto da polícia federal, onde ficou sabendo que teria que ir para Manaus, sendo informado sobre o mandado de prisão temporária, espécie de prisão que serve para preservar determinada investigação contra a ação dos investigados. De avião, todos os presos seguiram para a Superintendência da Polícia Federal do Amazonas.

Conta que foi coagido pelo delegado a confessar o que não havia praticado. “Ele deu um murro assim na mesa, disse que era melhor eu falar logo que tava envolvido naquilo”. Tratava-se da chamada “Operação Cunhatã” que visava desmontar uma suposta rede de exploração sexual de crianças e adolescentes indígenas na cidade de São Gabriel da Cachoeira, sendo amplamente divulgada na imprensa local e nacional. Um dos presos àquela época foi Antonio, nascido naquele município, na comunidade indígena Vila Nova, Rio Xié, que só passou a morar na área urbana a partir do que se considera idade escolar. Referindo-se justamente à escola e oportunidade de trabalho assalariado, sua mãe justifica: “Nós viemos morar pra cá também pra buscar melhor condição pra nossos filhos”.

O mandado de prisão e busca estava sendo cumprido, e a vida do acusado devassada, exposta e caluniada, com trinta dias de prisão temporária decretada. Requereu-se a revogação dessa ordem, sem sucesso. Antonio cumpriu 30 dias em dois presídios diferentes, na capital Manaus. Foi solto, retornou para São Gabriel da Cachoeira, perdeu o emprego de professor na escola indígena por conta de sua prisão, passando sérias privações até conseguiu-lo de volta. E passou a defender-se em juízo, processo que durou até setembro de 2017, quando houve seu interrogatório e verificado que não tinha qualquer envolvimento com exploração sexual.

Conversando sobre detalhes que importassem ao processo e também à pesquisa, Antonio é quem faz a pergunta mais delicada que um operador do sistema de justiça poderia ouvir naquele momento que antecedia à sua audiência de julgamento: “Vai ter tradutor?”. Antonio tem esse direito, assegurado em âmbito internacional com a Convenção 169 da OIT, por exemplo, nacional com a recepção da referida Convenção pela República Federativa do Brasil, e até municipal, pois São Gabriel possui legislação pioneira que co-oficializa as línguas Nheengatu (língua geral),

Baniwa e Tukano. E justificou dizendo: “a nossa língua mãe, nossa língua mesmo, é a língua geral, que a gente fala desde pequeno... muitas vezes vocês falam coisas que a gente não entende. Então eu prefiro falar a minha língua pra não me confundir”.

Porém, na prática, o seu direito é cassado. Não apenas no fórum de justiça, mas em qualquer estabelecimento público ou privado, a não ser que coincida com a rara ocasião de ser atendido por um falante da mesma língua, como pude presenciar o então coordenador regional da FUNAI prestando informações em Tukano para um casal que buscava solução para um filho preso. Uma ex-funcionária do fórum, indígena Tariana e falante de língua geral, conta que quando necessário ela mesma fazia as traduções, de maneira informal, caso o magistrado não conseguisse se comunicar com a pessoa interrogada.

Cabe lembrar aqui que em 1758 o Diretório dos Índios proibiu expressamente o uso da “língua geral”, colocando como oficial a “Língua do Príncipe”:

Sempre foi máxima inalteravelmente praticada em todas as Nações, que conquistaram novos Domínios, introduzir logo nos povos conquistados o seu próprio idioma, por ser indisputável, que este é um dos meios mais eficazes para desterrar dos Povos rústicos a barbaridade dos seus antigos costumes; e ter mostrado a experiência, que ao mesmo passo, que se introduz neles o uso da Língua do Príncipe, que os conquistou, se lhes radica também o afeto, a veneração, e a obediência ao mesmo Príncipe. Observando pois todas as Nações polidas do Mundo, este prudente, e sólido sistema, nesta Conquista se praticou tanto pelo contrário, que só cuidaram os primeiros Conquistadores estabelecer nela o uso da Língua, que chamaram geral; invenção verdadeiramente abominável, e diabólica, para que privados os Índios de todos aqueles meios, que os podiam civilizar, permanecessem na rústica, e bárbara sujeição, em que até agora se conservavam. Para desterrar esse perniciosíssimo abuso, será um dos principais cuidados dos Diretores, estabelecer nas suas respectivas Povoações o uso da Língua Portuguesa, não consentindo por modo algum, que os Meninos, e as Meninas, que pertencerem às Escolas, e todos aqueles Índios, que forem capazes de instrução nesta matéria, usem da língua própria das suas Nações, ou da chamada geral; mas unicamente da Portuguesa, na forma, que Sua Majestade tem recomendado em repetidas ordens, que até agora se não observaram com total ruína Espiritual, e Temporal do Estado. (Diretório dos Índios, 1758)

Atendendo Antonio ao longo desses anos, acompanhando seu processo, visitando sua residência e até na pizzaria comemorando a vitória processual com a família, restou sempre evidente a sua preferência em falar nheengatu. E se orgulha dos filhos que, segundo ele, “já estão entendendo língua geral”. Nessas situações, compreende-se a solidez e importância da língua, praticada como regra no seio familiar e reivindicada antes de seu interrogatório em juízo, para ser levada ao ambiente forense. E tive de lhe explicar que “o fórum” não dispunha de tradutor, embora aquilo não fosse justo até mesmo pela legislação dos brancos.

Importante destacar que, na ocasião de seu julgamento, a Comarca de São Gabriel da Cachoeira estava sem juiz titular residindo na cidade há quase três anos. Esporadicamente, um juiz de direito se dirigia da capital até lá para despachar os processos reputados como mais urgentes. Para o caso aqui narrado, por ter causado comoção local e repercussão na imprensa, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas nomeou um juiz especificamente para este processo.

Fato digno de nota é que, enquanto esperávamos a audiência começar, no pequeno pátio externo do fórum de justiça, um homem desembarcou de um táxi-lotação e se aproximou com algum documento nas mãos, mochila nas costas, vestes simples, parecendo desinformado. Antonio dirige-se a ele em nheengatu, mesmo sem o conhecer, e entabulam um curto diálogo que muda seu rumo. Curioso, perguntei o teor da conversa. Disse-me que o parente procurava o cartório eleitoral e explicou a ele que ficava ali perto. Provavelmente o que ocorreu é que, ao chegar no cartório eleitoral, teve de falar português, mesmo sendo falante de outra língua, inclusive, co-oficializada, assim como Antonio estava ciente que teria de falar português em seu interrogatório diante do juiz de direito. É patente que as línguas indígenas permanecem fora do contexto oficial, excluídas dos órgãos públicos e do atendimento aos índios, mesmo havendo legislação municipal que estabelece tal obrigação.

Durante a audiência, Antonio, então, respondeu em português às perguntas que lhe foram feitas no interrogatório, também em português, ou teria a alternativa de ficar calado, como lembrado pelo juiz.

Como bem observou Clastres, tratando da supressão da língua como uma face do etnocídio,

A extensão da autoridade do Estado traduz-se no expansionismo da língua do Estado (...). O Estado pode proclamar-se detentor exclusivo do poder, quando as pessoas sobre as quais se exercer a autoridade do Estado falam a mesma língua que ele. Esse processo de integração passa evidentemente pela supressão das diferenças. (CLASTRES, 2004, p. 60)

Com as perguntas e respostas, foi reforçada a versão de que Antonio não tinha participação no esquema de exploração sexual, nem havia praticado estupro. Comprovou-se, após prisão temporária de trinta dias, instrução processual que durou quatro anos de aflição para toda a família, despesas e muitas perdas, todas consequências de uma acusação irresponsável perpetrada pelo Estado, transformada em agonia e emoções que fogem a qualquer registro etnográfico. Acabou sendo absolvido já que o juízo não viu qualquer crime em sua conduta – o que a defesa também já estava afirmando desde o início.

Restava claro que não era fácil para Antonio e sua família lidar com aqueles procedimentos burocráticos, desconhecidos, totalmente novos e assustadores para eles que, como disse o próprio acusado, “toda vez que chega uma intimação é um nervosismo aqui em casa, parece que vai voltar tudo aquilo que eu passei”. Mesmo dominando a “língua dos brancos”, tendo vivido e estudado fora da comunidade, é categórico ao afirmar o nheengatu como sua primeira língua e a dificuldade que tinha em compreender a linguagem utilizada pelo poder. O trunfo de Antonio na sala de audiências foi ter tido acesso à escola e conseguir expressar-se em português, sorte que muitos outros indígenas da mesma região não experimentam e acabam em situação semelhante, atingidos pelo poder judiciário e ficando praticamente indefesos.

Como, por exemplo, um Baniwa e um Koripaco vistos na visita ao cárcere realizada em julho de 2017, que pouco falavam português e são oriundos do Rio Içana. Junto comigo estava outro Baniwa, colaborador nas pesquisas, com quem puderam conversar em sua língua. Ambos já foram liberados, mas esbarraram na dificuldade que é encarar uma acusação penal sem articular o único idioma considerado e utilizado pelo Poder Judiciário. Seus interrogatórios sem tradutor oficial demonstram o quanto o Estado negligencia o direito de falar a própria língua em juízo.

Recordo que o primeiro indígena preso com o qual me deparei, ainda em 2011, despertou reflexões anteriormente não provocadas, nem

pela academia, nem pelos profissionais que lidam com o sistema judicial. Era um rapaz chamado Carlos, da etnia Baniwa, encarcerado por alguns meses sob a acusação de furto qualificado. Ele aprendeu a falar português na delegacia, por conta de sua prisão. Jamais tinha visto algo semelhante e confesso que sofreu forte impacto, pois se tratava de uma acusação ínfima em relação ao que aquele indivíduo, de origem indígena, estava sofrendo em ataque à sua liberdade.

Morador de uma comunidade no Rio Içana, de nome América, o réu estava custodiado provisoriamente, “à disposição da justiça”, até que alguém ingressasse em sua defesa, pois não havia advogado constituído no caso e, sem defesa, o processo não tramita na marcha esperada. Aliás, até nos processos em que há advogado particular constituído há considerável morosidade na tramitação, por motivos diversos como falta de juiz na Comarca, alegações de excesso de processos, atraso nas comunicações entre as instituições etc.

Passei a atuar no processo. Hoje os processos já estão digitalizados, são eletrônicos e dispostos em servidores da *internet*, onde os acessamos através de sites do Tribunal de Justiça do Amazonas. Mas, àquela época, pegava o processo no cartório do fórum e o levava pelo prazo de lei – de acordo com a manifestação cabível – para posterior devolução. Os processos eram, geralmente, pouco volumosos. Achavam-se as peças mais simples e básicas do procedimento, embora pudesse haver um lapso temporal de meses entre um ato burocrático e outro. Ao verificar o interrogatório de Carlos à autoridade policial, ao ser preso na cidade de São Gabriel da Cachoeira, pude constatar a única vez, entre todas as observações feitas ao longo de quase oito anos, que um representante da FUNAI acompanhou um indígena preso. Além disso, foi-lhe dado o direito de ter um “intérprete na tradução do idioma Baniwa”, conforme aponta o Auto de Qualificação de Interrogatório.

Analfabeto, com vinte e três anos de idade, Carlos levava a vida como extrativista, colhendo e vendendo açaí, sem renda certa, quando sobreveio sua prisão em julho de 2010. Mas três policiais militares já haviam ido à comunidade América em agosto de 2009, para cumprir mandado de busca e apreensão, como se vê no Inquérito Policial.

Os três depoimentos dos policiais são cópias um do outro, o que é comum encontrar nos inquéritos policiais, indicativo de mero cumprimento formal de atos burocráticos. Consta o seguinte:

se deslocaram até a longínqua comunidade América, situada em uma das margens do Rio Quiari, afluente do Içana; que afirma a testemunha que foi uma viagem bastante longa e que ao chegarem na comunidade onde se realizaria a busca, alguém gritou que a polícia estava chegando e que os acusados e seus familiares fugiram adentrando nas matas e como se observou que os mesmos estavam armados e também estavam acompanhados por mulheres e crianças, achou melhor não persegui-los, com o objetivo de evitar confronto com os que estavam armados; que afirma a testemunha que comandou as buscas na casa dos indivíduos e que nas referidas casas haviam diversos produtos de furtos e que realizou a apreensão de muitos objetos e apresentou à autoridade policial para as formalidades de praxe.

Agentes do Estado buscavam condenar um índio de pouquíssimo contato com a organização estatal, preso provisoriamente por alguns meses, sem defesa técnica disponível, sem dominar a língua portuguesa e que, ao final do processo criminal, foi condenado a prestar serviços à comunidade, mas fugiu antes de iniciar o cumprimento.

Já em trabalho de campo, requeri o desarquivamento do processo, por escrito utilizando as prerrogativas do ofício de advogado, diante da Secretaria da Vara Única de São Gabriel da Cachoeira enquanto estive lá em março de 2017. Ali fiquei sabendo que Carlos também foi processado pela Justiça Federal, por outra ocorrência. Também requeri, por escrito, o desarquivamento do processo em Manaus para obter cópia.

A investigação evidencia que o Estado aplica suas regras processuais e práticas penais, para processar, julgar e impor penas (quase sempre de reclusão em regime fechado ou imposição de prisões antes do julgamento) à pessoa declarada e oficialmente indígena, sem considerar a posição deste no contexto democrático e plural. Para ressaltar o aspecto local relevante à análise, faz-se necessário perscrutar os autos dos processos, as falas de indígenas moradores da região que tiveram contato com o judiciário e suas histórias de vida, bem como as falas de autoridades responsáveis pelo caso, pretende-se revelar o quanto o poder constituído pelo Estado está alheio à diversidade cultural apresentada na Constituição Federal que já integra o sistema jurídico pátrio há quase trinta anos e parece persistir impermeável diante das demandas dos movimentos indígenas.

Via de regra, é absolutamente comum que magistrados, promotores, delegados, defensores públicos e advogados tenham pouco contato

com casos envolvendo indígenas, já que a expansão colonial teve grande sucesso no extermínio dos autóctones em *terraebrasilis*, restando minorias em número reduzido que até hoje precisam reivindicar territorialidade por questão de sobrevivência e afirmação cultural. Como anotou Marés, “o pequeno número de índios no Brasil tem levado as autoridades estatais a um descaso histórico em relação a estes povos. Até há muito pouco tempo, a importância política dos índios e das questões indígenas era praticamente nula nas relações de poder do Estado brasileiro” (SOUZA FILHO, p. 38).

No entanto, São Gabriel da Cachoeira é um município singular pela proporção de indígenas em seu território, com muitas línguas e etnias distintas, o que deveria inverter necessariamente a perspectiva jurisdicional, de maneira a atentar para as peculiaridades locais. Mas, não é o que ocorre. Sem pretensão de abarcar toda a problemática envolvendo os indígenas processados criminalmente, pois muitos são os imbróglios e tensões, tanto práticos quanto teóricos, aqui se estabelece como ponto de toque o não uso das línguas indígenas no sistema de justiça. Deve-se questionar a motivação que há por detrás da imposição da língua portuguesa, de maneira arbitrária, em terras onde predominam indígenas e a diversidade étnica é notória.

Em 1988, fez-se conhecer e reconhecer a nível constitucional, que o país não é homogêneo. Todavia, a lei, sua aplicação e sua linguagem permanecem universalizantes. Embora os Poderes da República não sejam tocados por essa realidade plural, o Brasil é um lugar de muitos povos. Os interesses que gravitaram em torno da formação do Estado nacional se fundamentaram em ideias que, hoje, estão formalmente soterradas pelas reivindicações e conquistas capazes de dar fôlego ao pluralismo. Ou seja, a ideia de Brasil foi erguida sobre as bases de mestiçamento e não de afirmação de identidade étnica. Talvez aí resida um ponto crítico da dificuldade em compreender a autodeterminação dos povos reivindicada atualmente. Ocorre, assim, a pulverização da identidade dos povos através da construção de novas categorias genéricas de indivíduos (caboclo, mulato, gaúcho, caipira), classificando os agentes sociais de modo a causar gradativa dissolução identitária e invisibilização.

E, sob essa lógica, a língua portuguesa se afirma como única e oficial, pensada arbitrariamente como comum a todos, desconsiderando realidades locais que, mesmo com previsões legais que garantem o direito

aqui discutido, não são materializadas pelos agentes responsáveis por sua aplicação. Tais ideias apenas fortalecem velhos obstáculos às reivindicações políticas dos povos indígenas e reconhecimento de sua identidade étnica nas relações travadas com o poder.

Como ressalta Bourdieu (2016), o universo jurídico institui o monopólio de dizer o direito e acessar os meios para discuti-los. Além disso, “deve sua eficácia específica ao fato de participar ao mesmo tempo da lógica do campo político”. Quando se fala em pluralidade étnica dentro de um Estado, fala-se da coexistência de diversos povos em relações que se almejam democráticas, mas que não são isentas de tensões e interesses. E, no entanto, sempre prevaleceu, nos poderes do governo, o idioma do colonizador, mesmo quando a relação do Estado se dá com o indígena.

O reconhecimento jurídico de que o Brasil é plural advém da Carta Constitucional de 1988, que alça os indígenas ao patamar de emancipados e reconhecidos como povos legitimados a reivindicar seus direitos étnicos e culturais. Tal disposição constitucional inaugurou um cenário de lutas por direitos indígenas. No Alto Rio Negro, isso se reflete principalmente na organização política de diversas associações indígenas, formando a Federação das Organizações Indígenas do Alto Rio Negro – FOIRN e na articulação do movimento indígena local a partir da década de 1990 para a demarcação das terras indígenas que hoje integram o município. Outra medida legislativa que mostra resultado, ainda que incompleto, foi a co-oficialização das línguas Nheengatu, Baniwa e Tukano.

Tem-se que os passos dados não se materializaram até o momento, ou seja, a territorialidade estabelecida e a co-oficialização das línguas não garantiram que Antonio não fosse tocado pela poder político do branco em sua comunidade, referido aqui como o sistema punitivo, assim como, quando tocado, não teve sequer o direito de falar sua língua enquanto submetido a um rito penal pouquíssimo inteligível.

O sistema judicial revela-se contraditório em seus próprios termos e, assim, opera-se a continuidade de colonização pela língua, de desvalorização cultural e desconsideração étnica levadas a cabo pelo poder político que muito serve à dominação e olvida os direitos indígenas, mesmo com as conquistas constitucionais relativamente recentes.

Um conflito com a lei que, para a geração do pai de Antonio não existia, hoje atinge a mesma população e suas gerações seguintes, como

Carlos e outros pesquisados. O comportamento até pouco tempo permitido pretende-se remodelado pela moral da lei. Assim como a resolução do conflito gerado, que toma a forma burocratizada do Estado de Direito, substituindo possíveis acordos e acertos através do diálogo com a liderança local ou com o próprio ofendido. Como anota Geertz (2014, p. 169), “Assim como a navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também são artesanatos locais: funcionam à luz do saber local”.

No caso em exame restou límpida a contraposição entre o universal e o local, onde o poder de quem colonizou prevalece e a exclusão das línguas indígenas de ambientes oficiais, simbolicamente demonstra a exclusão política desses povos em seus próprios territórios. O que se percebe é que, a cada passo do trâmite processual, o direito que poderia ser garantido, é negado, sendo que a cassação do direito de falar a própria língua em juízo constitui apenas um dos elos que formam uma corrente de violações aos indígenas no ambiente forense, em que as consequências vão para além da subtração forçada da língua, pois o controle social através do policiamento e do processo criminal provoca outros impactos e repercussões, como se verá adiante.

Também trabalhei na defesa de Marcos, da etnia Tukano. Nascido em Taracuá, extremo noroeste do município, já na fronteira com a Colômbia, foi para São Gabriel ainda criança após seu pai, não índio, casar-se com sua mãe, indígena, e constituir família. Perguntado se se considera índio, respondeu: “é, né, que eu me criei ali em cima”. Nota-se, na resposta do interlocutor, uma inegável referência ao território e modos de vida que o levam a afirmar sua identidade indígena. Com o pai falecido, hoje vive na capital do Amazonas acompanhando sua mãe, também da etnia Tukano, além do irmão e do sobrinho.

Fui procurado por uma amiga de Marcos, contando que o mesmo estava preso há dois dias, acusado de transportar cerca de 120 kg de cocaína da Colômbia para São Gabriel da Cachoeira. O fato foi amplamente divulgado pela mídia amazonense, nos dias 3 e 4 de dezembro de 2014 e como se vê em páginas na *internet*. Vale destacar que o delegado de polícia responsável pela prisão ilegal de Marcos encontra-se atualmente preso, pela prática de um homicídio contra um advogado, na cidade de Manaus, após desentendimento numa casa de festas em 2017.

No caso de Marcos, a polícia alega que realizava fiscalização no Rio Negro e que o viu navegando no sentido de São Gabriel da Cachoeira

ra, quando já estavam próximos da cidade, segundo eles “na altura da Ilha das Flores”. Não o alcançaram na suposta perseguição, mas afirmam ter certeza que era ele. Já na cidade, Marcos foi surpreendido em casa, com policiais militares entrando, sem mandado judicial, para conduzi-lo à delegacia imputando-lhe a autoria do transporte da cocaína localizada embaixo dos bancos da voadeira.

Em conversa com Marcos, já em 2018, na cozinha da casa com sua mãe e seu irmão, ele conta novamente o que viveu, sem qualquer cerimônia ou timidez:

Eles [policiais militares] me pegaram lá em casa, depois me botaram na viatura e tavam perguntando o que que tinha dentro da voadeira... aí eu falei ‘umbora lá na beira ver, que a minha voadeira tá aí na beira...’

Aí falaram ‘não, tua voadeira já tá lá na delegacia, vamo lá’. Fomos rodando... eles botando pressão pra ‘mim’ falar o que que tinha dentro da voadeira, eu disse ‘não sei não, vamo lá ver’. Aí nós ‘passemos’ ali pela beira, e a voadeira tava lá amarrada, fomo direto lá pra delegacia, chegou lá eles tavam tirando, tavam abrindo os bancos. Eu entrei já me botaram lá na cela, lá, fechado, isolado. Aí depois que tiraram a mercadoria todinha, botaram em cima da mesa, foram me pegar lá, pra tirar a foto pro pessoal do jornal já, pra bater a foto junto com a mercadoria. Aí me trancaram de novo.

Ainda em 2014 ingressei em sua defesa, diante de acusações claramente arbitrárias, cabendo-me desfazê-las. Requeri revogação de prisão preventiva mais de uma vez, que foram negadas pelo juízo sob a alegação de que os fatos seriam melhor esclarecidos na oportunidade da audiência de instrução e julgamento, quando ouvidas testemunhas (policiais militares) e também o réu. Isso nos foi dito pelo juiz, pessoalmente, mas não consignado no despacho, pois não constitui um argumento jurídico apto a manter uma prisão preventiva. Abaixo, segue trecho da decisão que manteve a prisão de Marcos, com elementos do Código de Processo Penal, tais como ordem pública, gravidade do delito, possível envolvimento com organização criminosa e possibilidade de fuga. O inteiro teor segue em anexo ao presente relatório.

Nessa seara, a decisão ponderou que a manutenção da liberdade do custodiado certamente traria sérios riscos à ordem pública, em razão da gravidade em concreto do crime, o alto grau de premeditação e envolvimento com organização criminosa. Ademais, também restou assinalado que a liberdade de Marcos, coloca em risco a

eficácia da aplicação da lei penal. Denote-se a tentativa de fuga já empreendida por ocasião da abordagem policial (depoimento de fls. 07/08), bem como a proximidade com a fronteira, o que nos termos do decreto da custódia preventiva, implicam em facilidade para evadir-se do território nacional.

É possível perceber que o julgador fica cativo unicamente à versão dos policiais, desconsiderado toda e qualquer argumentação defensiva, ainda que o ônus da prova seja um dever da acusação. Advogado e réu parecem não merecedores de confiança. A disposição corriqueira em creditar verdade à polícia, mesmo antes de apurar os fatos – o que se chama *fé pública* – é apenas uma das faces arbitrárias do poder de punir que vem à tona na produção dos dados. Presumir como legítimos os atos dos policiais e colocar em dúvida a versão defensiva pode ser um dos principais motivos da lotação das carceragens brasileiras. Com o encarceramento, cala-se o réu: reduzido a tal condição resta impossível fazer ouvir sua versão dos fatos, até mesmo com atuação de causídico em favor de seus interesses. Portanto, nessa dialética inerente à prática forense, só se ouve um lado, qual seja, o lado das instituições. É indiscutível, ao ver a situação dos presos e dos processos, que são praticamente todos vulneráveis e indefesos diante das imputações feitas pelos policiais, posteriormente endossadas pelo Ministério Público e, quase sempre, confirmadas pelo Judiciário.

Cabe destacar que também requeri que fosse observado o chamado “estatuto do índio” (Lei 6.001/73) no que se refere ao recolhimento do preso em órgão indigenista, o que foi negado pela autoridade judicial com argumentos que reduzem a nada sua autodeclaração de identificação étnica, não obstante ter juntado aos autos o respectivo Registro Administrativo de Nascimento Indígena (RANI). Quanto ao ponto, diz a decisão judicial:

Não merece ser deferido o pleito de transferência para unidade da FUNAI. O fato de ser indígena não autoriza, por si só, a remoção ora postulada. Releva notar que, a despeito da origem indígena, Marcos possui documento de identidade nacional, exerce profissão diversa daquelas próprias da cultura indígena, tendo em vista que é prático fluvial, bem como consta do auto de qualificação e interrogatório por ele subscrito que possui o ensino fundamental incompleto (6ª série – antigo ginásio). Desse modo, entendo que Marcos é nacional e deve ser tratado igualmente como os demais nacionais em seus direitos e obrigações. À vista do exposto, indefi-

ro o pedido para transferência do custodiado para unidade da FUNAI.

É de se notar que o poder judiciário profere decisão que contraria a legislação garantidora dos direitos indígenas, descaracterizando a identidade étnica com argumentos que contrariam os fundamentos científicos e dão continuidade ao viés colonial do tratamento dispensado pelo Estado em relação aos povos indígenas. Parece perdurar, no entendimento dos aplicadores da lei, a antiga concepção de índio, vivendo em comunidades isoladas, fora das escolas, sem atividade profissional e sem contato com as instituições formais do poder, como se a marcha da história caminhasse na direção de assimilar, “branquear”, “civilizar” os índios. Talvez o repertório intelectual dos operadores do direito não forneça horizontes que lhes permitam pensar além dos limites das codificações produzidas sem participação e/ou consulta aos povos indígenas. Recordo que certa vez, entrevistando um juiz de direito, usei a expressão “justiça ocidental” para referir-me às práticas impostas aos indígenas, do que fui prontamente interrompido em tom de correção, com o magistrado dizendo “justiça civilizada”.

Com o desenrolar da ação penal, Marcos terminou absolvido das acusações, em sentença de primeiro grau, após cumprir cerca de cinco meses de prisão preventiva e ter três audiências adiadas por alegadas faltas de viatura para conduzi-lo ao fórum. Contrariando os próprios autos e as provas colhidas no processo, o Ministério Público Federal não concordou com a absolvição e recorreu, pedindo novamente sua condenação, agora diante do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em Brasília, que representa a segunda instância, neste caso. Aguarda-se julgamento desde 2016.

Ao ser informado por mim de que tem direito a pleitear indenização pelo tempo que ficou preso injustamente, Marcos manifesta vontade em ajuizar ação indenizatória, pois nunca concordou com a prisão. Em nossas conversas, sempre lembra que foi abordado pelos policiais em casa, sem qualquer substância ilícita sob seu poder e que a voadeira levada à delegacia não era a que pilotava no dia anterior, o que foi confirmado em seu depoimento em juízo, sendo corroborado na sentença pelo próprio juiz de direito, *in verbis*:

Que é prático fluvial desde os 15 anos; *Que, antes de ser preso, residia em São Gabriel da Cachoeira; (...)* Que confirma que realmente passou

por eles, que estava descendo de Iauaretê; Que passou lá na Ilha das Flores, onde tem um posto do exército, que fiscaliza tudo; Que passou por eles, que, quando saiu de lá, que não dá 300 metros, viu a voadeira deles; Que vinha na sua voadeira que era vermelha, que emprestou da Mariuá; Que passou por eles, não deram com a mão, não falaram nada pra parar; Que só fez diminuir para entrar no banheiro deles, porque a lancha deles era grande (150hp); Que estava num bote de 40hp; Que viu o major, viu o delegado da federal, viu o preso que era o motorista deles; Que passou por eles, não falaram nada, continuou a viagem; Que eles continuaram subindo; Que depois eles viraram e vieram atrás dele; Que quando parou no porto, ao lado de uma embarcação do exército, com um passageiro de coroa, logo eles chegaram com a lancha deles; Que ele estava lá tirando as coisas da voadeira; Que não entendeu porque não o prenderam nessa hora; Que encostaram ele na lancha; Que todo mundo desceu; que a viatura estava na frente onde estava desembarcando; Que todos os vizinhos viram também, pois reside na beira do porto; Que não o prenderam nessa hora, não fizeram nada; Que, na quarta-feira, o DSEI pegou uma voadeira, viram uma droga, e entregou pra eles e foram direto nele; Que chegaram sem mandado, sem nada, dizendo 'umbora que você tá preso'; Que essa voadeira que foi encontrada é uma branca e a dele é uma vermelha; Que essa vermelha é da empresa Mariuá Construções, do 'Gaúcho'; Que já livraram ele direto, colocaram ele lá na mesa pra bater foto com a droga, sem nada, já falando que a droga era dele; Que o major colocou ele na cela e disse pra ele calar a boca quando tentou falar com o delegado federal; Que tentou questionar 'como fez uma fuga de 35min se a viagem que fez passando pelo posto dava 30 min carregada a voadeira?'; Que nunca tinha visto essa voadeira do DSEI; Que sua voadeira estava amarrada no porto; Que disseram a voadeira dele era a que estava na delegacia; Que disse que não era; (...) Que não sabe explicar como uma lancha mais potente (150hp) não conseguiu pegar uma de 40hp em meia hora de perseguição; Que do lugar onde cruzou com os policiais até o lugar que aportou é de 35 min, estando carregado, e 20 min, vazio; (...) Que não disseram qual funcionário do DSEI entregou a voadeira (...) Que foi preso dia 03 e saiu dia 05 à tarde 18h; Que, nessa última diligência, foi pego na rua e levaram direto pro avião pra ser trazido pra Manaus; Que, na primeira vez, não tinha flagrante, então foi solto; (...); Que foi interrogado depois da foto para o jornal; Que depois já viu saindo na TV; Que só depois, quando já estava saindo da prisão (terceiro dia), foi que assinou documentos.

É possível notar forte diferença entre os interrogatórios prestados por Marcos em Manaus diante do juiz e em São Gabriel da Cachoeira para os policiais. Em São Gabriel, não há gravação de áudio e vídeo. Na Justiça Federal em Manaus, o interrogatório é realizado e registrado em som e imagem, em seguida juntando CD aos autos. O juiz responsável pelo interrogatório deu-lhe ampla liberdade para contar tudo o que interessava

à sua própria, o que realmente não ocorreu na delegacia em São Gabriel da Cachoeira. As observações na pesquisa demonstram que o interrogatório é dirigido pelas autoridades simplesmente para tomar a forma burocrática de observância aos procedimentos legais e que o acusado pode estar condenado mesmo antes de poder se defender da acusação formalizada pela instituição competente, qual seja, o Ministério Público. Atribuo esta praxe por parte das autoridades ao desconhecimento dos indígenas em relação aos próprios direitos, o que se revela em várias entrevistas e conversas. Tal desconhecimento não é levado em conta, tampouco suprido pelos agentes do poder com informação adequada e compreensível.

Apesar das tentativas em fazê-lo responder ao processo em liberdade, os pedidos de soltura feitos antes do interrogatório foram todos negados, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, na única intervenção da FUNAI que tomei conhecimento em favor de um índio preso naquela localidade. O órgão indigenista oficial entrevistou no caso após prisão de familiares do próprio acusado, inclusive, reverberando o pedido feito anteriormente por mim em relação à transferência para a FUNAI e aplicação de semiliberdade.

No acórdão, o Ministro Nefi Cordeiro, relator do caso, apontou que:

Ao que se tem, decidiu-se no acórdão que o paciente está integrado à sociedade, pois, além de possuir o ensino fundamental incompleto, exerce profissão diversa daquelas próprias da cultura indígena, motivo pelo qual não seria aplicável, no caso, o regime tutelar do Estatuto do Índio. Esta Corte tem compreendido que o indígena integrado à sociedade não se enquadra ao disposto no art. 56, parágrafo único, da Lei n. 6.001/73, que trata do cumprimento de pena em regime especial de semiliberdade.

Ocorre que, quando o Superior Tribunal de Justiça apreciou o pedido de *habeas corpus*, negando-o, Marcos já estava solto por força da decisão do juízo de primeira instância e a sentença que o absolveu sairia cerca de um mês depois. Na aludida decisão, o juiz constatou a ilegalidade das duas prisões, bem como a falta de provas de que o acusado tinha envolvimento com organização criminosa ou fosse responsável pelo transporte da substância apreendida.

O caso de Marcos contém elementos relevantes para a análise na medida em que se trata de um índio que não teve sua identidade reco-

nhecida pelas instituições de poder e que, com todo o espetáculo produzido em sua prisão, nada ficou comprovado e restou finalmente absolvido, o que reforça a intencionalidade de controle punitivo sobre a população indígena.

Nessa situação de contato também sobressai nas narrativas dos interlocutores a discriminação com os indígenas, mesmo quando os agentes do poder dizem atribuir um tratamento igualitário a todos. Em entrevista com Mário, indígena Baniwa que também havia sofrido prisão arbitrária, perguntei-lhe sobre sua impressão da polícia.

Felipe: E tu acha que a polícia é boa, é ruim, no contato com o indígena, assim na tua experiência?

Mário: São... são muito grosseira com o indígena. É como falaram na audiência² de ontem, que o direito de cada um ninguém sabe né a lei que eles usam. Eles começam a usar lei, e que pra gente negócio é dialogar primeiro. Não, se a gente responder o policial ele já vem dizendo que a gente tá desacatando e aí ele decide fazer o que ele quiser... então não tem diálogo nenhum, dialogar com o cara falar o que que tá acontecendo, ou se quer dialogar com o cara apanha por causa disso... eles maltrataram o cara lá dentro da cela lá, porque ali ninguém vê mesmo. Eu considero assim dessa parte. Eles sempre tem o lado favorável deles, o lado indígena já é mais difícil, né? Isso é tanto da polícia quando do exército. Das viagens que eu fiz é do mesmo jeito... quando a gente chega por aí... no PEF, se eu chego por exemplo em Cucuí, o cara me olha todo, minha mochila... Se chega um comerciante, o cara pega a nota fiscal só, espia o barco do cara, tá liberado. Eu fico pensando assim, como é que você faz uma coisa desse fazendo, tem que ser pobre e rico fiscalizado, toda a carga que vai no barco. E não acontece, cara. E eu fico pensando mas como que deve acontecer assim? E a gente falando assim aquela coisa de gravidade, dizendo assim que você desacata a autoridade se você fala assim, "então por que não tá fiscalizando o outro"? Né? Aí nós não temos autonomia nem de falar pra polícia o que tá certo, o que tá errado... porque nunca somos ouvidos, é isso também. Mas a gente continua tentando melhorar a condição de tratos pessoais diante dessas autoridades, né? A gente vê maior essa dificuldade assim, o que eu vejo né? Tipo atualmente tá acontecendo lá em Ilha das Flores, do Exército... fiscalizando os pessoal descendo e subindo. Aí o pessoal chega lá. Aí o cara mostra o papel. Aí o cara então tá beleza, tá liberado. Aí vai. O barco indí-

² Audiência pública, realizada na maloca da FOIRN, onde estivemos. Compareceram lideranças indígenas de Barcelos, Santa Isabel do Rio Negro e, principalmente, de São Gabriel da Cachoeira, para discutir políticas públicas com representantes das instituições.

gena que vai, só tem indígena que vai, ele revira tudo a farinha do cara, peixe e tal. Eu fico pensando assim, até que nível que a gente vai ser respeitado também? Uma coisa bem triste diante disso. A gente sabe que tem exército, polícia aqui, aí a gente fica calado, a maioria da população tem isso. A marcação é bem maior pra cima de quem não tem nada. Por isso que eu falo pro pessoal da comunidade, eu vou contar uma coisa bem pra vocês eu falei, hoje a gente não tem caminhada muito certo não... a gente pensa de educação, emprego, viver na cidade... eu falei eu cresci perto da cidade, frequentei muita dificuldade, emprego, desemprego... aqui, eu falei, vocês não dependem de nada. Depende só da sua vontade. Ninguém vai dizer pra você, “você tá ganhando quanto, tá trabalhando quanto, tem experiência de que?”. Não acontece isso. O que acontece aqui é você pegar seu canhão, fazer seu tipiti, fazer seu cumatá... aqui você vai pescar a hora que você quer. Não vai ter um cara dizendo que você tá fazendo uma coisa errada aí. Não, você chegou atrasado. Não, tu saiusaiu adiantado. Você ainda encontra seu amigo na pescaria, bate papo com o cara, pesca, vai trocando as ideias, é a maior liberdade que a gente tem aqui, a felicidade é viver no interior, do que você tá perto da cidade. Você vai ficar pensando de sustentar a casa todo dia e muitas vezes o cara te fala que te paga no final de semana e você não tem o que comer no mesmo dia e tal. Mas eu falei, aqui na comunidade é uma melhor possibilidade de viver sem se preocupar assim, tá com fome tem que comprar um frango, que é vinte reais, vinte e cinco. Não, aqui você vai, cava a minhoca, e ir pegar qualquer peixe que vem, e aí tá resolvido a alimentação da casa, da família. Então são vários problemas que a gente acha que buscar na cidade uma vida melhor, às vezes a gente encontra barreira bem mais difícil que a gente imagina. A dificuldade é bem maior. Que eu vejo acontecendo.

Um relatório do Ministério Público Federal, realizado após visita de Procurador da República ao município e verificado durante o trabalho de pesquisa, aponta que “as reclamações mais frequentes dos presos estão ligadas às condições do local, à ausência de apoio jurídico, tendo em vista que a Defensoria Pública não costuma visitar o local”. Também consta que “os presos reclamam das condições da comida e do fato de que não há qualquer atendimento médico a eles. Às vezes chegam a passar noites inteiras gritando sem qualquer atendimento por parte dos policiais militares que, nesse período, vigiam o local. Há apenas uma refeição por dia, feita pelos cozinheiros – que também são presos”.

Domingos Barreto, do povo Tukano, já representou a FOIRN e a FUNAI, e sempre esteve atento para o problema em questão. Em relatório do Ministério Público Federal, feito em 2012, lê-se:

Domingos destacou que a população indígena, ainda que seja a maioria, é muito discriminada aqui em São Gabriel da Cachoeira, nas instituições públicas – delegacia, correio, ministério público, principalmente aqueles índios que não falam a língua portuguesa. Diz que os indígenas são muito humilhados por essas autoridades que dizem para os índios, quando tiverem problemas, procurar a FUNAI em casos que, todavia, não é atribuição da FUNAI. Não tratam os índios como brasileiros, com os direitos que eles têm.

Entrevistei Barreto em 2017 e a partir de então estabelecemos relação de confiança onde pudemos atender algumas demandas em favor de indígenas em situação de prisão. Em fala curta e incisiva, refere-se à desumanização dos indígenas, dizendo que “aqui são tratados pela polícia como bicho, não tem nenhum respeito, é como se fosse qualquer coisa...”. Tal declaração encontra eco nos depoimentos e nas conversas com os presos, dando conta de que a violação de direitos é deliberada, tanto nas abordagens de rua, quanto nas casas ou até mesmo após a prisão.

Durante as visitas ao cárcere em 2017, também conheci o Sr. Lauro. Preso já condenado por sentença do Judiciário local, mas que coloca em dúvida o modo pelo qual chegou a ser preso e deixa claro não entender os ritos penais aos quais foi submetido. Diz que estava embriagado quando sofreu um suposto flagrante. Foi preso com sete pontos na testa, sem saber se agredido por familiares da suposta vítima ou por policiais. Por transparecer confiança aos servidores da delegacia de polícia e ser conhecido de alguns deles, Lauro passou a trabalhar nas dependências da carceragem servindo água e alimentos aos demais presos nos horários estabelecidos, e também cuida da horta que fica no terreno imediatamente atrás da delegacia de polícia, retornando à cela fechada durante a noite.

Notando a falta de defesa dos direitos de Lauro, a providência judicial prática e objetiva que tomei em seu favor foi o requerimento de progressão de regime³, que algum tempo depois teve parecer favorável do Ministério Público. Todavia, o pedido continuava sem ser julgado, mesmo que Lauro tivesse o direito de livrar-se do regime fechado. Diante da inércia do Judiciário local, apresentei *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça do Amazonas, que não foi apreciado.

³ Os presos condenados podem requerer a progressão para o regime menos grave, quando atendidos os requisitos elencados em lei. Neste caso, estando no regime fechado, Lauro havia atingido o prazo.

Com a demora excessiva e injustificada, que mantinha em regime fechado um preso que possuía o direito de estar em regime prisional menos gravoso, levei a demanda à Ouvidoria do Tribunal de Justiça e fiz reclamação junto ao Conselho Nacional de Justiça. Contudo, o pedido surtiu efeito em abril de 2018, quando localizei o setor do Tribunal de Justiça onde o juiz responsável pelo processo de Lauro estava lotado. Descobri que se tratava de uma assessoria virtual e remota, ou seja, o juiz despachava e decidia sobre a liberdade de pessoas que sequer podia ver ou falar pessoalmente. Após todas as evasivas emanadas pelo Estado restarem superadas, finalmente sobreveio a decisão esperada, concedendo a Lauro o seu direito de se ver livre da delegacia, pelo menos durante o dia. Como de praxe, a decisão se limita aos requisitos puramente jurídico-legais, sem apontar quaisquer nuances relativas à demora para liberar parcialmente o preso, escondendo todas as violências e ofensas aos direitos humanos perpetradas pelo Estado e por ele camufladas.

Em um de nossos encontros, sem agendamento prévio e de forma espontânea, ainda quando passava o dia na delegacia, conversamos em três, nos arredores da horta: eu, ele e mais um preso colaborador na pesquisa. A conversa foi gravada.

Felipe: Como é seu nome?

Lauro.

Felipe: Qual é sua etnia?

Lauro: Tukano.

Felipe: Tukano né? de Pari Cachoeira? Nascido lá?

Lauro: De Pari Cachoeira(comunidade indígena)...

Felipe: Quantos anos o senhor tem?

Lauro: Eu entrei com 49 olha, tô com 52 anos agora.

Felipe: Tá com 52 anos agora!?

Lauro: Aí foi indo né... Eu não sabia! Depois, agora tô querendo mais ou menos ir, mas já é tarde né... Aí eu não entendo essas coisas de semiaberto, essas coisas né. Tô só esperando a vontade né.

Felipe: O senhor nem sabe quando vai ser solto, não sabe como é aqui, tem que ter um advogado para fazer alguma coisa pelo senhor, seu Lauro.

Lauro: Eu tinha.

Felipe: Quem?

Lauro: Maria (nome fictício).

Felipe: E aí? Mas ela sumiu né, faz tempo.

Lauro: Gastei mil contos.

Felipe: Gastou mil reais com ela?

Lauro: É.

Felipe: Três anos que o senhor tá aqui?
Lauro: Eu tô aqui três anos e 11 meses.
Felipe: E pegou 8?
Lauro: E peguei 8...
Felipe: E pegou 8 no total é? Então dá para o senhor pedir o semia-berto.
Lauro: É um pouco difícil né!?
Felipe: É... tá sem Juiz, demora um pouco, mas sai.
Lauro: É?
Felipe: Sai. Eles não podem segurar vocês aqui o tempo todo não!
Lauro: Não mesmo, isso aí é verdade.

Ao pergunta-lo sobre as circunstâncias em que foi preso, respondeu:

Lauro: Parece que foi a família dela, eu não me lembro eu tava "bebobobobo", sabe o que é "bebo"?
Felipe: É mesmo, é?
Lauro: Morto de "bebo". Eu não lembro de nada.
Felipe: Rapaz...
Lauro: Tô te falando... é por causa de cachaça, tô te falando...
Felipe: E aí, largou a pinga?
Lauro: Chega! Chega de cachaça... Eu tenho 52 anos.
Felipe: É muito tempo de cachaça, seu Lauro?
Lauro: "Té doido"... não... minha vida, olha... Eu comecei a beber com 12 anos.
Felipe: Humrum.
Lauro: Só pra tu ter uma ideia, como essas coisas é... cachaça eu bebia!
Felipe: 12 anos? Lá em Pari chegava cachaça?
Lauro: É, lá em Pari, no tempo que custava o que? 30 cruzeiros 1 quilo de cipó.
Felipe: Quanto que valia esses 30 cruzeiros? Era muito ou era pouco?
Lauro: Não, naquele tempo era dinheiro.
Felipe: 1 quilo de cipó? Aí vocês vendiam é?
Lauro: É vendia, trabalhava naquele tempo que era valor, era como se fosse ouro.
Felipe: É mesmo é?
Lauro: Agora hoje não sei, aí foi indo né... interessava mais a grana aí ponto, parei de estudar, só fiz até a 8ª série.
Felipe: Hurum. Estudou tudo lá em Pari?
Lauro: Fiz até a 8ª série.
Felipe: Tinha internato lá era?
Lauro: Tinha! Internato e externato.
Felipe: O senhor estudou?

Lauro: É estudei, só fiz até a 8ª, externo. Aí foi indo mano, aí era assim.... queria ser o dono do mundo, agora que eu entendi que era tudo errado.

Felipe: Pensou que ia durar aquele dinheiro lá?

Lauro: É pensei que ia durar, pensei que era tudo bom que ia ser a vida, tranquila né!?

Felipe: E depois? Como é que foi?

Lauro: Depois que eu soube que bati pra cá, analisei desde o começo de idade de cachaça não era vida, era uma vida perdida, perdida... ganhava, recebia a grana e amanhecia sem troco pra comprar nem um pedaço de pão.

Felipe: Porque era tudo na bebida?

Lauro: Na bebida...

Felipe: É mesmo é?

(...)

Lauro: Vim parar aqui.

Felipe: 8 anos...

Lauro: 8 anos!

Felipe: Mas tem que mexer nesse negócio aí... tem que mexer, é sério! Têm que mexer no processo.

Lauro: Aí foi indo, mano...

Felipe: Como é que é? O senhor disse que não conhece essas coisas?

Lauro: Não é, a lei que eu não conheço, não entendo sabe. Questão de pena, e não sei o que, eu fico doido querendo entender... É, como que é... quando que vai sair o resultado né!? Aí fico doido, fico pensando "ah tá bom não entendo nada disso".

Felipe: O senhor fala Tukano ainda?

Lauro: Falo.

Felipe: Fala, né?

Lauro: Falo bem, mas só que não sei escrever.

Felipe: É língua geral?

Lauro: Ah, essa aí não sei não! Só Tukano mesmo. Não adianta mentir.

Felipe: (Risos) Tukano e Português.

Lauro: É...

Felipe: Pois é, esse negócio de delegacia o senhor nunca tinha vindo?

Lauro: Não, não sabia.

Felipe: Mas sabia que, sabia que existia um negócio assim? Sabia?

Lauro: Sabia o que era delegacia, mas lá dentro como era sabia não. Sabia que a palavra delegacia existia né, pra mim era....

Felipe: Para o senhor, o que a polícia faz?

Lauro: Nada! Eu não apanhei da polícia, não apanhei nada.

Felipe: Mas pra que serve polícia assim?

Lauro: Pra guardar né.

Felipe: Para guardar? É serve pra isso também! Mas as vezes eles fazem outras coisas né, tipo peia...

Lauro: Rapaz, não sei né. Pra mim só com os outros, comigo não, desde que estou aqui em 2013 pra cá nunca.
Felipe: Não bagunçaram não com o senhor?
Lauro: Não, eu também nunca.
Felipe: Tem um respeito. Eu acho né, também mais velho né!?
Lauro: Eu também não procuro.
Felipe: Hurum. Só na manha né.
Lauro: Só na manha. Eu não faço minha vontade né, que tô aqui essas coisas.
Felipe: Pois é rapaz, mas dá pra pedir já 8 anos... já tem 3 né?
Lauro: Aí eu vou esperar a vontade deles.
Felipe: Já têm três, tem que pedir pra ir pro, aquele que o senhor fica o dia fora. Quanto tempo o senhor tá aqui trabalhando?
Lauro: Dois anos e três meses.
Felipe: Já tem dois anos e três meses?
Lauro: No contrato tô com três anos e 11 meses.
Felipe: Eu vou olhar o seu processo.

Sr. Lauro deixa transparecer sua falta de familiaridade e entendimento dos ritos que vigiam e controlam sua existência desde que se envolveu em fato tido como criminoso, punível, que também não compreende muito bem como sua conduta o levou até essa situação de prisão, sem entender da lei que o condenou e nem da pena que está cumprindo. É bastante comum que presos indígenas em São Gabriel da Cachoeira sequer conheçam o funcionamento de procedimentos e práticas que podem ser elementares para os membros da sociedade envolvente a ponto de serem naturalizados, como é o caso de uma abordagem policial, de uma detenção, de uma prisão em flagrante, de um processo criminal.

Vale registrar como consequências do horror produzido as prisões que, entre os indígenas com os quais tive a oportunidade de trabalhar em defesa criminal, houve duas tentativas de suicídio nas celas da delegacia e um garoto de São Gabriel, adolescente, preso em Manaus que se enforcou em casa após experimentar quase dois meses detido com outros adolescentes acusados de roubo. Um dos que tentaram suicídio enquanto preso, consumou o ato em casa, após quatro dias de sua progressão para o regime semiaberto.

O suicídio tentado foi em 2010, contado a mim pelos outros presos, antes mesmo que eu tomasse conhecimento do processo. Este, que não falava português e estava há uma semana preso, engoliu propositadamente o pedaço de uma colher e passou mal no interior do cárcere, motivando uma cirurgia, às pressas, para a retirada do objeto. O fato ocorreu no dia

30 de julho de 2010 e no dia 03 de agosto de 2010 o réu estava de volta à carceragem da delegacia. A única providência tomada pela autoridade policial responsável por administrar os presos àquela época foi comunicar o ocorrido, via ofício, à magistrada da comarca, que se manteve absolutamente inerte.

Como bem lembrou uma liderança em audiência pública na FOIRN: “nós indígenas não temos lei na ponta da língua como os brancos, na ponta da nossa língua temos o benzimento, a pusanga, a nossa língua, a nossa cultura”, evidenciando em sua fala uma desigualdade de forças e de poder que coloca os indígenas em desvantagem na arena de lutas políticas.

Assim, é possível apontar que *l'effet de fermeture* – o efeito de hermetismo – que se lê no escólio de Bourdieu (2016, p. 243), intrínseco ao funcionamento do campo jurídico, acaba produzindo, naquela localidade, a negação da pluralismo contido no território, com disputas e interesses que não se incluem nos debates levados a cabo pelos operadores do direito, que focalizam “os seus problemas e soluções segundo uma lógica totalmente hermética e inacessível aos profanos”.

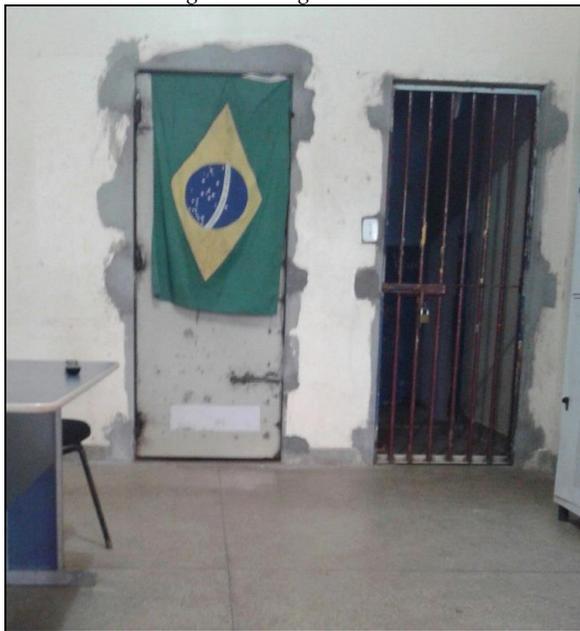
Como sustentamos, cabe ao estado brasileiro não a reprodução da dominação, mas a criação de condições para a manutenção, atualização e reprodução sociocultural dos povos indígenas por meio do respeito à diferença e observância às suas práticas, seus saberes, suas narrativas, suas instituições e rituais, de modo a fazer da autonomia uma realidade. Enquanto existem iniciativas, ainda que tímidas, em políticas públicas voltadas à saúde e à educação, por exemplo, o poder judiciário permanece universalizante, com o monopólio de dizer o direito e acessar os meios para discuti-lo, perpetuando a vigilância e o controle colonialista e racista sobre os diversos povos indígenas que vivem não apenas em São Gabriel da Cachoeira, mas por todo o Brasil.

Foto 1. Cella repleta de presos. Sem cama, sem comida, sem assistência, sem dignidade



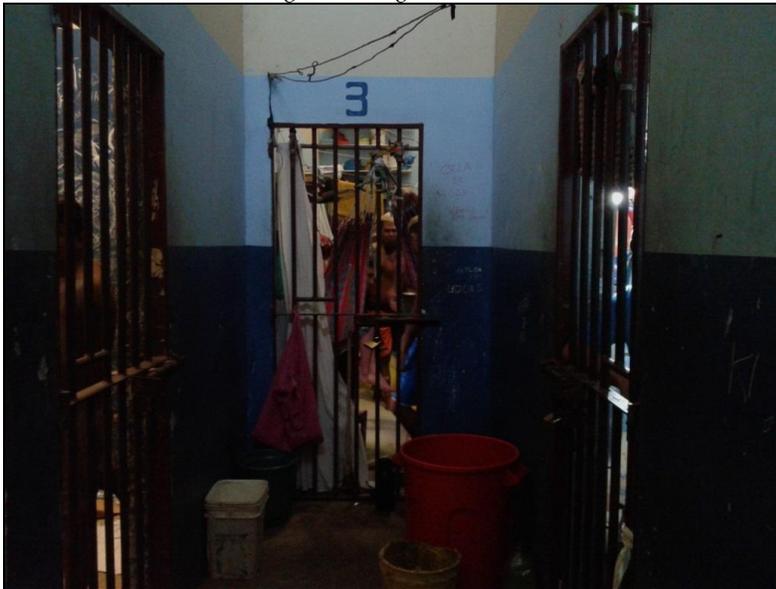
(Foto: Felipe Jucá, 2012)

Foto 2. Cella da carceragem da delegacia de São Gabriel da Cachoeira



(Fotos: Felipe Jucá)

Foto 3. Cella da carceragem da delegacia de São Gabriel da Cachoeira



(Fotos: Felipe Jucá)

Referências

ALMEIDA, Alfredo Wagner B. (Org.). *Terra das línguas: Lei Municipal de Oficialização de Línguas Indígenas*. São Gabriel da Cachoeira, Amazonas. Manaus: PPGSCA-UFAM/FUND. FORD, 2007.

BAINES, Stephen Grant. Identidades e protagonismo indígena no Brasil após a Constituição Federal de 1988. In: PIMENTA, José; SMILJANIC, Maria Inês (Orgs.). *Etnologia indígena e indigenismo*. Brasília: Positiva, 2012. p. 31-52

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: *O poder simbólico*. Portugal: Edições 70, 2016. p. 218-267.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. Tradução de Paulo Neves. Cosac & Naify, 2004.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: Novos ensaios em antropologia interpretativa*. Tradução de Vera Joscelyne. 14ª ed. Petrópolis/RJ. Editora Vozes, 2014.

MOORE, Sally Falk (Org.). *Law and Anthropology: a reader*. Blackwell Publishing, 2005.

OLIVEIRA, João Pacheco de. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1ª edição, 8ª reimpressão. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*; tradução de Sérgio Lamarão – 1ª Edição – Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

SUPER-REPRESENTAÇÃO DOS KAIOWÁ E GUARANI NO SISTEMA PENITENCIÁRIO: UM PEDAÇO DA AUSTRÁLIA EM MATO GROSSO DO SUL

*Karla Mendes**

*Marco Antonio Delfino de Almeida***

Introdução

Em recente ofício remetido pelo responsável pela Polícia Militar na cidade de Caarapó, foi comunicada a impossibilidade de patrulhamento das vias da TI Tey'eKuê em face da ausência de “segurança” de agentes públicos. Ao lado da evidente contradição entre o motivo apontado por um dos detentores da atribuição constitucional, prevista em seu art. 144, para impedir a concretização fática do direito fundamental à segurança, verifica-se clara categorização dos Povos Indígenas como cidadãos de segunda classe. Tal alegação seria incabível em qualquer bairro de classe média em qualquer cidade brasileira. A alegação não é nova e sustentou a propositura de ações civis públicas para garantir o atendimento emergencial, via 190, aos Povos Indígenas¹.

* Graduada em Jornalismo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), possui mestrado em jornalismo investigativo e de dados pela Universidade King's College, no Canadá, e tem um MBA em finanças pela Fundação Instituto de Administração (FIA), em São Paulo.

** Procurador da República. Mestre em Antropologia Social pela UFGD e Doutorando em História Indígena pela UFGD.

¹ Nesse sentido, cabe mencionar as decisões derivadas das Ações Civis Públicas nº 0001889-83.2012.403.6002 (1ª Vara Federal de Dourados da 2ª Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul) e 001641-08.2012.403.6006 (1ª Vara Federal de Naviraí da 6ª Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul). As decisões acarretaram a edição da RESOLUÇÃO SEJUSP/MS/Nº 638 – DE 26 DE DEZEMBRO DE 2012 cujos trechos destacamos: “CONSIDERANDO a decisão de antecipação dos efeitos da tutela proferida em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, em tramite na 1ª Vara Federal de Dourados da 2ª Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul sob o nº 0001889-83.2012.403.6002, onde se determina que: “Diante de todo o exposto, concedo a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de determinar ao réu, Estado de Mato Grosso do Sul, que passe a prestar, imediatamente, por intermédio de suas polícias Civil e Militar, atendimento emergencial aos indígenas, notadamente aqueles solici-

No entanto, junto ao exemplo discriminatório reside um outro dado igualmente perturbador: o nível de encarceramento da população indígena. Como conciliar regiões escassamente cobertas pelo aparato policial com uma taxa de encarceramento que é, aproximadamente, o dobro da média nacional, três vezes a média mundial e se aproxima da média americana, reconhecidamente a maior do mundo?

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) referentes a 2014 apontam que “De acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é de 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para 300” (CNJ, 2019). Dados mais recentes, de 2016, apontam uma ligeira elevação para 313 presos por 100mil habitantes (ALMEIDA; MARIANI; OSTETTI, 2019).

Em relação aos Povos Indígenas, a média alcança 520 presos por 100 mil habitantes, em um cenário conservador, estimando-se uma população de 50 mil integrantes dos Povos Indígenas Kaiowá e Guarani (AGEPEN/MS, 2019).

Esse dado se conecta com a Austrália mencionada no título. A taxa de encarceramento australiana dos aborígenes e nativos do Estreito de Torres é crescente. Dados de 2018 apontam que, apesar de representarem apenas 2% (dois por cento) da população australiana, estão super-representados com 28% (vinte e oito por cento) da população carcerária. A taxa de encarceramento alcança o estratosférico número de 2.481 detentos por 100 mil habitantes (Australian Bureau of Statistics, 2019).

Voltando à realidade sul-mato-grossense, os dados têm mais um agravante: a ausência/deficiência do policiamento, o que mascara ainda mais os dados e a conseqüente deficiência na investigação com prováveis, ou possíveis falhas na coleta das provas periciais e testemunhais. Nesse

tados pelo telefone “190” e no interior das reservas indígenas, para apuração e repressão de delitos contra a vida, patrimônio e a integridade psicofísica. Em consequência suspendo os efeitos do ofício/PGE/GAB/817/2009, da lavra do Procurador-Geral do Estado e de quaisquer atos administrativos de lavra do réu, ou de seus agentes, os quais possam ser invocados como fundamentos pelas polícias para descumprimento da presente determinação. (...) Art. 2º Acolher à sugestão do Procurador-Geral do Estado e determinar que sejam efetuados o atendimento emergencial e apuração e repressão de delitos no interior das reservas indígenas em todo o Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos das citadas decisões judiciais, enquanto estas perdurarem (Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública – MS, 2012).

ponto, cabe tecer especiais considerações sobre o papel central das lideranças na produção da prova testemunhal. Uma única liderança da terra indígena Bororo apresenta um histórico de mais de 100 participações como testemunha em infrações penais. Não é crível que tenha presenciado todos os ilícitos.

Um último e relevantíssimo ponto, conexo com o exposto anteriormente, reside no cenário de discriminação étnica apontado. Pelo menos duas decisões judiciais ordenaram o desaforamento do Júri da cidade de Dourados, em função do quadro intenso de racismo étnico detectado localmente (Desaforamento de Julgamento, 2009; 2016). As decisões, que serão abordadas em tópico específico, apontam a impossibilidade desse quadro garantir a realização de um júri imparcial. A singularidade dos casos, réus ou autores não-indígenas, não retira a validade das premissas expostas. Como permitir, nesse cenário, que júris julguem indígenas na região?

Expostas essas considerações iniciais, o presente trabalho abordará aspectos relacionados ao contexto social e histórico em que está inserido o presente processo massivo de encarceramento, contextualização das lideranças indígenas, especialmente da figura do capitão e, por fim, considerações sobre o efeito do racismo no sistema de justiça, especialmente do denominado “racismo inconsciente”.

Situação atual dos indígenas encarcerados em Mato Grosso do Sul

A primeira abordagem relevante sobre o tema ocorreu no Relatório “Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul” (CTI, 2008). Em 2005 e 2006, a pedido do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), o Centro de Trabalho Indigenista (CTI) realizou o levantamento dos detentos indígenas nos estados de Roraima, Rondônia e Mato Grosso do Sul. Nesse último estado, 119 indígenas encontravam-se em unidades prisionais no ano de 2006, sendo que a maioria deles (68) estava na unidade prisional de Dourados (AGEPEN; DGPC, 2006). Para efeitos comparativos, em 2019, há 150 indígenas presos na unidade prisional de Dourados, um crescimento de 120% (cento e vinte por cento) em 13 anos (AGEPEN/MS, 2019).

Interessante citar as conclusões do estudo de 2008 referentes às condições processuais que acarretaram as prisões indígenas:

Um aspecto relevante do diagnóstico é a constatação da pouca garantia dos direitos nos julgamentos das ações criminais. Detectaram-se ainda o descumprimento das garantias individuais na fase de execução penal, solapando direitos assegurados na legislação brasileira em geral e na legislação indigenista e, ainda, por Convenções e Declarações de caráter internacional, verificando-se, com isso, a violação dos direitos humanos. (CTI, 2008, p. 13)

Merecem destaque as observações do relatório em relação à produção de provas periciais e testemunhais:

As provas colhidas, durante o Inquérito Policial e durante o processo penal, são parciais ou insuficientes; os testemunhos oferecidos pela acusação, muitas vezes, não são contestados pelos advogados ad hoc e a defesa nem sempre produz as provas que seriam necessárias. Os próprios indígenas reconhecem a falta de defesa: “Cara lá que tem ano, passa ano e advogado nem vai lá (...)” (Parente de detento kaiowá na Penitenciária Máxima Harry Amorim Costa, em Dourados, Aldeia Bororó, Terra Indígena de Dourados, fita n.05, p. 9.). (CTI, 2008, p. 30)

O diagnóstico de violação de garantias processuais, previstas na Constituição, e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos acarretou a edição de algumas recomendações, citemos algumas:

- Criação de disciplina nos currículos das faculdades de direito que contemplem o Direito Indígena.
- Que as Universidades Públicas e Privadas fomentem estágios com atendimento às comunidades indígenas, envolvendo, preferencialmente, os acadêmicos indígenas.
- Necessidade da capacitação dos quadros administrativos regionais da Funai sobre os dispositivos contidos na Convenção 169 da OIT.
- Formação de equipes interdisciplinares com a presença de antropólogos que atuem na capacitação dos profissionais que trabalham em Delegacias de Polícia para um atendimento especializado aos indígenas.
- Capacitação dos profissionais que trabalham nos Juizados Especiais Criminais, Varas Criminais e Varas de Execução Penal sobre os direitos indígenas, ou seja, as regras constantes no Estatuto do Índio e na Convenção 169 da OIT.
- Contratação e/ou formação de especialistas em direito indígena nas Defensorias Públicas. (CTI, 2008, p. 51)

Passados treze anos, o relatório não teve seus dados atualizados. O presente artigo não teria o condão de promover a sua atualização, em fa-

ce necessidade de mais dados de campo que permitam uma atualização precisa das informações ali contidas. No entanto, é possível, à luz das informações colhidas, afirmar que houve avanços, mas insuficientes para assegurar a garantia plena dos direitos indígenas. Por exemplo, o Provimento nº 141, de 19 de agosto de 2016, dispõe sobre a presença obrigatória de intérpretes em atos legais nos quais membros de povos indígenas precisem se expressar verbalmente (Corregedoria Geral de Justiça – MS, 2016). No entanto, reportagem realizada pela Thomson Reuters Foundation apontou que a acusação “disse que a maioria dos prisioneiros indígenas compreendem as acusações atribuídas a eles e que só utiliza um método diferenciado quando os réus não têm esse entendimento”. Na visão da acusação, o provimento não seria obrigatório e que “o tratamento diferenciado” seria usado apenas “para comunidades mais alheias à civilização” (MENDES, 2019).

Tal resistência não é incomum. O domínio, muitas vezes precário, da língua portuguesa como segundo idioma pelos Kaiowá e Guarani é, não raras vezes, interpretado como competência linguística plena. Uma mera indagação poderia resolver essa dúvida: qual o idioma que o indígena utiliza no convívio doméstico, ou seja, no plano familiar. Caso a mesma seja o kaiowá ou guarani, desnecessário tecer maiores considerações sobre a necessidade de intérprete para a prática do referido ato processual.

Cenário diverso não é encontrado em relação aos laudos antropológicos: “a defensora pública Neyla Ferreira Mendes analisou os processos dos 131 indígenas presos na Penitenciária Estadual de Dourados – com capacidade para 2.400 detentos – e afirma que nenhum deles tinha intérpretes nem laudo antropológico, ambos exigidos por lei” (MENDES, 2019).

Por fim, as alegações de erros processuais e de deficiência na defesa técnica permanecem em 2019, conforme se depreende das seguintes transcrições das entrevistas realizadas pela Thomson Reuters Foundation:

“Não tenho advogado... O dia que me chamaram na delegacia, eu fui de medo... (Falaram:) ‘se você não assinar esse crime você vai apanhar’”, disse ele, questionando a conduta da polícia.

“Eu não consegui entender o que estava escrito no papel. Não fui eu que cometi esse crime”, disse Gomes, que está preso há dois anos.

(...)

Deilo Juca Pedro, de 42 anos, disse que cumpriu quase 11 anos de prisão por causa de acusações de assassinato feitas contra ele em 2007. Ele nega a autoria do crime.

“Mataram a minha sobrinha e como não acharam o autor do crime, me prenderam”, disse o indígena Kaiowá. “Não tem vida aqui nesse lugar. É muito ruim”. (MENDES, 2019)

A Fundação Nacional do Índio (FUNAI) afirma que o cerceamento das garantias processuais dos indígenas encarcerados tem reflexo direto nas restrições a visitas.

Se o indígena não está nu e fala português o juiz considera que ele não é indígena... Ou afirma que é um indígena “aculturado” e suspende todos os seus direitos específicos... É uma violação de direitos humanos... Além da condenação, eles sofrem mais nas prisões. É muito raro eles receberem visitas de seus familiares devido a dificuldades de transporte e falta de informação. (MENDES, 2019)

Encarceramento dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul: contexto social e histórico

Uma leitura fotográfica do cenário de super-representação na população carcerária dos Kaiowá e Guarani apresenta claras limitações em um processo de investigação científica. Não há como dissociar o encarceramento como mero efeito colateral de um cenário de intensa violação de direitos humanos. Essa afirmação ganha especial destaque ao compararmos a semelhança do processo de colonização australiano e o sul-matogrossense. Há uma clara associação entre um cenário de massacres, escravidão, remoção forçada de territórios tradicionais, acesso deficiente a políticas públicas e encarceramento. O presente tópico visa a efetivação dessa abordagem.

O ciclo da erva-mate em Mato Grosso do Sul representou relevante importância econômica e pode ser considerado, sobre a perspectiva dos povos indígenas, como exemplo do denominado colonialismo de exploração. A denominada colônia de exploração (*Pflanzungskolonien*) teria como objetivo “(...) a exportação de produtos primários para os países europeus. Geralmente, o número de europeus seria baixo, eles não se tornariam cidadãos locais e o uso de mão de obra da escravidão seria frequente (HEEREN *apud* MONASTERIO, 2016, p. 11).

A erva-mate representou o principal produto de exportação entre o final do século XIX e início do século XX. A pujança econômica do setor é indissociavelmente atrelada à companhia Matte Laranjeira e esta à proximidade com o Estado brasileiro. O Decreto Imperial, de nº 8799, de 9 de dezembro de 1882, concedeu a Thomaz Laranjeira vasta extensão de terras para a extração da erva-mate pelo período de dez anos. A pessoa jurídica responsável pela exploração seria a Companhia Matte Laranjeira. Em face de alterações societárias, o controle dos ervais passaria à Laranjeira, Mendes & Cia, a partir de 1902 e, finalmente, para a empresa Matte Laranjeira S.A., a partir de 1916 (MAGALHÃES, 2013, p. 47-48). Através do Decreto nº 520, de 23/06/1890, o arrendamento é ampliado bem como obtido o monopólio na exploração da erva-mate. “(...) Através da Resolução nº 103, de 15/07/1895, ela obtém a maior área arrendada, tendo ultrapassado os 5.000.000 há”, tornando-se um dos maiores arrendamentos de terras devolutas do regime republicano em todo o Brasil para um grupo particular (ARRUDA, 1986, *apud* FERREIRA, 2007, p. 31).

O tamanho, bem como o monopólio da extração sobre a totalidade da área, são alterados com a edição da lei nº 725, de 24 de setembro de 1915. A legislação permitiu o arrendamento sobre um total de 1.440.000 hectares, mas igualmente a lei liberou a venda de até dois lotes de 3.600 ha a terceiros (BRAND, 1997, *apud* FERREIRA, 2007, p. 32)².

Por intermédio da criação do Território Federal de Ponta Porã pelo Decreto-Lei nº 5.812, de 13 de setembro de 1943, o arrendamento foi extinto. Após os termos dos contratos estatais, a companhia prosseguiu com as atividades ervateiras em propriedades particulares até o ano de 1953, quando a Argentina proibiu as importações de erva-mate brasileira e paraguaia, por conta de uma superprodução de seus ervais (MAGALHÃES, 2013, p. 139).

Em 28 de outubro do mesmo ano, é criada a Colônia Agrícola Nacional de Dourados pelo Decreto-Lei 5.941. A área a ser demarcada não seria inferior a 300.000 (trezentos mil) hectares, serviço que seria realiza-

² O artigo 31º dessa lei previa: a cada um dos ocupantes de terras de pastagens e de lavou-
ras situadas dentro da área compreendida no contrato de arrendamento em vigor, será ga-
rantido dentro do prazo de dois anos, a contar de 27 de julho de 1916, a preferência para a
aquisição de uma área nunca superior a dois lotes de três mil e seiscentos hectares cada um,
ainda mesmo que dentro dessas terras existam pequenos ervais.

do pela Divisão de Terras e Colonização do Departamento Nacional da Produção Vegetal do Ministério da Agricultura.

Com a criação do referido território, inicia-se um novo modelo de colonização: o colonialismo de povoamento; o decreto-lei estabelece a “chegada dos nossos contrários”.

Couto Magalhães, integrante do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro (IHGB), deu a fundamentação teórico-econômica para o processo de dominação colonial dos povos originários em artigo publicado na revista do IHGB, em 1873, denominado “Ensaio de antropologia: região e raças selvagens”. Couto de Magalhães aborda tópicos que serão aprofundados em sua principal obra “O Selvagem”: a utilização dos povos indígenas como elemento econômico para a colonização do interior do país. Ele aponta que a sua utilização, como mão de obra nas indústrias pastoris e extrativas, representaria claros benefícios econômicos à nação. A sua substituição pela mão de obra branca, por seu turno, acarretaria a “sua destruição” ou minimante a sua “degradação”:

Se attendermos à circumstancia muito importante de que quasi todo o interior do Brasil é coberto de campos; que os matos são raros, que o velho mundo necessita mais de carne do que de café ou de assucar, e que as industrias pastoris são as que exigem menor número de braços, menor emprego de capitães, e maior extensão de terras, em comparação com outras industrias; se considerarmos ainda, que só ellas quasi que não necessitam de estradas para serem seus productos transportados à grandes distancias, *ver-se-há a immensa importancia que podem vir a ter os terrenos do interior do Brasil, desde que se' fomentem com methodo este genero de industria.* (...)

Supportará tanto mais facilmente a acção dos agentes atmosphericos, ou exhalções teluricas aquella raça que mais aclimada estiver à ellas. (...)

a raça branca, que não goza da mesma immuidade, por isso mesmo que é raça peregrina, expondo-se a ellas, *entrega-se voluntariamente ou à uma causa de destruição, ou quando menos de degradação.* (...)

As industrias extractivas do norte estão no mesmo caso, e só vivem e medram porque existe o tapuia, e já representam nas províncias do Para e Amazonas uma exportação de doze mil contos annuaes. (...)

Quem visita os seringaes da foz do Amazonas conhece logo à primeira vista, que é o tapuia e não o branco que foi creado para aquella vida. (...)

O branco no meio das florestas, com os commodos de sua civilização, é tão miseravel como o tapuia em nossas cidades com seu arco e flecha. (...)

Desde porém que, seguindo o methodo razoavel e unico productivo de empregar o homem n'aquillo que está conforme com seus habitos, se tratar de applicar o selvagem ás industrias pastorís e extractivas, industrias estas a que está reservado um grande futuro, elle se ha de prestar a elas melhor do que qualquer das raças que habitam a America, como se está prestando. (MAGALHÃES, 1873, p. 99-105)

É possível afirmar, à luz dos documentos apresentados, que a proteção dos índios não representava um fim, mas um meio para obtenção do efeito econômico desejado: a utilização da mão de obra indígena no processo de colonização do interior do Brasil. Em um cenário de carência de recursos tecnológicos para exploração das áreas, os índios representavam as “ferramentas vivas” para a extração da erva-mate e derrubada de matas para implantação de pastagens. A localização topográfica do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) na estrutura burocrática federal (vinculada ao Ministério da Agricultura, durante a maior parte do período de sua existência) não permite uma conclusão em outra direção.

Nesse vetor, temos o *Decreto-Lei nº 1.736/1939*, que subordinou o SPI ao Ministério da Agricultura. A redação legal não deixa dúvidas em relação ao desiderato estatal: “(...) de orientar e interessar os indígenas no cultivo do solo, para que se tornem úteis ao país e possam colaborar com as populações civilizadas que se dedicam às atividades agrícolas” (BRASIL, 1939).

Para que atuassem como “ferramentas vivas” a serviço do processo de colonização, a categoria jurídica era irrelevante: índios ou paraguaios. Essa assertiva pode ser verificada no exemplo da Companhia ervateira Matte Laranjeira. Até meados do século XX, a empresa era a maior contratadora de mão de obra da parte sul do então Estado de Mato Grosso. A medida visava afastar dois problemas: a contratação de mão de obra indígena e o conseqüente arrendamento de suas terras.

No final do século XIX e início do século XX, o Mato Grosso possui uma população extremamente rarefeita, não oferecendo o contingente de mão de obra necessário para o trabalho nos ervais, ou mesmo formas ágeis para atraí-lo de outras regiões do Brasil, devido à carência de vias de comunicação e de transporte (Bianchini op. cit: 172). Entre os historiadores há um consenso sobre a origem paraguaia da quase totalidade dos trabalhadores da Matte Laranjeira, o que, segundo Bianchini, é confirmado pela leitura dos documentos da empresa, entre os quais ele destaca as correspondências in-

ternas demonstrando a preocupação dos seus dirigentes frente à Lei de Nacionalização do Trabalho (Bianchini op. cit: 175-176).

(...) o argumento da mão de obra paraguaia soa mais como uma manobra da Cia Matte, para não expor o uso da mão de obra kaiowa em seus ervais. Pois, ao caracterizar seus mineiros como paraguaios, a Cia Matte se coloca à margem de duas questões controvertidas e legalmente inviáveis: o emprego da mão de obra indígena e o arrendamento de suas terras. (VIETTA, 2007, p. 62, grifos nossos)

Wolfe (2006) aponta interessantes diferenciações no tratamento racial dos negros e dos indígenas, especialmente nos EUA. Em sua visão, os negros americanos tiveram um conceito diferente de raça (regra de uma gota de sangue, *one drop rule*) em face da utilização econômica. Quanto maior o número de negros, maior o número de escravos e, conseqüentemente, da vantagem econômica dos proprietários. Os povos indígenas, de forma diversa, impediam a plena fruição de riqueza pelos colonizadores. Quanto menor o seu número, quanto mais invisibilizados ou desclassificados fossem, mais fácil seria o acesso à terra. Nos EUA, a estratégia utilizada foi a denegação de direitos aos denominados “índios misturados” (OLIVEIRA, 1998). Há a indissociabilidade entre um determinado povo indígena e seu território. Há a possibilidade de rompimento desse vínculo pela remoção, igualmente realizada, tanto nos EUA como no Brasil. Porém, há igualmente no Brasil o recurso de denegação de existência dos povos indígenas.

Eduardo Galvão, citado por Oliveira (1998), nos traz os exemplos dos índios do nordeste e da sua mestiçagem: “a maior parte vive integrada no meio regional, registrando-se considerável mesclagem e perda dos elementos tradicionais, inclusive a língua”. A clara consequência da “mestiçagem” é a perda do acesso legal aos territórios tradicionais. Como exposto igualmente por Oliveira (1998), a “mistura” acarretava a desmobilização do processo de identificação e delimitação de terras indígenas, reduzidas ao mínimo na região: “mesmo nessas poucas e pontuais intervenções, o órgão indigenista tinha de justificar para si mesmo e para os poderes estaduais que o objeto de sua atuação era efetivamente composto por “índios”, e não por meros “remanescentes”.

De dono a transgressor

El colonialismo es una persona que llega desamparada, porque el migrante europeo llega a América desamparado y que pide que

por favor le deje entrar en la casa. Y el dueño de la casa le deja entrar porque está lloviendo, porque está haciendo mal tiempo, le deja estar una noche en su casa. Y después este señor que llegó convence al dueño de la casa que como ellos son muchos y los otros son pocos, es decir, el dueño de la casa es un viejito y una viejita, que por qué no le cede una parte de la casa. Y ellos [los viejitos] se quedan con sólo una habitación. Y después, de esta habitación los pasan a la cocina. Y después, de la cocina los pasan al fondo del quintal. Y después, llega la segunda generación de estos migrantes pobres y se preguntan qué hace este señor en el fondo del quintal, de dónde vino. No se pregunta de dónde vino él [el migrante colonizador] ;De dónde vino él! Porque este señor que está en el fondo del quintal, es el dueño de la casa entera. (MELIÁ, 2012, p. 7-8)

A civilização é como o sol brilhante
Que sae do berço em flor das rosas do levante
E, vai sempre para o oeste, o zênite atingir
A marcha para o oeste, é marcha para a altura,
É marcha para o azul, para onde mais fulgura
O progresso a irradiar na glória do porvir
(...)
E mostraram ao mundo, em fantástica luz,
As lendárias regiões, onde brotam os rios,
E erram em solo de ouro os tapuias bravios
(...)
Foi marcha também dos novéis pioneiros,
A marcha de Rondon e dos seus companheiros,
Devassando a soidão dos broncos penetrais;
Marcha da nossa história, ela parte do oceano,
Para a interlândia imensa, no novo éden arcano
Em que Deus requintou os seus dons aos mortais.
(AQUINO, 1940, p. 15-16)

O colonialismo de povoamento tem o poder transmutador da realidade: o dono torna-se um desconhecido, um “mero ocupante da casa dos fundos”, na brilhante (e ao mesmo tempo dura) metáfora de Meliá. Ou, não raras vezes, torna-se o transgressor, o que não respeita os limites, o que não respeita as cercas erigidas, contra a sua vontade, sobre aquilo que já foi seu.

O poema “Marcha para o Oeste”, dedicado a Getúlio Vargas, sintetiza o projeto civilizatório: levar o sol brilhante da civilização “para a solidão dos broncos penetrais onde erram em solo de ouro os tapuias bravios” (AQUINO, 1940, p. 15-16). O arroubo poético foi ecoado no discurso estatal. Em discurso realizado em 1939, em São Paulo, Getúlio Vargas proferiu:

“caminhamos para a unidade, marchamos para o centro, não pela força de preconceitos doutrinários, mas pelo fatalismo da nossa definição racial”. Em 1940, em novo discurso realizado em Manaus, Getúlio aponta que a marcha para o Oeste era “o reatamento da campanha dos construtores da nacionalidade dos bandeirantes e sertanistas”. Em sua visão, era necessário eliminar “os vazios demográficos” e coincidir as fronteiras econômicas com as fronteiras políticas (VARGAS *apud* LENHARO, 1986, p. 56).

Nesse ponto, cabe rememorar a posição do SPI na estrutura organizacional do Poder Executivo. O *Decreto-Lei nº 1.736/1939*, subordinou o SPI ao Ministério da Agricultura e não deixa dúvidas em relação ao desiderato estatal: “(...) de orientar e interessar os indígenas no cultivo do solo, para que se tornem úteis ao país e possam colaborar com as populações civilizadas que se dedicam às atividades agrícolas” (BRASIL, 1939). Claramente, estava estabelecido o papel das populações indígenas: trabalhadores que deveriam colaborar com “as populações civilizadas”. Em caso de conflito entre a Divisão de Terras e o SPI, estava estabelecida a chave para a solução conforme verificamos neste trecho de um ofício da administrados da CAND, de agosto de 1942.

Acredito que v.s. deve saber, que tanto o Serviço dos Índios, como a Colônia Agrícola Nacional de Dourados, são dependências do Ministério da Agricultura, e nenhum diretor pode tomar qualquer medida drástica, sem autorização ministerial. (BRAND, 1999, p. 84)

Caso as soluções administrativas não fossem suficientes, restava a punição nos termos do Regulamento do SPI, conforme redação da alínea e) do art.9º do Decreto nº 10.652, de 16 de Outubro de 1942, por ser considerado prejudicial “a que pertencer, ou, mesmo, às populações vizinhas, indígenas ou civilizadas”.

e) propor ao diretor, mediante requisição do Chefe de Inspeção competente, o recolhimento à colônia disciplinar, ou na sua falta ao posto *Índigena* designado pelo diretor, e pelo tempo que este determinar nunca excedente a 5 anos, de Índio que por infração ou mau procedimento, agindo com discernimento, fôr considerado prejudicial à comunidade indígena que pertencer, ou, mesmo, às populações vizinhas, indígenas ou civilizadas. (BRASIL, 1942)

Um exemplo nos é trazido em um episódio datado de 23 de setembro de 1944. Em correspondência endereçada ao Chefe da Inspeção Regional do SPI em Campo Grande, Francisco Horta Barbosa, o chefe de

Posto da Terra Indígena de Dourados, Acácio de Arruda, narra a prisão de indígenas em decorrência de conflitos com a CAND:

(...) recebendo eu do senhor Ilderberto Silva, técnico agrícola da colônia federal, uma parte por escrito contra o índio Pedro Henrique, esta em dia de ontem 22 do corrente mês, resolvi mandar o Capitão João Fernandes, filho do ex Capitão Joaquim (...) à frente de 12 homens em arma visto que tal índio ser muito mau elemento, dei ordem para que o trouxessem preso e também todas as armas que fosse encontradas, que fizessem comparecer neste posto os índios que estivessem junto do dito Pedro Henrique e esta força partiu no mesmo dia 22 pernoidando no acampamento do Henrique com todos os índios ali existentes detidos até o dia seguinte. Hoje às 3h00 da tarde veio a este posto o Capitão Alvaro Rodrigues com expressão um tanto rude conforme vos telegrafei na mesma hora a tarde, chegou a força trazendo 22 índios inclusive o Pedro Henrique duas carabinas 44 um revólver 38 que este conseguiu com o delegado de entre rios um porte de arma e também uma garrucha 44 como já fosse tarde deixei todas as providências para o dia seguinte dia 24. Às 7h00 da noite regressou a este posto o dito capitão Alvaro Rodrigues com o fim de saber o resultado da questão, ficado um tanto desapaixionado visto os índios negarem dita forja então tanto ele como seus engenheiros ficaram muito amáveis e eu solicitei-lhes providência muita enérgica para provar a culpa dos índios e o que se prontificaram em tratar. Há um roubo de uma espingarda feito pelo índio Pedro Henrique a poucos dias e eu irei tratar com energia até aparecer dita arma. Este índio arvorou-se capitão dos índios que estariam no laranja azeda e não deixa os outros virem para o posto a pretexto de ter ele conseguido com vossa senhoria aqueles terrenos e os outros estavam crendo nele. Amanhã irei fazer um inquérito bem feito para averiguar este negócio. Penso em que este índio não deve ficar entre seus patrícios visto ser tão péssimo elemento, é perito ladrão e homicida, é enfim um perigo seria ótimo que fosse transferido deste posto para o outro bem longe. (MPF, 2014b, 2014c, 2014d)

O caso é ilustrativo de um padrão inerente ao colonialismo de povoamento. Wolfe (2006, p. 388) aponta que para se colocar no caminho do colonizador, basta ao indígena permanecer em casa. O principal motivo para eliminação do indígena não é raça, religião ou grau de civilização, mas simplesmente acesso ao território. Território é o elemento específico e irreduzível do colonialismo de povoamento.

Considerada essa lógica como premissa, a leitura da carta se torna mais clara: a) a utilização do aparato policial estatal para prender pessoas que “insistem” em permanecer no caminho dos colonizadores; b) entendemos igualmente a indignação do representante da colonizadora, na

demora de resolução da questão e de seu “incômodo” em ter que justificar de forma mais evidente o real motivo da “parte” efetuada em relação à liderança indígena; c) Entendemos, igualmente, a indignação do chefe de posto na resistência dos indígenas ao processo de remoção forçada dos territórios tradicionais para a reserva e, finalmente, entendemos como o aparelho repressor colonial funciona quando “pessoas perigosas” são encontradas com a consequente punição, por meio de prisão, ou, no caso em tela, remoção para um lugar distante.

O principal motivo para eliminação do indígena não é raça, religião, ou grau de civilização, mas, simplesmente acesso ao território. Território é o elemento específico e irreduzível do colonialismo de povoamento. A CAND (Colônia Agrícola Nacional de Dourados) produziu ao lado do “sucesso” na política de povoamento e de estímulo à produção agrícola uma massa de deslocados internos, fruto das remoções forçadas. De uma forma sucinta, podemos assemelhá-lo ao refugiado. As diferenças são basicamente duas: o fluxo migratório/deslocamento ocorre para fora dos limites do Estado Nacional e há um arcabouço jurídico internacional protetivo da condição de refugiado, o que ainda não ocorre com o deslocado interno. O antropólogo Paul Little apresenta interessante exemplificação sobre o tema:

(...) grupo compreende as vítimas de deslocamentos diretos e forçados. O maior exemplo disso, e talvez o mais brutal, na história humana foram a captura e o transporte de vinte milhões de africanos negros no comércio transatlântico de escravos nos séculos XVI a XI. Numa escala menor, mas igualmente trágica, foi a “Trilha das Lágrimas”, onde os índios Cherokee foram em massa desterrados à força de suas terras no Estado norte-americano da Geórgia, para serem levados contra vontade para o Estado árido de Oklahoma, num processo que matou três quartos desse povo. (LITTLE, 1994, p. 8-9)

Como exposto, a ausência de estatuto jurídico alcança igualmente a univocidade do estabelecimento de definições para o conceito de Deslocado Interno. Nos filiamos ao conceito exposto no Relatório de Pesquisa do Comitê Norueguês para Refugiados que estabeleceu como deslocados internos os derivados da “(...) longa política (implementada por décadas) de alterar a composição demográfica de uma determinada região pela retirada ou expulsão de populações indígenas consideradas indesejá-

veis com sua consequente substituição por outras populações” (GLOBAL IDP, 2002, p. 6).

IndirectRule e o “Capitão”: a interação dos órgãos de segurança com as lideranças indígenas

A ausência/deficiência do policiamento ostensivo, já exposto, especialmente do denominado policiamento comunitário (ou de aproximação) acarreta uma clara dificuldade no processo investigativo: a obtenção de fontes independentes. Ainda que exista uma eventual multiplicidade de testemunhas, há uma clara intermediação da sua localização/identificação por intermédio do capitão. Apenas uma liderança da terra indígena Bororó apresenta um histórico de mais de 100 participações como testemunha em infrações penais. Não é crível que tenha presenciado todos os ilícitos. Os números igualmente podem indiciar algo mais grave, a substituição da lavratura das ocorrências por agentes privados. Nesse ponto, cabe esclarecer que não se trata de eventual crítica ao reconhecimento autonomia dos povos indígenas e da consequente possibilidade do convívio de diversas ordens jurídicas, o denominado Pluralismo Jurídico. O problema residiria no caráter híbrido: a utilização de estruturas supostamente tradicionais para efetuação do trabalho investigativo (e, não raras vezes, de repressão policial) e do aparelho judiciário estatal para aplicação das sanções. Examinemos alguns exemplos:

O relato do policial Alessandro Silva Ferreira no auto de prisão em flagrante confirma que a polícia foi chamada pela liderança indígena e que ao chegar no local o réu tinha se escondido num matagal com a vítima, o barraco estava cheio de sangue, e só no dia seguinte conseguiram localizar a vítima e o réu, e a vítima estava bastante lesionada, debilitada e com ferimentos graves, tendo ficado toda aquela noite sem socorro médico, estando bastante debilitada. (Apelação – 1ª Câmara Criminal, 2018)

De pontuar, aliás, que a testemunha Ivan Cleber de Souza, que exerce a função de liderança na aldeia, em juízo revelou que, ao comparecer à residência de Cleisson, na busca de responsáveis pelo assassinato ocorrido, espantou-se ao saber que a vítima havia entrado em óbito (01'19”), depreendendo-se não ter havido pacto anterior visando ceifar a vida da vítima, movidos por razões de somenos importância, ou seja, o noticiado enfrentamento físico. (Apelação – 3ª Câmara Criminal, 2019)

“É líder da Aldeia Rancho Jacaré e que recebeu a notícia de que havia um homem morto com várias facadas próximo à quadra de esportes da aldeia.

Fez contato com os Investigadores de Polícia de Laguna Carapã que chegou ao local para investigar o crime. A perícia de Dourados também se fez presente no local. Que o corpo de Ranulfo estava estendido ao solo com diversas facadas na região do abdômen, peitoral, pescoço, face além de uma facada nas costas. *Que auxiliou a equipe de investigadores na tradução com os habitantes da aldeia, sendo que, em entrevista a autoria Malquia relatou que na madrugada estava (Malquia, Cleide, Rubens, Silvio, e Cláudio) bebendo pinga e em dado momento resolveram roubar a vítima fatal, sendo que Malquia e Cleide foram até a casa de Ranulfo dizendo que queriam fumar e o convidaram pra ir até a quadra juntamente com elas e que chegando à quadra incitaram uma briga e perceberam que a vítima fatal estava portando uma faca.* (Apelação – 3ª Câmara Criminal, 2018).

Nota-se, ademais, dos relatos apresentados em juízo por Linda Jucá, Vilmar Martins, da liderança da aldeia, e Silvio Deleão Machado, presidente do conselho da aldeia, a unanimidade em afirmarem que Elinho e seus familiares *nunca se envolveram em brigas, confusões ou crimes na aldeia, sendo que não possuem histórico de qualquer transgressão.* (Apelação – 3ª Câmara Criminal, 2017)

O hibridismo não acarretaria maiores problemas se houvesse o atendimento de dois pontos: a) O pleno conhecimento das lideranças e, conseqüentemente, da sua rede de parentesco e das rivalidades locais, o que preveniria o controle de eventuais conflitos de interesses no auxílio à apuração/indicação de testemunhas; e b) Conhecimento de suas limitações, especialmente em comunidades densamente povoadas como, por exemplo, a TI Dourados, com aproximadamente 15.000 (quinze mil) pessoas e da TI Amambai, com aproximadamente 10.000 (dez mil) pessoas. Não é crível que exista uma onisciência de todos os fatos que ocorram em comunidades com porte de cidades.

Um elemento adicional a trazer dificuldades ao processo, já complicado, decorrente do hibridismo, é o próprio desconhecimento, pela sociedade envolvente, do processo de escolha das lideranças e de como o estado atuou para a implementação de sua atual configuração.

O processo de interferência na escolha de lideranças para as comunidades Kaiowá e Guarani de forma incipiente pode ser reportado ao final do século XIX, conforme pode ser deduzido do seguinte trecho da obra de Nimuendaju.

Antigamente os Guarani não reconheciam outro líder que o pajepincipal. Mas, quando passaram a se relacionar com as autoridades

des brasileiras, estas – “que jamais haviam levado em consideração os costumes e necessidades destes bugres” – nomearam principais todos aqueles que prometiam usar essa autoridade da melhor forma possível em favor dos que os nomearam. Qualquer delegadozinho das localidades vizinhas julgava-se no direito de influir de maneira civilizada sobre os “bugres”, nomeando ou destituindo chefes. As coisas pioravam, no entanto, quando alguns do bando conseguiam fazer uma viagem até o presidente do estado ou mesmo da federação. (...) Àqueles pretendentes, contudo, o Governo conferia uniforme e patente de capitão, presenteando-os generosamente; tampouco faltavam recomendações de manter a autoridade conferida perante os companheiros de tribo. Pode-se imaginar as conseqüências: uma parte do bando se mantém fiel a seu líder tradicional e declara hostilidade aberta ao pretendente; uma outra submete-se a ele por medo ao Governo (...). (NIMUENDAJU, 1987[1914], p. 75)

No início do século XX, após a criação do SPI, o processo de implantação da *Indirect Rule* nas comunidades Kaiowá e Guarani passa a ocorrer de forma burocratizada com a criação das reservas indígenas e consequente designação do capitão pelos chefes de Postos Indígenas³. Ressalte-se que a instituição do capitão subverteu a lógica sociopolítica tradicional desses grupos, uma vez que a imposição da força e a escolha externa substituíram um poder tradicionalmente descentralizado.

O poder das lideranças tradicionais se fundamentava em três elementos complementares: “(...) sua capacidade de falar, convencer e construir consensos internos (sua fala só tinha força enquanto manifestação desse consenso construído), tamanho de sua família extensa (parentes) e sua generosidade”. Referindo-se ao período colonial, Susnik (1979-1980) aponta para a existência de lideranças tradicionais tanto no âmbito das famílias extensas as *te'ýji*, cujos líderes eram os *tuwicha*, quanto no *tekoha*⁴, em que os líderes tinham maior prestígio e influência, sendo chamados de *tuwicharuwicha* – equivalente a líder do *tekoha*. Percebe-se que as lide-

³ Unidade descentralizada na estrutura organizacional do SPI, responsável pela relação direta com os indígenas residentes em Reservas Indígenas.

⁴ A definição do conceito de *tekoha* é tema de caloroso debate no campo da etnologia e da história indígena (CAVALCANTE, 2013, p. 75-84). Em síntese, considero-a como uma categoria que expressa um dos níveis da organização social kaiowá e guarani que engloba algumas famílias extensas unidas por forte aliança política e religiosa. Além disso, o termo é utilizado para se referir ao espaço territorial onde tais relações sociais se desenvolvem no plano histórico.

ranças tradicionais eram reconhecidas fundamentalmente por seus laços de parentesco e pela capacidade de construir consensos de forma pacífica, por isso a boa desenvoltura fala era e é tão importante.

Atualmente, a liderança tradicional também é denominada como “cacique”, conforme expõe o indígena Gonçalves, citado por Brand (2001, p. 71): “o cacique mesmo que mandava ali (...). Naquela época não existia também esse chefe de posto, não existia o lugar, o lugar do capitão, era o cacique mesmo”.

A criação da figura do capitão nas reservas indígenas do atual Mato Grosso do Sul remonta aos primeiros anos de atividade do Serviço de Proteção Indígena (SPI), órgão indigenista oficial na época, criado em 1910. No caso da Reserva de Caarapó, por exemplo, o primeiro capitão foi nomeado em 1920 (BRAND, 2001). O papel dessa personagem está potencialmente carregado de conflitos e ambivalências, pois para se manter no poder ele tem de atender a pressões e a demandas vindas simultaneamente de duas direções: dos seus parentes e da comunidade indígena de abrangência da “sua administração” e da administração estatal, que exerce por meio dele o que vem a ser chamado na antropologia da política de “governo indireto”.

A substituição da liderança tradicional pela estrutura colonial era efetivada a partir da discricionariedade de escolha por parte do representante do SPI, sem qualquer respeito aos processos próprios de organização. Ponto interessante é que o processo de seleção não obedecia aos critérios antropológicos relatados por Malinowski com a consequente exacerbação dos conflitos internos e a seguida erupção da violência, semelhante ao exposto por Bartes (1960). É o que podemos observar da seguinte transcrição ao responder a crítica apresentada pelo jornal “O Democrata”, periódico que circulava na cidade de Campo Grande sobre o processo de seleção do capitão:

Em 22 de novembro de 1955.

Ao Sr. Encarregado do PI Francisco Horta (...)

Com referência ao artigo publicado no Jornal “O Democrata” esta chefia não tomou conhecimento por ser sem fundamento e descaído, por isso nada vos mandou dizer.

A eleição entre os índios para escolherem seus chefes, é um caso rotineiro e da competência dos Agentes Encarregados dos Postos. Todavia observa-se que tal medida, bem intencionada como é, traz alguns inconvenientes, que é de ensinar política entre os índios, e

nesse Posto com o agravante da infiltração comunista, que só trará encomodo (sic) e aborrecimentos, no entanto, a autoridade do Posto é o Encarregado do mesmo, que agirá como julgar para resolver os problemas da sua administração, e só as autoridades do Serviço compete intervir e não correspondente de Jornal fazer censura, de atos relacionados com indios.

Referente a chefia dos indios, si (sic) bem que os nossos Regimentos e Regulamentos não tratem dessa parte, porem, o que melhor resultado tem dado é o Encarregado do Posto que *deverá observar qual o indio mais respeitado ou respeitável dentre os demais, e designar para chefe dos mesmos, e manda ele escolher seus auxiliares: um para substituto e mais uns 2 ou 3 que feito assim comunica a Chefia e esta expedirá Portarias dessas designações, ficando, assim organizada a Policia Indígena do Posto, a quem fica a cargo resolver os casos entre os indios.* (BRASIL, 1955, grifos nossos)

Mesmo na contemporaneidade, após a Constituição de 1988, que formalmente derrubou o poder tutelar, as questões relacionadas à capitania seguem gerando contendas. Citamos, por exemplo, as disputas violentas ocorridas nas Terras Indígenas Limão Verde (2005) e Porto Lindo (2006), casos analisados por Tônico Benites (2009). Esse autor também tece considerações sobre dois temas relevantes associados à violência. O primeiro se refere à prática de atos de violência pelo Capitão (Corolário da necessária utilização da força para promoção da obediência) (BARNES, 1960). O segundo, corolário deste, é a utilização de “fofocas” para, mediante agressões fictícias (ou mesmo reais), reclamar perante os órgãos estatais para a troca do capitão (com a provável assunção de grupo ligado ao denunciante).

Ele pode também estabelecer uma aliança com políticos municipais, estaduais e federais. Além disso, o capitão atualmente tem acesso direto ao organismo civil, militar e federal, contando com a força policial para manter a “ordem” nas aldeias. Assim ele se sobrepõe aos seus adversários políticos.

Diante disto, as famílias não representadas pelo capitão, às vezes fazem manifestações e fofocas contra ele, pedem com frequência por meio de documentos escritos a sua exoneração e reivindicam aos agentes indigenistas novas eleições. As famílias adversárias fazem também manifestações em grupo contra os atos de violência e prisões comandadas pelos capitães (BENITES, 2009, p. 90). Na linha traçada por Malinowski (1945, p. 147), a imposição da *indirectrule* visava promover “(...) uma lide-

rança local devotada, dependente, controlada, mas poderosa, rica e satisfeita”.

Racismo nos julgamentos: o necessário enfrentamento do tema

O Mecanismo de Especialistas da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos dos Povos Indígenas reconhece que “é forte a discriminação contra os indígenas nas prisões brasileiras” e que há um “racismo institucional em todos os níveis em relação aos povos indígenas, tanto que o tema é pouco discutido, está invisibilizado” (MENDES, 2019).

Não há dúvidas sobre a onipresença do racismo, especialmente em relação aos Povos Indígenas na sociedade sul-mato-grossense. Surge a óbvia pergunta: o racismo é portátil? Pode ser guardado em um escaninho na entrada dos fóruns criminais? Ou seja, ao lado das controláveis violações de garantias processuais (direito ao intérprete, ao laudo antropológico, ao contraditório) reside uma mais complexa: o direito ao efetivo processo legal, a um efetivo julgamento justo. A obtenção desse resultado passa, necessariamente, pelo estabelecimento de balizas que permitam a minimização dos efeitos do racismo nos resultados dos julgamentos.

A Constituição estabelece a plenitude da defesa nos julgamentos do júri. É sabido e consabido que a plenitude de defesa assegura uma maior garantia processual ao réu, compatível com o julgamento por juízes leigos e, obviamente, incompatível com juízes leigos racistas. Reafirmamos que não se trata de mera ilação, mas verdadeiro truísmo na sociedade local, devidamente referendada em decisões judiciais. Citemos as decisões sobre desaforamento trazidas no início do presente artigo:

A moção de protesto da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, em 2003, contra as invasões de propriedades particulares pelas comunidades indígenas (doc. 15 e 16 – fls. 581/587), e as diversas matérias na imprensa sul-matogrossense, nas quais se divulgam conceitos desfavoráveis aos indígenas em geral (doc. 17 a 21), juntadas pelo Ministério Público Federal, bem demonstram as pré-noções desfavoráveis aos índios dissipadas nos locais e regionais não-índios. Por sua vez, o arrolamento do jornalista Osmar Santos, autor de matérias a respeito, como testemunha dos réus para depor perante o Tribunal do Júri, naquela ação penal nº 2003.60.02.000374-2 (doc. 22 – fls. 603/605), evidencia que essas pré-noções desfavoráveis dissipadas entre os locais e regionais não-

índios interferirão, de maneira substancial, no julgamento dos fatos pelo corpo de jurados, composto por não-índios, como bem registrado na conclusão da Nota Técnica. (...)

Em casos que tais, onde a transcendência do crime – *envolvendo conflito latente da comunidade de índios e não-índios* – aliada a sua repercussão regional, nacional e internacional, a jurisprudência tem entendido que, em decorrência da análise do caso concreto, poderá ser o julgamento desafortado para Foro não contíguo, onde poderão ser observadas todas as garantias que revestem o julgamento. *Existente dúvida fundada sobre a imparcialidade do júri a justificar o desafortamento, o critério da proximidade deve nortear a decisão do tribunal.*

Constatada a existência de fatos contrários à realização do júri nas comarcas vizinhas, cumpre proceder ao deslocamento para aquela que, embora não seja a mais próxima ao distrito da culpa, é a mais categorizada para assegurar a almejada intangibilidade do julgamento. (Desafortamento de Julgamento, 2009)

A tensão atual e a extensão do conflito na região vem também comprovada pelas matérias jornalísticas nacionais e internacionais colacionadas pela Procuradoria Federal às fls. 19/45, e a “paixão” com que o tema é tratado também vem muito bem demonstrada pelas declarações do assistente de acusação ao se referir ao laudo pericial antropológico de “fajuto”, ou fornecer declarações à imprensa regional contrárias ao desafortamento, *ao argumento de que a população de São Paulo não sabe que o “índio fuma crack, que índio rouba, que índio estupra criança de 9 anos”* (fls. 52/54). (...)

Visto por este ângulo, neste feito, com muito mais razão, faz-se necessário a mesma medida, vez que os indígenas, nos autos de nº 0001109-22.2007.403.6002, são réus, e as vítimas, policiais civis.

Vale ressaltar que a dúvida sobre a imparcialidade do júri a justificar o desafortamento são também os entendimentos do Ministério Público Federal e do Juiz natural da causa.

Dessa forma, o conflito pulsante entre índios e não índios no Estado do Mato Grosso do Sul, acirrado pelos fundamentos étnicos, históricos, culturais, econômicos e etc. de ambos os lados, somado à sua repercussão regional, nacional e internacional, permitem e muito bem justificam que o julgamento seja desafortado para Foro não contíguo, onde poderão ser asseguradas todas as garantias necessárias para desejada intangibilidade do julgamento. (Desafortamento de Julgamento, 2016)

Como elementos de suporte para a busca de soluções para o enfrentamento do tema, utilizaremos a experiência americana em relação aos efeitos do racismo, em especial dos estereótipos raciais, nos julgamentos de réus negros. Nesse ponto, de forma ainda que aparentemente contraditória, a maior ameaça ao julgamento justo não é a pessoa mani-

festamente racista, mas aquela que não se considera. Albert Memmi traz interessante reflexão sobre o tema ao abordar o “colonizador de boa vontade”, supostamente menos apegado aos valores metropolitanos:

No início, comeu o cuscuz por curiosidade, agora o prova de vez em quando por educação: “Empanturra, embrutece e não alimenta, é empanzinador”, diz ele bem-humoradamente. Ou, se gosta do cuscuz, não pode suportar esta “música de feira” que o agarra e o atordoa quando passa diante de um café; “Por que tão alto? Como é que eles fazem para se ouvir?” Ele sofre com esse cheiro de gordura velha de carneiro que empesteia a casa desde o desvão da escada, onde mora o vigia colonizado. Muitos traços do colonizado o chocam ou o irritam; ele tem repulsas que não consegue ocultar e que manifesta por meio de observações que lembram curiosamente as do colonialista. (MEMMI, 2007, p. 61)

Como complemento, Memmi traça importantes observações sobre o processo nocivo de construção de estereótipos associados ao racismo. Estereótipos estes associados por racistas e supostamente não-racistas a um determinado grupo:

Consideremos, nesse retrato-acusação, o traço da preguiça. Ele parece reunir a unanimidade dos colonizadores, da Libéria ao Laos, passando pelo Magreb. É fácil ver até que ponto essa caracterização é cômoda. Ela ocupa um lugar de destaque na dialética: enobrecimento do colonizador – rebaixamento do colonizado. Além disso, é economicamente frutífera. (...)

Mas o colonizado é mesmo preguiçoso?, insistirão. A questão, para dizer a verdade, está mal colocada. *Além do fato de que seria preciso definir um ideal como referência, uma norma, variável de um povo a outro, pode-se acusar de preguiça um povo inteiro?* E possível suspeitar de indivíduos, que podem até ser muitos em um mesmo grupo (...). O que é suspeito é que a acusação não visa apenas ao trabalhador agrícola ou ao habitante das favelas, mas também ao professor, ao engenheiro ou ao médico, que fornecem as mesmas horas de trabalho que seus colegas colonizadores, *enfim, a todos os indivíduos do agrupamento colonizado. O que é suspeito é a unanimidade da acusação e a globalidade de seu objeto.* (...)

De fato, não se trata de modo algum de uma observação objetiva e, portanto, diferenciada, e submetida a prováveis transformações, *mas de uma instituição-, por meio de sua acusação, o colonizador institui o colonizado como ser preguiçoso. Decide que a preguiça é constitutiva da essência do colonizado.* Isto posto, torna-se evidente que o colonizado, *qualquer que seja a função que assuma, qualquer que seja o zelo com que a ela se dedique, nunca será nada além de preguiçoso.* Voltamos sempre ao racismo, *que é precisamente uma substantificação, em benefi-*

cio do acusador, de um traço real ou imaginário do acusado. (MEMMI, 2007, p. 118-119)

Essa “substantificação”, com o entendimento de que determinada característica “é constitutiva da essência” do outro, acarreta evidentes consequências, especialmente em situações-limite. Por exemplo, um jurado que atribua a característica de que todos os Kaiowá e Guarani “fumam crack, roubam e estupram crianças de 9 anos” decidirá de que forma em caso de dúvida sobre a prática de determinado crime violento? Na sociedade americana, essa pergunta já foi respondida em diversos estudos que mostram a associação de negros com características pessoais indesejáveis como preguiça, incompetência, hostilidade e falta de patriotismo (CARPENTER, 2002, p. 5). Samuel Sommers e Phoebe Ellsworth publicaram diversos estudos relacionados ao efeito da raça em julgamentos. Os estudos apontam a existência de preconceito de jurados brancos em face de réus negros com o consequente impacto nas decisões. Os estudos igualmente apontaram que jurados seriam mais propensos a externar os preconceitos quando confrontados com crimes estereotipicamente relacionados com a raça. Por exemplo, crimes de colarinho branco, como corrupção ou peculato, seriam associados a criminosos brancos. Por seu turno, crimes violentos como roubo e estupro, seriam associados a criminosos negros (THOMPSON, 2019, p. 2-3). Complemento interessante ao tema nos é trazido por Carpenter (2002) ao abordar a temática do denominado “racismo inconsciente” e a sua consequente conexão com estereótipos:

O racismo inconsciente surge de pontos de vista, medos e estereótipos dos quais as pessoas não estão cientes. Um juiz federal escreveu que “a raiz do racismo inconsciente pode ser encontrada nas psiques latentes de americanos brancos que foram inundados por séculos com mitos e falácias de sua superioridade sobre a raça negra”, e que uma forma de “negligência benigna” substituiu a discriminação explícita e intencional. Esse preconceito sutil se forma ao longo de anos de experiências sociais e culturais acumuladas”. Trata-se de um preconceito social arraigado, que a maioria dos americanos brancos nega ter. (...)

O racismo inconsciente freqüentemente influencia a percepção da credibilidade das testemunhas. Juízes e advogados trazem estereótipos preconcebidos e inconscientes aos julgamentos, e esse viés sutil pode influenciar o curso e o resultado de um julgamento. Um exemplo desse viés sutil é quando os juízes tomam decisões baseadas em suas experiências de vida e estereótipos inconscientes de testemunhas e partidos. Por

exemplo, um juiz que desconfia subconscientemente dos negros pode ter a tendência de classificar seu testemunho como não confiável e usar a regra do boato para mantê-lo afastado. Especificamente, se uma testemunha negra está testemunhando por um réu negro, o juiz pode estar mais propenso a excluir o testemunho com base no fato de que ele não tem valor probatório ou não é confiável. (CARPENTER, 2002, p. 15)⁵

A exposição dessas considerações fundamenta uma pergunta que, necessariamente, tem de ser respondida: qual o papel, ou melhor, a influência do racismo, consciente ou não, na análise das provas, dos testemunhos, das decisões e das penas dos Kaiowá e Guarani no estado de Mato Grosso do Sul? Uma pergunta que já foi respondida pela Suprema Corte Americana, ainda que em um contexto racial diverso. No caso *Pena-Rodriguez*⁶, julgado em 2017, a Suprema Corte Americana reconheceu que a discriminação racial é especialmente danosa na prestação da tutela jurisdicional. E reconheceu como um “mal recorrente e familiar” que caso não seja enfrentado “acarretaria danos sistêmicos à prestação da tutela jurisdicional” (THOMPSON, 2019, p. 1).

⁵ Unconscious racism arises out of viewpoints, fears and stereotypes of which people are unaware. One federal judge wrote that “[t]he root of unconscious racism can be found in the latent psyches of white Americans that were inundated for centuries with myths and fallacies of their superiority over the black race,” and that a form of “benign neglect” has replaced overt and intentional discrimination.² This subtle prejudice forms over years of accumulated social and cultural experiences.³ It is an entrenched social bias, which most white Americans would deny holding. (...) Unconscious racism often influences the perception of witness credibility.⁴ Judges and lawyers bring preconceived and unconscious stereotypes to trials, and this subtle bias can influence a trial’s course and outcome.⁵ One manifestation of this subtle bias is when judges make credibility decisions based on their life experiences and unconscious stereotypes of witnesses and parties. For example, a judge who subconsciously distrusts black people may tend to disregard their testimony as unreliable and use the hearsay rule to keep it out. Specifically, if a black witness is testifying for a black defendant, the judge may be more likely to exclude the testimony on the basis that it lacks probative value or is unreliable.

⁶ O caso examinou se declarações racistas de um determinado jurado influenciaram a decisão de condenação. Um dos jurados teria declarado, durante as deliberações para decisão do veredito, que “Eu penso que ele seja culpado porque é mexicano. Mexicanos fazem o que querem. Nove de cada dez mexicanos são culpados de agressões contra mulheres e meninas” (THOMPSON, 2019, p. 8). “Que considerava que o réu era culpado porque, em sua experiência como ex-agente policial, mexicanos entendem que podem fazer o que quiserem com as mulheres” (THOMPSON, 2019, p. 27). O jurado teria declarado igualmente que não acreditava no alibi do réu porque a testemunha era “um imigrante ilegal” (THOMPSON, 2019, p. 13). Não é difícil associar as mesmas declarações, ainda que em um contexto processual diverso, a estereótipos associados aos Kaiowá e Guarani. Há o estereótipo de que o “estupro seria uma prática cultural” e que boa parte dos indígenas seria “paraguaias”.

Conclusão

Dados do CNJ (2019) referentes a 2014 apontam que, “de acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é de 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para 300”. Dados mais recentes, de 2016, apontam uma ligeira elevação para 313 presos por 100mil habitantes (ALMEIDA; MARIANI; OSTETTI, 2019).

Em relação aos Povos Indígenas, a média alcança 520 presos por 100 mil habitantes em um cenário conservador, estimando-se uma população de 50 mil integrantes dos Povos Indígenas Kaiowá e Guarani (A-GEPEN/MS, 2019). A taxa de encarceramento é, aproximadamente, o dobro da média nacional, três vezes a média mundial e se aproxima da média americana, reconhecidamente a maior do mundo.

Esse dado se conecta com a Austrália mencionada no título. A taxa de encarceramento australiana dos aborígenes e nativos do Estreito de Torres é crescente. Dados de 2018 apontam que, apesar de representarem apenas 2% (dois por cento) da população australiana, estão super-representados com 28% (vinte e oito por cento) da população carcerária. A taxa de encarceramento alcança o estratosférico número de 2.481 detentos por 100.000 habitantes (Australian Bureau of Statistics, 2019).

As conclusões contidas no Relatório “Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul” (CTI, 2008) apontaram a não-observância de garantias processuais como uma das causas subjacentes ao fenômeno:

Um aspecto relevante do diagnóstico é a constatação da pouca garantia dos direitos nos julgamentos das ações criminais. Detectaram-se ainda o descumprimento das garantias individuais na fase de execução penal, solapando direitos assegurados na legislação brasileira em geral e na legislação indigenista e, ainda, por Convenções e Declarações de caráter internacional, verificando-se, com isso, a violação dos direitos humanos. (CTI, 2008, p. 13)

Merecem destaque as observações do relatório em relação à produção de provas periciais e testemunhais:

As provas colhidas, durante o Inquérito Policial e durante o processo penal, são parciais ou insuficientes; os testemunhos ofereci-

dos pela acusação, muitas vezes, não são contestados pelos advogados ad hoc e a defesa nem sempre produz as provas que seriam necessárias. Os próprios indígenas reconhecem a falta de defesa: “Cara lá que tem ano, passa ano e advogado nem vai lá (...)” (Parente de detento kaiowá na Penitenciária Máxima Harry Amorim Costa, em Dourados, Aldeia Bororó, Terra Indígena de Dourados, fita n.05, p. 9.). (CTI, 2008, p. 30)

As conclusões permanecem atuais: “a defensora pública Neyla Ferreira Mendes analisou os processos dos 131 indígenas presos na Penitenciária Estadual de Dourados – com capacidade para 2.400 detentos – e afirma que nenhum deles tinha intérpretes nem laudo antropológico, ambos exigidos por lei” (MENDES, 2019). A mesma afirmação pode ser efetuada em relação às alegações de erros processuais e de deficiência na defesa técnica, conforme se depreende das transcrições das entrevistas colhidas pela Thomson Reuters Foundation, anteriormente transcritas.

Não há como dissociar o encarceramento como mero efeito colateral de um cenário de intensa violação de direitos humanos. Essa afirmação ganha especial destaque ao compararmos a semelhança do processo de colonização australiano e o sul-mato-grossense. Há uma clara associação entre um cenário de massacres, escravidão, remoção forçada de territórios tradicionais, acesso deficiente a políticas públicas e encarceramento.

A suposta superação do paradigma assimilacionista/segregacionista pela Constituição de 1988 não se refletiu em políticas públicas etnicamente orientadas: o diverso permanece um desconhecido ou um invisível. Comparada à sociedade circundante, os números escancaram as graves desigualdades horizontais⁷. Cabe mencionar que, via de regra, as políticas públicas governamentais se transvestem em meras publicizadas políticas: se encontram previstas na legislação, na propaganda governamental, mas se encontram ausentes ou deficientemente presentes na vida dos Kaiowá e Guarani.

Biolsi (2001, p. 1) registra que, “(...) em decorrência de profundos ressentimentos, as pessoas que residem nos estados onde habitam as po-

⁷ Desigualdades horizontais “(...) son desigualdades entre grupos determinados dentro de una cultura, grupos cuyos miembros se distinguen del resto de la sociedad, por ejemplo, por cuestiones de raza, grupo étnico, religión, secta, región, etcétera” (STEWART, 2010, p. 270). Estas desigualdades, derivan majoritariamente de um tratamento discriminatório: “(...) la desigualdad grave entre grupos casi siempre es señal de la existencia de algún tipo de injusticia y no solo de diferencias en las capacidades de los individuos” (STEWART, 2010, p. 271).

pulações indígenas são frequentemente considerados os seus inimigos mais mortais (...)"'. A afirmação contida em um julgamento (United States vs Kagama) de 1886 permanece extremamente atual. De forma concreta, uma base política fundada, majoritariamente, em produtores rurais, direta ou indiretamente envolvidos com conflitos presentes ou passados, se reflete nas políticas estaduais e municipais, endereçadas aos povos indígenas, em replicação do epíteto americano de "Inimigos mais mortais".

As decisões judiciais sobre desaforamento de processos judiciais federais explicitam esse quadro. É possível afirmar que a maioria da população do estado de Mato Grosso do Sul tem uma reação em relação aos povos indígenas que varia entre a indiferença, igualmente hostil⁸, e a inegável discriminação.

Nesse ponto, urge a necessidade de adoção de balizas procedimentais que assegurem a plena concessão das garantias processuais bem como eliminem (ou, pelo menos minimizem) a influência da discriminação nos processos envolvendo integrantes dos povos indígenas Kaiowá e Guarani. Nesse ponto, sugere-se a replicação da interessante experiência americana que prevê questionamentos sobre preconceitos étnicos ou raciais por ocasião da escolha de jurados.

O interrogatório que o juízo de primeira instância impunha para o processo de seleção de jurado... incluía questões que tornavam evidente o racismo ao mesmo tempo em que exigiam que os potenciais jurados fizessem mais do que simplesmente negar que eram racistas. O interrogatório incluiu as seguintes perguntas:

Você acredita que certas raças ou grupos étnicos tendem a ser mais violentos que outros? Se sua resposta for sim, indique quais raças e grupos étnicos você acredita serem mais violentos.

Você já teve uma experiência ruim envolvendo uma pessoa cuja raça é diferente da sua? Se sua resposta for sim, descreva qualquer experiência desse tipo.

Como você se sentiria se uma família de uma raça diferente se tornasse seu vizinho? As opções de resposta incluíam "Eu aprovaria", "Eu ficaria indiferente porque a raça dos meus vizinhos não faz di-

⁸ "Indiferença hostil", o termo cunhado por Yehuda Bauer (1979), para descrever a relação da população polonesa, não-judaica, em relação às violações massivas de direitos humanos das comunidades judaicas confinadas nos guetos do país. "Nos guetos, a população judaica estava faminta e era dizimada pelas doenças e pelo trabalho forçado. Além disso, eram cercados por uma população gentia cuja reação, ao sofrimento judaico, variava entre uma indiferença, majoritariamente hostil e uma aberta inimizade ou ódio em relação às vítimas."

ferença alguma para mim“, e “eu seria contra“. (THOMPSON, 2019, p. 46)

Referências

AGEPEN/MS (Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário – MS). (09 de 04 de 2019). *Rel. de indígenas, proc. e cond. pela Justiça Est./ Fed.-e estrangeiros/ref.fevereiro-fec./28-02-2019*. Disponível em: <http://www.agepen.ms.gov.br>.

ALMEIDA, R.; MARIANI, D.; OSTETTI, V. (09 de 04 de 2019). *Lotação de presídios e taxa de encarceramento aqui e no mundo*. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br>.

APELAÇÃO – 1ª Câmara Criminal, 0012131-74.2012.8.12.0002 (Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul 26 de 06 de 2018).

APELAÇÃO – 3ª Câmara Criminal, 0003071-09.2014.8.12.0002 (Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul 5 de 10 de 2017).

APELAÇÃO – 3ª Câmara Criminal, 0006535-70.2016.8.12.0002 (Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul 09 de 08 de 2018).

APELAÇÃO – 3ª Câmara Criminal, 0008702-26.2017.8.12.0002 (Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul 21 de 03 de 2019).

AUSTRALIAN BUREAU OF STATISTICS. (04 de 09 de 2019). *Prisoners in Australia*, 2018. Disponível em: <https://www.abs.gov.au>.

BARNES, J. A. Indigenous Politics and Colonial Administration with Special Reference to Australia. *Comparative Studies in Society and History*, v. 2, n. 2, p. 133-149, jan. 1960.

BAUER, Yehuda. Forms of Jewish resistance during the Holocaust. In: _____. *The Jewish emergence from power lessness*. Toronto: University of Toronto Press, 1979.

BENITES, Tônico. *A Escola na ótica dos Ava Kaiowá: impactos e interpretações indígenas*. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

BIOLSI, Thomas Deadliest Enemies. *Law and the marking of race relations on and off Rosebud Reservation*. California: University of California Press, 2001.

BRAND, Antônio. “O bom mesmo é ficar sem capitão”: o problema da “administração” das reservas indígenas Kaiowá/Guarani, MS. *Tellus*, v. 1, n. 1, p. 67-88, out. 2001.

BRAND, Antônio. “Quando chegou esses que são nossos contrários”- a ocupação espacial e o processo de confinamento dos Kaiowá/ Guarani no Mato Grosso do Sul. *Multitemas*, [S.l.], jul. 2016. Disponível em: <http://www.multitemas.ucdb.br>.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto Imperial, de nº 8799, de 9 de dezembro de 1882*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 5.484 de 27 de junho de 1928*. Regula a situação dos índios nascidos no território nacional. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 1.736, de 3 de novembro de 1939*. Subordina ao Ministério da Agricultura o Serviço de Proteção aos Índios. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei nº 1.886, de 15 de dezembro de 1939*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei nº 3.059, de 14 de fevereiro de 1941*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>.

CARPENTER, A. E. Chambers v. Mississippi: the hearsay rule and racial evaluations of credibility. *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, p. 15, 1 de 04 de 2002.

CTI (Centro de Trabalho Indigenista). *Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul*. Brasília: CTI, 2008.

CJJ (Conselho Nacional de Justiça). (09 de 04 de 2019). *Cidadania nos Presídios*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

DESAFORAMENTO DE JULGAMENTO, 0009496-09.2015.4.03.0000/MS (Tribunal Regional da 3ª Região 25 de 08 de 2016).

DESAFORAMENTO DE JULGAMENTO, 2007.03.00.036726-0 (Tribunal Regional da 3ª Região 11 de 02 de 2009).

FERREIRA, Eva Maria Luiz. *A participação dos índios Kaiowá e Guarani como trabalhadores nos ervais da Companhia Matte Larangeira (1902-1952)* / Eva Maria Luiz Ferreira; orientação Levi Marques Pereira. 2007.

FISKE, T. S. (2010). Stereotyping, prejudice and discrimination. In: FISKE, S. T.; JONGSMA JR, A. E.; GILBERT, D. T.; LINDZEY, G. *Handbook of social psychology*. New Jersey, US: Hoboken, 2010. p. 357-411.

FLORES, A.. Situação dos detentos indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul. *Tellus*, p. 215-222, 14 de 04 de 2008.

GLOBAL IDP Project & Norwegian Refugee Council. *Internally displaced people: a global survey 2nd ed*, USA, UK, Routledge, 2002.

LITTLE, Paul E. Espaço, memória e migração: por uma teoria da reterritorialização. *Textos de História*, v. 2, n.4, Brasília, p. 5-25, 1994. p. 8-9.

MAGALHÃES, Couto. Ensaio de antropologia : região e raças selvagens. In: *RIHGB*, T. 36, v. 47, pt. 2, p. 359-516, Rio de Janeiro, 1873.

MAGALHÃES, Couto. *O Selvagem*, 1876. Disponível em: <http://cdpb.org.br>.

MAGALHÃES, Luiz Alfrerdo Marques. *Retratos de uma época – os Mendes Gonçalves & a Cia. Matte Laranjeira*. Ponta Porã, Mato Grosso do Sul, 2013.

MALINOWSKI, Bronislaw. “Indirect rule and its scientific planning”. In: Kaberry, Phyllis M. (Org.). *The dynamics of culture change: an inquiry into race relations in Africa*. New Haven: Yale University Press, 1945. p. 138-50.

CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA (Mato Grosso do Sul). Provimento N° 141, de 19 de agosto de 2016.

SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (Mato Grosso do Sul). Resolução SEJUSP/MS/N° 638 – de 26 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.sejusp.ms.gov.br>.

MEMMI, A. *Retrato do colonizado precedido de Retrato do colonizador*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MENDES, K. (10 de 09 de 2019). *Sem defesa, sem identidade: indígenas brasileiros definham nas prisões*. Disponível em: <http://www.thisisplace.org>.

MONASTEIRO, Leonardo. Ehrl Philipp. *Colônias de povoamento versus colônias de exploração*; De Heeren a Acemoglu. 2015. 40p. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. *Mana*, Rio de Janeiro ,

v. 4, n. 1, p. 47-77, Apr. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 30 Sept. 2018.

STEWART, Frances. ¿Por qué persisten las desigualdades del grupo? Las trampas de las desigualdad horizontal. In: JIMÉNEZ, Félix (Ed.) *Teoría Económica y Desarrollo Social*. Exclusión, Desigualdad y Democracia. Homenaje a Adolfo Figueroa. Lima: Fondo Editorial – Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010. p. 269-295.

SUSNIK, Branislava. *Los aborígenes del Paraguay II*. Etnohistoria de los Guaraníes. Epoca colonial. Asuncion: Museo Etnografico “Andres Barbero”, 1979-1980.

THOMPSON, M.. Bias on Trial: Toward an Open Discussion of Racial Stereotypes in the Courtroom. *Michigan State Law Review*, 2019.

VIETTA, Katya. *Histórias sobre terras e xamãs Kaiowá: territorialidade e organização social na perspectiva dos guarani de Panambizinho (Dourados, MS) após 170 anos de exploração e povoamento não indígena da faixa de fronteira entre o Brasil e o Paraguai*. |Tese (Doutorado em Antropologia Social). São Paulo: USP, 2007.

VIETTA, Katya. *Relatório Circunstanciado de Delimitação e Identificação da Terra Indígena Panambi (Douradina/MS)*, Brasília: Fundação Nacional do Índio, 2009. (Processo Administrativo FUNAI/08620-026980/2011-46).

VON MARTIUS, Karl Friedrich; RODRIGUES, José Honório. “Como Se Deve Escrever a Historia Do Brasil”. *Revista De Historia De América*, no. 42, 1956, p. 433-458. Disponível em: <http://www.jstor.org>.

WEIL, Patrick. Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée. *Histoire de la justice*, (N° 16), p. 93-109, 2005/1. Disponível em: <http://www.cairn.info>.

WOLFE, Patrick Settler colonialism and the elimination of the native. *Journal of Genocide Research*, 8:4, p. 387-409, 2006. Disponível em: <https://www.tandfonline.com>.

A ETNOFOBIA NO SISTEMA PENAL: OS INDÍGENAS PRESOS EM MATO GROSSO DO SUL

*Neyla Ferreira Mendes**

Introdução

Na Idade Moderna, Descartes (1596-1650), inquieto com as “verdades eternas” da Filosofia de cunho tomista-aristotélico afasta-se da Academia e aventura-se nos exércitos de Maurício de Nassau, procurando com isso um novo olhar sobre o mundo, estabelecendo assim suas próprias verdades.

Foi longe das Universidades, em busca de respostas para seus próprios questionamentos, que Descartes propôs a primeira das quatro regras para aqueles que pretendem o conhecimento verdadeiro. Exige essa regra que nada pode ser aceito como verdade sem antes passar pelo crivo da razão, evitando-se precipitação e prevenção, ou seja, não pode haver verdade se esta não estiver isenta da paixão e do preconceito.

Essa primeira regra de Descartes vai ao encontro da ficção de que existe isenção entre os integrantes do sistema de justiça no momento que estes, por meio de formas e de procedimentos preestabelecidos, aplicam as leis a uma universalidade de seres humanos, formados por uma gama imensurável de identidades culturais, forjadas em um modelo de nação que se pretende una, apesar de todo o sincretismo existente.

Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que

(...) o modelo sincrético, não democrático, construído pela pressão política e psicológica, construída pela elite dirigente, foi assimilacionista [Munanga]. Ele tentou assimilar as diversas identidades existentes na identidade nacional em construção, hegemonicamente pensada numa visão eurocentrista. Embora houvesse uma resis-

* Defensora Pública de Mato Grosso do Sul, Coordenadora do Núcleo Institucional de Proteção aos Povos Indígenas, Igualdade Racial e Étnica. Mestre em Função Social do Direito Privado – FADISP – 2011.

tência cultural tanto dos povos indígenas como dos alienígenas que aqui vieram ou foram trazidos pela força, suas identidades foram inibidas de manifestar-se em oposição à chamada cultura nacional. (SANTOS; MENESES, 2015, p. 447)

Descartes burla a introjeção de valores e dogmas europeus existentes na Idade Média viajando por outras terras e analisando outros costumes, pois não havia mais espaço para questionamentos filosóficos na França daqueles tempos. Quase 500 anos se passaram e as lições de Descartes, principalmente a primeira regra da busca da verdade, não foram aprendidas.

As verdades eivadas de paixão e preconceito estão tão introjetadas nas entranhas da sociedade dominante e é tão forte que nem mesmo os princípios constitucionais ou os tratados internacionais são capazes de bani-las de dentro do subconsciente geral.

O resultado disso é a total falta de empatia com outros paradigmas de civilização, impedindo o reconhecimento da diversidade e trazendo como desafio o reconhecimento do outro como um sujeito de direitos, mesmo diante de todas as suas alteridades.

O sistema de justiça, e conseqüentemente de todo o sistema penal, é composto, em regra, por indivíduos que tiveram suas subjetividades forjadas dentro da lógica capitalista, oriunda das verdades colonialistas que dominaram e dominam estas terras.

A democratização da justiça é um problema ainda insolúvel, pois por mais que se busquem meios de harmonização dessa pluralidade de interesses, o diferente esbarra na incapacidade de aceitação e compreensão daqueles que adotam o modo dominante “de ser”.

Dessa maneira, muito embora a lei seja igual para todos, a exegese no momento de sua aplicação sofre um desvio quase ideológico, tornando-se mais branda para aqueles que “reconheço como próximo” e mais dura para “aquele que me parece estranho ou diferente”.

Hans-Georg Gadamer leciona que

O indivíduo quando ingressa no círculo hermenêutico (heideggeriano) traz consigo uma carga, denominada tradição, que lhe é imposta, previamente, como condição positiva de conhecimento e da qual, portanto, não se pode alienar. Não é possível, do mesmo modo, separar o intérprete de sua própria historicidade. O que enten-

demos, portanto, por verdade tem sua própria temporalidade. (GADAMER, 2002, p. 71)

Isso é de fácil percepção quando se analisam processos cíveis e criminais, nos quais o sujeito ativo ou passivo seja indígena.

No processo criminal, em específico, as garantias legais constantes em leis sempre são relegadas, menosprezadas e ditas como desnecessárias. Foi o que se apreendeu da análise de mais de uma centena de processos criminais envolvendo indígenas na Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

A equipe multidisciplinar que atua no Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Povos Indígenas e da Igualdade Racial e Étnica (NUPIIR/DPE-MS) iniciou uma análise dos processos criminais envolvendo indígenas presos, seja por execução provisória ou processos de execução da pena, no município Dourados/MS, na qual, embora parcial ainda, constataram-se violações legais e constitucionais, bem como a tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, sobretudo por desrespeitarem o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

Veja o que foi relatado pela equipe¹:

“O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, garante em seus termos que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório e a ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes”, tais princípios são norteadores de um processo penal mais justo e baseado na equidade, na qual são estruturados os pilares de uma execução justa da pena, respeitando a sua individualização e proporcionalidade.

No que tange a não observância de ambos os princípios constitucionais e processuais acima supramencionados, é possível verificar nos processos até então analisados pelo Núcleo, dentre outras, as seguintes violações:

1. Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa: falta de defesa técnica (seja por meio de defensor público seja por advogado

¹ Equipe NUPIIR: Diego Bertier de Almeida – Psicólogo; Nathaly Conceição Munarini Otero – Assistente Jurídica; Priscila de Santana Anzoategui – Antropóloga. Foram verificados 131 processos.

dativo), desde a fase de inquérito, até a presente execução da pena; Ausência do intérprete em todas as fases do processo, sobretudo nas audiências onde o réu é ouvido, respeitando seu idioma nativo;

2. Fase inquisitorial comprometida: conteúdo probatório reduzido, ausência de exames de corpo de delito, laudos psicológicos e prova testemunhal considerável;

3. Análise antropológica dos processos crimes: ausência de laudo antropológico; nos casos em que a motivação do delito gira em torno de rixas entre lideranças, ou mesmo questões a respeito da comunidade, da cultura e do modo de vida diferenciado entre etnias que convivem sob um mesmo território, é obrigatório a interferência de um antropólogo, o que não ocorreu em nenhum dos processos analisados até então; Pedido de perícia Antropológica;

4. Inépcia da denúncia: a narrativa fática construída e sustentada nas denúncias demonstram uma escassez de circunstâncias; é percebido que há escassa informação na qualificação do acusado ou no fornecimento de dados que possibilitem a sua identificação;

5. Desconhecimento do delito (erro de tipo): nos crimes de tráfico de drogas internacional, é notório nas oitivas das testemunhas, bem como no interrogatório do réu, o desconhecimento da tipificação da conduta;

6. Etnocentrismo nas decisões judiciais: durante todas as fases do processo, nas decisões e sentenças, há um distanciamento entre o Judiciário e a realidade social em que vivem os indígenas, bem como suas culturas e práticas; a persistência em subverter a lógica punitiva do aparato estatal, representado pelo direito penal, sobretudo nos processos em que não há proteção e respeito às prerrogativas do Estatuto do Índio, dos princípios processuais e dos artigos constitucionais que tratam sobre seus direitos *artigo 231, CF);

7. Dosimetria da pena: a respeito das 3 fases, é possível perceber nas sentenças, a fixação da pena base em seu máximo legal, a errônea consideração das circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do Código Penal, bem como a inobservância causas especiais de diminuição de pena e relativização das causas de aumento;

8. Análise psicológica: comunicação, saúde e estatística.

Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa

Os princípios constitucionais que norteiam a prerrogativa de defesa nos processos criminais devem ser observados à luz da Constituição Federal, sob pena de acarretar a nulidade processual.

Nos processos analisados há uma nítida violação a tais princípios, uma vez que o andamento processual deve ser acompanhado por defesa técnica, seja por advogado nomeado dativo ou defensor público.

É sabido que a falta de reconhecimento como demandas especialíssimas impede que os processos envolvendo indígenas possam ser melhor analisados e acompanhados com a atenção, levando-se em consideração suas particularidades, seja o idioma nativo, no qual há necessidade de intérprete, seja nos conflitos internos políticos e familiares que permeiam às comunidades indígenas.

É possível notar que em muitos processos o interrogatório do acusado segue as linhas gerais norteadoras do direito positivado, não observando às particularidades da fala, do modo de se comunicar, muitas vezes sendo a retórica jurídica o grande impasse para a busca da real verdade dos fatos.

Ainda concernente a isso, as antropólogas e juristas, Simone Becker e Luiza Meyer, no artigo *“A discussão sobre a necessidade de intérprete para os indígenas em litígio no palco do Judiciário”*, afirmam que:

Ocorre que as representações culturais dos nossos interlocutores indígenas nem sempre são ou foram consideradas pela sociedade brasileira. A noção de cultura predominantemente entre os brasileiros em geral – inclusive entre os que ocupam as bases do poder, quando na verdade deveria ser analisada como “um processo dinâmico que sinaliza para sistemas simbólicos que nos regem, regem enquanto sujeitos imersos em ditames sociais, passíveis de ressignificação”. (BECKER; MEYER, 2012, p. 5)

Além disso, vigora no sistema jurídico geral, e no criminal especialmente, uma linguagem técnica que dificulta o entendimento por parte dos indígenas. Tal linguagem, utilizada tanto em sede de investigação criminal quanto durante a ação penal, torna-se, à medida que dificulta o entendimento do interlocutor, um instrumento segregador dentro da Justiça.

Nesse sentido, aduz a professora e antropóloga Simone Becker:

Quanto às verdades dos derrotados, refutados no contexto judicial, uma dupla violência pode ser verificada. É justamente o caráter dialético de uma sentença que produz a exclusão de possíveis realidades explicitadas nos autos de um processo e não apenas a negação da verdade a versão perdedora. A gravidade do discurso sentencial reside, então, no fato de que para além da negação de uma verdade nos autos, não submete a mais nada. (BECKER, 2013, p. 318)

Os Tribunais em decisões quase unânimes não têm reconhecido a necessidade e obrigatoriedade do uso de intérprete nos processos. *In verbis*:

Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul TJ-MS – Revisão Criminal: RVCR 1404537-88.2016.8.12.0000 MS 1404537-88.2016.8.12.0000 Processo RVCR 1404537-88.2016.8.12.0000 MS 1404537-88.2016.8.12.0000 Órgão Julgador 2ª Seção Criminal Julgamento 9 de Agosto de 2017 Relator Des. Jairo Roberto de Quadros E M E N T A – REVISÃO CRIMINAL – PRELIMINAR CONCERNENTE AO NÃO CONHECIMENTO – AFASTADA – FALTA DE NOMEAÇÃO DE INTÉRPRETE OFICIAL – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA – LAUDO ANTROPOLÓGICO – PARTICULARIDADES QUE REALÇAM A SUA DESNECESSIDADE – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS APONTADOS – REVISÃO CONHECIDA E REJEITADA, EM PARTE COM O PARECER. Vislumbrando-se que, no caso versando, independentemente do posicionamento a ser adotado em relação ao mérito, o requerente arguiu nulidades processuais, as quais, em tese, poderiam ser conhecidas inclusive de ofício, por versarem sobre matéria de ordem pública, cogente, alusiva à ampla defesa e ao contraditório, o conhecimento da revisional se revela inevitável. A utilização de um critério genérico e abstrato, dissociado das particularidades de cada caso concreto, nem se afina ao próprio *Estatuto do Índio*, que admite a existência de graus de integração do índio com a comunhão nacional, resultando daí que não pode ser considerado silvícola, a ponto de exigir as providências reclamadas, aquele que é apenas descendente de uma determinada etnia ou região, os chamados autóctones, principalmente quando claro ter absorvido e inserido em seu próprio cotidiano os hábitos, costumes e vícios da sociedade denominada civilizada. *E, nesse cenário, o que se tem observado em Dourados é que muitos indígenas não fazem jus aos benefícios previstos no Estatuto do Índio, tampouco demandam a realização de laudo antropológico, pois, em realidade, são indivíduos perfeitamente integrados aos costumes e, sobretudo, às malícias e vícios da civilização atual, a dispensarem, inclusive, qualquer perícia para tal constatação, por se tratar de fato público e notório.* Despontando dos elementos

de convicção reunidos que a dificuldade enfrentada pelo revisor restringia à sua inimputabilidade, ensejadora inclusive de sua absolvição imprópria, sem qualquer relação com a ausência de tradutor ou intérprete, não há dar guarida à pretensão que neste particular deduziu. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despcienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Ainda nesse sentido:

TJ-MS – Apelação Criminal ACR 31984 MS 2008.031984-8 (TJ-MS). Data de publicação: 15/10/2009. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL E PROCESSO PENAL – ESTUPRO – SUPOSTA INÉPCIA DA DENÚNCIA E IRREGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO DA GENITORA DA VÍTIMA – NARRATIVA CLARA E VONTADE MANIFESTA DA REPRESENTANTE LEGAL – INEXISTÊNCIA DE NULIDADES -INDÍGENA – FALTA DE NOMEAÇÃO DE INTÉRPRETE OFICIAL – IRREGULARIDADE QUE NÃO RESULTOU EM PREJUÍZO À DEFESA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO DESFAVORÁVEL, INCLUSIVE COM TESTEMUNHO OCULAR – NÃO PROVIMENTO. Encontrado em: 2ª Turma Criminal 15/10/2009 – 15/10/2009 Apelante: Josué de Souza. Apelado: Ministério Público Estadual Apelação Criminal ACR 31984 MS 2008.031984-8 (TJ-MS) Des. Carlos Eduardo Contar.

Não raramente, em audiências criminais, os magistrados acabam por usar a retórica como um meio injusto de captar a “verdade” que almeja, mas que na realidade não passa de um jogo especulativo com nuances obscuras de linguagem, no qual a indígena, por não compreender até muitas vezes o próprio português, acaba por confundir-se em sua própria fala.

Fase inquisitorial comprometida

A respeito da fase de inquérito, diante dos processos analisados, depara-se com uma nítida escassez de conteúdo probatório, com depoimentos muitas vezes dúbios de testemunhas, consideradas provas consistentes na fase judicial e nas condenações, que não estavam no local dos fatos ou não tiveram conhecimento do ocorrido, apenas foram chamadas por parte da vítima ou foram inquiridas sob quaisquer justificativas.

Ainda, os exames de corpo e de delito, necessários e imprescindíveis em crimes como o de roubo e furto, por exemplo, deixam de ser juntados e, por vezes, isso passa batido, seja pela Defesa, seja pelo Juiz.

No que tange à necessidade de laudos psicológicos e psiquiátricos, ainda que em alguns casos tenham sido elaborados, note-se que existe um distanciamento das realidades dos réus, sob a perspectiva de comunidade, costume e hábitos.

Dentre as principais falhas observadas na fase de inquérito, estas são as que configuram uma deficiência probatória, por assim dizer, que compromete o devido processo legal e coloca em risco a defesa do acusado ou réu.

Análise antropológica dos processos crimes – ausência de laudo antropológico

Em alguns processos é possível identificar a necessidade de laudo antropológico, pois, havendo no crime motivações com base em conflitos de dentro da comunidade, rixas internas entre lideranças, ou mesmo questões a respeito da comunidade, da cultura e do modo de vida diferenciado entre etnias que convivem sob um mesmo território, é obrigatória a interferência de um antropólogo, ato dificilmente reconhecido no processo.

É imprescindível mencionar que as prisões femininas são minadas pelo reflexo do etnocídio e genocídio dos povos originários nos processos crimes. A esse respeito, e para que possamos chegar a uma completa compreensão do porquê o Direito e o processo penal tornam-se agressões, muitas e muitas vezes a uma cultura, no sentido de desconhecer outras culturas. Clastres diferencia ambos os conceitos e significados:

Se o termo genocídio remete a ideia de “raça” e à vontade de extermínio de uma minoria racial, o termo etnocídio aponta não para a destruição física dos homens (caso em que se permaneceria na situação genocida), mas para a destruição de sua cultura. O etnocídio, portanto, é a destruição sistemática dos modos de vida e pensamento dos povos diferentes daqueles que empreendem essa destruição. Em suma, o genocídio assassina os povos em seu corpo, o etnocídio mata em seu espírito. (CLASTRES, 2004, p. 56)

Ao ser violado o direito do indígena de se ter um antropólogo dentro do processo quando necessário, viola-se também sua condição étnica e cultural, na qual uma determinação judicial ou mesmo uma sentença, não terão em suas linhas os conteúdos emancipatórios necessários aos povos originários, que há séculos lutam pela derradeira e por vezes negligenciada Justiça.

A única pesquisa que mapeou a situação dos detentos indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul foi realizada em 2008², pelo Centro de Trabalho Indigenista (CTI) e pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) apresentou os seguintes dados:

Mapeamento da tipificação do crime (2008)

Art. 121 c.c art. 14, II do CP – Tentativa de Homicídio 03%
Art. 12 da Lei 6.368/76 ou art. 33 da lei 11.343/07 – Tráfico de drogas – 11%
Art. 14 da Lei 10.826/03 – Porte ilegal de arma 01%
Art. 121 – Homicídio 37%
Art. 129 – Lesão Corporal 04%
Art. 147 – Ameaça 01%
Art. 155 – Furto 03%
Art. 157 – Roubo 06%
Art. 211 – Ocultação de cadáver 02%
Art. 213 – Estupro 16%
Art. 214 – Atentado violento ao pudor 07%
Art. 213 ou Art.214 c.c art. 224 – Crime sexual por presunção de violência 04%
Art. 213 ou Art. 214 c.c Art. 226 – Crime sexual com aumento de pena quando a vítima é parente 04%
Art. 344 – Falso testemunho 01%

De acordo com o relatório acima, bem como a análise desse núcleo, os crimes em que os indígenas estão configurados como réus são primeiramente o homicídio, o tráfico de drogas e o estupro.

Pois bem, em relação ao homicídio, verifica-se que na maioria dos casos a falta de intérprete tanto na fase inquisitorial, como na judicial, prejudica a defesa do réu indígena, pois ele não consegue relatar o que de fato aconteceu, tampouco entende os questionamentos das autoridades ali presentes.

² Importante ressaltar que a pesquisa foi realizada antes da tipificação do delito de estupro de vulnerável (Lei 12.015/09)

Podemos colocar como exemplo um caso averiguado por este núcleo, autos nº 0003330-43.2010.8.12.0002, no qual o réu foi condenado pelo crime de homicídio qualificado, por motivo torpe, contudo, no termo de interrogatório de fls. 19/38, o réu negou os fatos, relatando o seguinte:

RÉU: Lá pelas oito horas da manhã eu falei para a minha mãe: “Eu estou indo para minha casa”, aí eu fui para a minha casa, na estrada, aí o pessoal, esse pessoal me encontrou, né. Aí me bateu...

JUÍZA: Qual pessoal? Os índios?

RÉU: Os índios.

JUÍZA: O capitão?

RÉU: É

JUÍZA: Hã

RÉU: Aí me bateram até eles...

JUÍZA: Por que te bateram?

RÉU: Me bateram sem eu saber de nada, estou indo na minha casa, né.

JUÍZA: Eles bateram porque acharam que o senhor era responsável?

RÉU: É, ele falou isso.

JUÍZA: Pelo homicídio.

RÉU: É falou para mim: “É você que matou mesmo”. Aí eu nem sabia, né, nem eu sabia isso.

JUÍZA: Não foi o senhor?

RÉU: Não, não foi não. (...)

JUÍZA: Mas o senhor tem alguma coisa contra o capitão?

RÉU: Não, eu não tenho não.

JUÍZA: Ele tem algum motivo para incriminar o senhor?

RÉU: Deve ser, né, por causa que nós estávamos, era, é... que nós estávamos na cadeia mesmo, né, que nós estávamos ali, na casa, ali na aldeia, né. Deve ser que ele está com preconceito, né.

JUÍZA: Por que ele tem preconceito com o senhor?

RÉU: Não sei não, isso eu não posso saber, eu não sei, né...

JUÍZA: Nunca teve problema com o capitão?

RÉU: Não, com ele não.

JUÍZA: Não?

RÉU: Nunca teve, nunca teve. (...)

DEFESA: O senhor sabe me dizer, então, algum motivo deles estarem te acusando disso?

RÉU: Eu não sei, eu não sei. Não sei por que eles me acusaram, só falaram assim para mim, eu estava vindo, né, que eu falei, eu estava vindo da casa da minha mãe, lá pelas oito horas da manhã, aí eu encontrei ele... eu vinha na estrada, e ia passar pelo posto da aldeia aqui, né, porque minha casa era atrás do posto de novo. Eu ia passar ali, aí o capitão me fechou lá, me bateu, falou que eu, né, só falou isso aí para mim.

DEFESA: Sabe porquê, Senhor..., estão dizendo que esse crime é motivado por vingança. O senhor não sabe de nenhum, porquê seria essa vingança?

RÉU: Não.

DEFESA: Não sabe de nada?

RÉU: Não, isso eu não sei.

DEFESA: O senhor está com medo de alguma coisa, das pessoas que vão depor aqui? Algum medo de alguma coisa?

RÉU: Eu tenho medo, eu tenho medo. Eu tenho medo.

DEFESA: O quê?

RÉU: Talvez, né, o capitão ali, né, que... eu não sei, eu não sei explicar, né, eu não sei explicar, isso daí eu não sei explicar. Porque eu não sei mesmo, eu não sei explicar mesmo.

Essa versão dos fatos do réu negando a suposta autoria do crime e ainda dizendo que foi obrigado a fazer a confissão de algo que não cometeu, devido as represálias do Capitão, não foi levada em consideração.

Percebe-se que apenas pelo depoimento acima não dá para entender nitidamente o que o réu declarou. Isso porque possivelmente tem como língua materna o guarani e não fala fluentemente a língua portuguesa e mesmo com a presença do intérprete na audiência, o único momento que houve tradução do depoimento do réu foi na parte que informa que sua mãe não reside mais na aldeia porque foi expulsa.

No artigo “Análise Etnográfica e Discursiva das Relações entre Estado e Mulheres Indígenas Encarceradas no estado de Mato Grosso do Sul”, de Becker e Marchetti (2013), as autoras analisam as “verdades” construídas nas instâncias judiciais.

Quanto às verdades dos derrotados, refutadas no contexto judicial, uma dupla violência pode ser verificada. É justamente o caráter dialético de uma sentença que produz a exclusão de possíveis realidades não explicitadas nos autos de um processo, e não apenas a negação da verdade à versão perdedora. A gravidade do discurso sentencial reside, então, no fato de que para além da negação de uma verdade nos autos, não subsiste mais nada. (BECKER, 2008, p. 318)

A questão da figura do capitão na aldeia deve ser analisada, já que esta foi uma autoridade instituída nas reservas durante o regime militar, em contraste com o enfraquecimento da figura do rezador, deste modo, continua a ser uma chefia bem temida tendo em vista sua origem totalitária.

Diante dessas dúvidas que surgiram ao manusear os autos, percebe-se que teria cabimento o pedido de perícia antropológica no caso. Todavia, em todos os processos criminais que nos deparamos, em nenhum até agora houve pedido de perícia antropológica, nem por parte da Defensoria Pública, nem por advogado particular.

Sobre o delito de tráfico de drogas, na maioria dos casos, fica nítido que os indígenas não sabiam ao certo que estavam cometendo um crime com uma pena tão pesada, temos a impressão que eles são aliciados, usados como “mula”, para transportar a droga, circular entre o Brasil e o Paraguai, como estão acostumados a fazer, já que a fronteira, essa delimitação, foi imposta por nós, os *karai* (não indígenas). Ou seja, só através também de uma perícia antropológica poderá ser avaliada essa relação dos indígenas com os não indígenas.

Segundo o relatório da Associação Brasileira de Antropologia (ABA) intitulado “Criminalização e Situação Prisional dos Índios no Brasil (2008) em que foi feita a pesquisa dessa problemática em 03 estados, Amazonas, Bahia e Rio Grande do Sul, temos como dado comparativo para o MS a realidade do estado do Amazonas, em relação ao crime de tráfico internacional de drogas.

Além de mencionar vários casos de indígenas presos na cidade de Manaus, os quais não apareciam no reporte oficial do SEJUS, a principal preocupação do presidente da FEPI foi denunciar os problemas envolvendo aliciadores ao tráfico que estão nas comunidades de fronteira, manipulando a falta de informação sobre a legislação penal aplicável aos povos indígenas para persuadir pessoas de entrar com carregamentos de droga no Brasil com o argumento de que, “índio não vai preso”. Para o presidente da FEPI: *“é importante aclarar que os indígenas pela sua condição étnica não estão automaticamente exonerados de responsabilidade penal”*. Para o presidente da FEPI é importante e urgente um trabalho nesse sentido na fronteira. (ABA, 2008, p. 11)

Já em relação aos crimes de estupro e/ou estupro de vulnerável, apesar da polêmica e comoção que circundam o tema já que ferem os costumes dos próprios Guarani e Kaiowá e demais etnias, o estudo antropológico seria útil para verificar se de fato foi crime ou união estável; sem contar que não há nenhuma pesquisa que aborde como esse povo indígena pune tal infração, se já puniram, ou mesmo se concordam com o sistema punitivo dos não indígenas.

Sobre o pedido de Perícia Antropológica

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, concernente aos direitos que versam sobre os indígenas, alguns artigos do Estatuto do Índio (Lei nº 6.0001/73) não foram recepcionados pela Carta Magna. Como por exemplo, o art. 4º, que classifica os indígenas em três categorias: isolados, em vias de integração e integrados.

Isso porque na década de 1970, durante o regime militar, o Estado brasileiro atribuía essa classificação ao princípio integracionista que buscava assimilar os indígenas à sociedade nacional. Ou seja, os povos originários iriam naturalmente deixar de ser índios, se integrando à sociedade não-índia, tese essa que não ocorreu e foi duramente criticada pela antropologia, através dos trabalhos de Roberto Cardoso de Oliveira com o seu conceito de fricção interétnica, bem como Frederik Barth, refletindo a respeito da etnicidade e cultura.

Em terceiro lugar, a cultura está em um estado de fluxo constante. Não há a possibilidade de estagnação nos materiais culturais, porque eles estão sendo constantemente gerados, à medida que são induzidos a partir das experiências das pessoas. Logo, argumento aqui que não devemos pensar os materiais culturais como tradições fixas no tempo que são transmitidas do passado, mas sim como algo que está basicamente em um estado de fluxo. (...) Ser um indígena não significa que você possui uma cultura indígena separada. Em vez disso, provavelmente significa que em alguns momentos, em algumas ocasiões, diz-se: “Essa é minha identidade étnica. Este é o grupo ao qual desejo pertencer”. Também cultivam-se alguns sinais particulares que assinalam que essa é a sua identidade. Isso certamente significa que foram aprendidas algumas coisas que mostram uma continuidade cultural da tradição das prévias gerações da população indígena. (BARTH, 2005, p. 17-19)

Desse modo, os grupos étnicos em contato com outros grupos não irão perder a sua identidade, pois quanto mais ocorre essa interação mais esses grupos étnicos irão ressaltar suas diferenças, ou seja, a identidade não é algo estático, sempre está em movimento, em fluxo constante, sendo ressignificada constantemente.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 231 e 232, garante uma sociedade pluriétnica, os indígenas finalmente têm direito de ser indígenas, são reconhecidos como tal, não são vistos como seres inferiores que devem ser tutelados por alguma autarquia federal, tem capacidade

jurídica. Assim, com a Convenção 169 da OIT, ao qual o Brasil é signatário desde 2004, outras diretrizes vêm à tona para se pensar essa não hegemonia do Direito Estatal (para pensar sobre o pluralismo jurídico), vejamos:

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

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

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Artigo 11

A lei deverá proibir a imposição, a membros dos povos interessados, de serviços pessoais obrigatórios de qualquer natureza, remunerados ou não, exceto nos casos previstos pela lei para todos os cidadãos.

Artigo 12

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam com-

preender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

Portanto, a Convenção 169 da OIT vem de alguma forma complementar os ditames da Carta Cidadã, reconhecendo os sistemas jurídicos dessas sociedades plurais. Acerca do direito penal e os povos indígenas, também devemos analisar o artigo 56 do Estatuto do Índio, que foi recepcionado pela CF/88.

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.

Nessa esteira, conforme já foi elucidado, a questão da classificação do grau de integração do indígena já foi superada. Diante disso, o que devemos nos atentar nesse artigo na aplicação da atenuante, que é obrigatória, mas por outra perspectiva, fora desses parâmetros de integração. O que deve ser analisado, são os costumes ou o direito produzido pelos próprios indígenas, “e o papel que possam ter desempenhado na orientação do mesmo em direção ao delito praticado” (LIMA, 2011, p. 255).

Tal demanda só pode ser auferida através da confecção do laudo antropológico, que trará um conhecimento científico em relação ao crime analisado específico, que envolvam indígenas, com um recorte do sujeito indígena e de sua etnia.

Ademais, os que defendem a utilização do laudo antropológico sustentam que não se pode analisar a culpabilidade, em seu elemento de potencial consciência da ilicitude, ou seja, a capacidade do índio de entender inteiramente o fato delituoso, por meio de aspectos externos, como grau de escolaridade, título de eleitor, entendimento do idioma oficial etc., porque tal método privilegia a verdade formal em detrimento da verdade real. Estabelece-se uma verdadeira presunção, por um silogismo bastante distorcido, de que se alguém consegue, por exemplo, andar de motocicleta, pode

entender o caráter delituoso de um fato. A falácia é tão evidente que seria o mesmo que se pretender, para fazer uma comparação jocosa, que alguém entende o caráter ilícito de um fato é possível presumir que sabe andar de motocicleta. Assim, cada caso concreto deveria ser analisado à luz da história, costumes, língua e tradições da respectiva etnia, em atenção à norma constitucional que garante aos índios “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições...”, pelo que a ausência do laudo antropológico imporá a nulidade absoluta ao processo penal. Embora esse seja o entendimento acertado, não é predominante nos tribunais. (LIMA, 2011, p. 256)

Considerando então as diretrizes da Constituição Cidadã, os artigos do Estatuto do Índio recepcionados pela mesma, ainda a Convenção 169 da OIT, o simples fato de o indivíduo ser indígena não o exime de responder penalmente pelos seus atos perante a Justiça brasileira. Todavia, ser indígena é suficiente para que seja garantido a perícia antropológica, eis que a arrogância dos integrantes do sistema de justiça e sua visão etnocêntrica não são respaldados pelo sistema constitucional vigente.

Inépcia da denúncia

É possível afirmar que nos processos analisados existem denúncias ineptas, nas quais a narrativa fática construída e sustentada demonstram uma escassez de circunstâncias e de eventos que comprovariam o que dá base ao pedido.

Em alguns processos, é percebido que há escassa informação na qualificação do acusado ou no fornecimento de dados que possibilitem a sua identificação, não sendo inúmeras vezes mencionado o número da casa e a comunidade onde o acusado reside.

Ademais, a denúncia deve especificar fatos concretos, de modo a possibilitar ao acusado a sua defesa, não podendo se limitar a afirmações de cunho vago.

O Poder Judiciário tem consagrado o entendimento, em detrimento ao devido processo legal, que o réu se defende de fatos concretos que lhes são imputados e não da tipificação jurídica que lhes é dada. Esse entendimento obriga que o Ministério Público faça narrativa de fatos na denúncia que realmente aconteceram, a fim de ser identificada a essência da tipificação do delito.

O que se tem por exigência, contudo, é que a denúncia seja clara, direta, bem estruturada e precisa, isto é, contendo descrição comedida dos acontecimentos, a fim de não criar dificuldades para a defesa do acusado, o que nem sempre ocorre.

Desconhecimento do delito (erro de tipo)

Na tentativa de traçar um paralelo dos crimes cometidos por indígenas, diante dos processos analisados, considera-se o delito presente no artigo 33 da Lei de Drogas o de maior ocorrência.

De acordo com conceituação de Luiz Regis Prado,

A culpabilidade é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita. Assim, não há culpabilidade sem *tipicidade* e ilicitude, embora possa existir ação típica e ilícita inculpável. Devem ser levados em consideração, além de todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita realizada, também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria. (PRADO)

Nota-se que nos processos criminais, em especial nos crimes de tráfico de drogas internacional, por vezes o acusado desconhece a tipificação, pois, por morar em cidades muito perto da fronteira do Paraguai, por exemplo, desconhecem o fato de que ao atravessar uma rua sequer, já está em território estrangeiro.

A travessia ocorre, na maioria das vezes, em veículos como bicicletas ou motocicletas. É durante o interrogatório, quando contestado, que o indígena tem o conhecimento de que sua conduta se encaixa numa causa de aumento de pena.

Segundo, ainda, o jurista citado:

Em primeiro lugar cabe ao juiz verificar se o autor do fato punível é um agente normal, isto é, se possui maturidade e sanidade psíquica suficientes para suportar a reprovação penal. (...) No segundo nível de valoração, cabe ao juiz analisar se o agente imputável tinha plena consciência da ilicitude do fato ou pelo menos a possibilidade de ter essa consciência (real ou potencial consciência da ilicitude); por último, na terceira etapa, impõe-se ao juiz verificar a normalidade ou anormalidade das circunstâncias em que o agente imputável atuou. (PRADO)

A ausência de quaisquer desses requisitos elimina a própria culpabilidade, que se configura como causa de exclusão da culpabilidade, levando a absolvição do acusado. No caso específico dos indígenas, merece relevo a análise de cada uma das excludentes da culpabilidade, quais sejam, a inimputabilidade penal, o erro de proibição e a inexigibilidade de conduta diversa, e o cotejo das referidas exculpantes com sua *cultura diferenciada*, para que se possa estabelecer, à luz dos valores protegidos pela Constituição Federal, onde deverá residir a eventual inculpabilidade.

Etnocentrismo nas decisões judiciais

Seja em uma audiência de instrução e julgamento, seja em um Júri, seja por meio de uma sentença ou decisão, o judiciário não pode ficar adstrito aos padrões culturais jurídicos ocidentais para funcionar em prol da população indígena. É preciso que, desde o interrogatório e o inquérito policial, que por si só já são constrangedores para qualquer pessoa, até às linhas da sentença definitiva do magistrado, tudo seja compreendido pelos acusados, acusadores, defesas e julgadores, ainda que eles necessitem de intérpretes ou tradutores, o livre convencimento do juiz, exige uma real compreensão das circunstâncias do fatos levando-se em conta etnia, classe social e gênero.

Nos processos analisados, sobretudo os de execução provisória, há uma ausência alarmante de intérpretes e de um Judiciário estruturado em condições não etnocêntricas, na qual as particularidades dos povos originários devam ser respeitadas.

Pensar o Judiciário sem levar em conta outras realidades culturais, étnicas e de costumes diversos do que prevalece no ocidente, por assim dizer, segundo Pierre Clastres (2004) na obra *Arqueologia da violência – pesquisas de antropologia política*, chama-se etnocentrismo, que seria essa vocação de avaliar as diferenças pelo padrão da própria cultura.

Em que pese ressaltar o princípio da individualização da pena, pode-se afirmar que o mesmo se desenvolve em três momentos: no legislativo, no momento em que este poder cria o tipo penal, estabelecendo, desta forma, o mínimo e o máximo da pena cominada; no judicial, quando o julgador fixa a pena ao indivíduo, diante do caso concreto; e no plano da execução penal, ou seja, quando o magistrado da fase executória adapta a pena ao sentenciado, podendo conceder benefícios ou retirá-los.

Diante dos casos concretos nos processos analisados envolvendo indígenas, é nítida a violação de tal princípio, uma vez que não é considerada sua identidade cultural, sua realidade, modo de vida, de ser e de conviver em sociedade.

Dosimetria da pena

No que tange à dosimetria da pena nos processos de execução da pena, foi possível constatar que em quase todas as sentenças analisadas até o presente momento, nas três fases da aplicação da pena, ocorreram violações nas quais não foram tomadas medidas judiciais cabíveis.

Em grande parte, na primeira fase da dosimetria, os magistrados costumam fixar a pena base em seu máximo legal, sem a devida fundamentação.

A respeito da fixação da pena base no mínimo legal, a Jurisprudência pátria tem se posicionado no seguinte sentido:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL INDEVIDA. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E ALHEIA ÀS ELEMENTARES DO TIPO PENAL INCRIMINADOR. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judicial acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Hipótese na qual a sentença condenatória reconheceu serem desfavoráveis ao réu as vetoriais culpabilidade, conduta social, personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime.

4. A culpabilidade, para fins de exasperação da pena-base, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja,

a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não do delito. Por certo, a consciência acerca da natureza delitiva da conduta, por si só, não constitui fundamento válido para o incremento da básica, devendo, pois, ser afastado o aumento correspondente à culpabilidade do réu.

5. A conduta social do réu foi negativamente sopesada em razão do seu envolvimento em ato violência doméstica, na qual lhe fora imposta medida protetiva de urgência. Ora, se a existência de sentença condenatória ainda não transitada em julgado, conforme o entendimento consolidado na Súmula/STJ 444, não justifica o aumento da pena-base a título de conduta social, a imposição de medida protetiva ao acusado, em fase pré-processual, não constitui, por consectário, fundamento válido para exasperação da pena-base.

6. Em relação à personalidade do réu, verifica-se não ter sido declinado qualquer fundamento concreto para desaboná-la, mostrando-se incorreta a sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base.

7. No que tange aos motivos do crime, foi afirmado que o réu praticou a conduta com o fim de “adquirir dinheiro para continuar gastando num pagode em que se encontrava”. Tal fundamentação, deveras, não pode ter tida por idônea, pois a obtenção de ganho fácil é inerente ao crime de roubo.

8. No que se refere às circunstâncias do crime, igualmente, é de rigor o seu afastamento, já que a prática do crime durante o dia, em via pública, não denota a maior gravidade da conduta. Mais: a idade da vítima já restou valorada na segunda etapa do critério trifásico, justificando o aumento da pena, com fulcro no art. 61, II, “h, do Código Penal, não podendo tal circunstância ser novamente ponderada para o incremento da básica, sob pena de incorrer o julgador em indevido bis in idem.

9. Deve ser reconhecida a inexistência de motivação concreta e alheia às elementares do crime de roubo que sirva de suporte à valoração negativa das circunstâncias judiciais, razão pela qual a reprimenda deve ser estabelecida no mínimo legal, qual seja, quatro anos de reclusão.

10. Writ não conhecido e ordem concedida, de ofício, tão somente para estabelecer a pena-base no mínimo legal, determinando que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, como entender de direito.

(HC 384.643/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017)

Na segunda fase, que trata das circunstâncias judiciais, o comum tem sido desconsiderar a boa conduta do acusado, não fazendo uma aná-

lise mais perspicaz de todas as circunstâncias previstas, o que aumenta a pena consideravelmente.

Na terceira fase, o corriqueiro nos processos analisados é aplicar as agravantes e não reconhecer as atenuantes, sobretudo as de confissões. Quando o réu possui defesa técnica, ainda que existam pedidos de remissões de pena, não são pedidas as reformas nas sentenças no que diz respeito a dosimetria.

Na execução da pena, não é diferente! Estatuto do Índio estabelece regras especiais para o cumprimento de pena do sentenciado indígena. A Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, em seu artigo 56, parágrafo único prevê 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 próximo da habitação do condenado.

Por seu turno, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho estabelece que, no processo que impor sanções penais previstas na legislação geral a membros de povos indígenas, deverão ser levadas em consideração suas características econômicas, sociais e culturais, dando-se preferência a outros métodos de punição que não o encarceramento.

Pois bem, os indígenas em Mato Grosso do Sul cumprem suas penas em estabelecimentos penais da mesma forma que os demais.

Análise psicológica – Comunicação Réus e Parentelas

O que pode ser observado nos processos analisados é que existe uma dificuldade real de comunicação entre as instituições e a população indígena, que muitas vezes os parentes dos acusados não conseguem entender o que de fato está se passando e o porquê e muito menos conseguem se fazer entender.

Isso ocorre desde o interrogatório, durante o trâmite processual, chegando até a audiência, quando até uma simples entrevista ou visitação acaba se tornando uma tarefa complicada devido a essa dificuldade na comunicação.

Segundo Skinner, a linguagem deve ser vista como comportamento e especificamente como operante:

O comportamento verbal é modelado e mantido por um ambiente verbal – por pessoas que respondem ao comportamento de certo modo por causa das práticas do grupo do qual são parte. Essas práticas e a interação resultante entre o falante e o ouvinte abarcam o fenômeno que está sendo considerado aqui sob a rubrica de comportamento verbal. (SKINNER, 1957, p. 226)

A dificuldade de se chegar a um entendimento eficaz e satisfatoriamente compreensivo é apenas mais uma barreira encontrada devido a essa grande diferença cultural entre a população indígena e a não indígena, já que os costumes e o entendimento do que seria padrão de comportamento aceitável para essas duas culturas são diferentes.

O que sentimos são condições corporais e o que dizemos sobre o que sentimos não é o próprio sentir... e o dizer, tanto quanto o sentir, são produtos de contingências de reforçamento, mais difíceis de serem identificadas quando o ouvinte não tem acesso ao fenômeno sobre o qual falamos. (SKINNER, 1989, p. 4)

Portanto, a falta de um intérprete ou profissional conhecedor das culturas específicas, dificulta muito os trabalhos a serem desenvolvidos com essa população, principalmente no que tange ao acesso concreto de informação, como devem proceder de acordo com a demanda do caso, a quem eles devem recorrer para buscar ajuda.

Saúde mental

O conceito trazido pela Organização Mundial da Saúde em que a saúde é vista como: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como a ausência de doenças” (OMS, 1946, s/p). Por outro lado, temos o conceito ampliado, trazido pela Constituição Federal de 1988, Art. 196, que coloca a saúde como: “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O que nos leva ao ponto do porquê e como os indígenas acabam cometendo infrações. Como citado acima, é dever do Estado garantir que sua população tenha acesso a serviços de saúde, proteção e prevenção, mas o que pode se observar é o total descaso com a população indígena.

São majoritários os casos em que o indivíduo acaba se voltando para o uso abusivo de psicoativos, porque muitas vezes não possui condição para uma alimentação mínima, não possui moradia no padrão que a sociedade espera, não possui uma “condição de bem-estar físico, mental e social”.

Deveria haver intervenção do Estado, para suprir essas necessidades da população indígena, pelo menos no que tange ao acesso a mais serviços sociais e de saúde. Invés disso, existe a intervenção paliativa, quando se retira o sintoma, que seria a retirada do indivíduo problemático, mas o problema real, que é essa intervenção na saúde mental do indivíduo, ainda se mantém e continuará se propagando.

Faz-se necessário o uso de políticas públicas mais presentes para as aldeias, visto que esse é o problema que mais afeta os indígenas, junto com um programa para prevenção de saúde mental, já que essa população é uma das que mais sofrem devido a esse tema.

Outro detalhe seria o número populacional dos indígenas dentro das aldeias, pois o território já não comporta mais a necessidade da maioria. Famílias que vivem do plantio e criação de pequenos animais estão aumentando cada vez mais em números, enquanto que o espaço físico disponível para tais atividades continua o mesmo.

O que acarreta na saída desses indivíduos de seu núcleo para buscar algo diferente, na maioria das vezes acaba não encontrando outro ofício, e após várias negativas o indivíduo acaba se voltando para métodos de fuga/escape, como álcool e outras drogas, o que acaba por desenvolver a necessidade constante dessas substâncias, levando-o a cometer vários e diversos tipos de crimes.

Ou então o espaço na aldeia fica escasso, ou quando indivíduos que possuem algum tipo de rixa ou mágoa um com outro se veem morando muito perto, pois não tem mais aonde ir dentro daquela aldeia, e ao menor gatilho, pode vir a desencadear algum conflito que possa vir a acabar em tragédia.

Estatística

Majoritariamente, os crimes analisados foram perpetrados quando os indivíduos estavam sobre forte efeito de álcool ou outras drogas, o que

figura ainda mais uma necessidade real de intervenção para com os indivíduos dessa cultura.

Um método, que talvez se prove eficaz, seria, por exemplo, sugerir transferir algum tempo de pena para que os indivíduos recebessem tratamento para desintoxicação, com isso poderia se criar programas dentro da aldeia onde esses indivíduos recuperados poderiam vir a ajudar outros usuários, impedindo, assim, que esse comportamento autodestrutivo continue se alastrando³.

Pois bem, é o que consta do relatório parcial que somente contém análise de indígenas processados e presos na região sul do Estado. A ideia subjacente ao relatório é a orientação para os Defensores Públicos que atuam no Estado, buscando, Ltal como Descartes “*um distanciamento das verdades postas*”, tendo por meta uma visão democrática que congregue todos os Defensores Públicos estaduais, visando o levantamento de todas as teses necessárias para que os indígenas tenham efetivamente plenitude de defesa.

O trabalho de rompimento do etnocentrismo reinante não é fácil, mas este pode ser o caminho para que a verdadeira justiça prevaleça.

Referências

ABA. *Relatório final Criminalização e situação prisional de índios no Brasil*. Brasília, maio, 2008.

APIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARTH, Frederick. Etnicidade e conceito de cultura. *Antropolítica: Revista Contemporânea de Antropologia e Ciência Política*. Nº 01, Niterói: EduFF, 1995.

BECKER, Simone. A discussão sobre a necessidade de intérprete para os indígenas em litígio no palco do Judiciário. In. *Reunião Brasileira de Antropologia*, 28, São Paulo, 2012. Anais 28ª. RBA, São Paulo: PUC-SP, 2012.

BECKER, Simone. Análise Etnográfica e Discursiva das Relações entre Estado e Mulher Indígenas Encarceradas no Estado de Mato Grosso do

³ Confira: <http://www.defensoria.ms.def.br/nupiiir>.

Sul. *Revistas de Direitos Humanos*. Florianópolis. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>.

BECKER, Simone; MARCHETTI, Lívia Estevão. Análise Etnográfica e Discursiva das Relações entre Estado e Mulheres Indígenas Encarceradas no Estado de Mato Grosso do Sul. *Revista de Ciências Humanas*, Florianópolis, v.47, n.1, p. 81-99.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*: artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 231 e 232.

BRASIL. *Decreto nº 6.289/2007*.

BRASIL. *Decreto nº 6.289/2007*.

CARNEIRO, Douglas Mattoso. *Princípios do contraditório e da ampla defesa*. Jus. Disponível em: <https://jus.com.br>.

CARVALHO, Cristina Amélia; VIEIRA, Marcelo Milano Falcão. Contribuições da perspectiva institucional para a análise das organizações: possibilidades teóricas, empíricas e de aplicação. In: _____ (Orgs.). *Organizações, cultura e desenvolvimento local: a agenda de pesquisa do Observatório da Realidade Organizacional*. Recife: Edufepe, 2003.

CLASTRES, Pierre. *Antropologia da Violência – pesquisas de antropologia política*. São Paulo: Cosac e Naify, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CTI. *Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul*. Brasília, 2008.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2017.

GADAMER, Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método II*. Petrópolis: Vozes, 2002.

HOFSTEDÉ, Geert. *Cultura e Organizações: compreender a nossa programação mental*. trad. António Fidalgo. 1ª ed., 2ª reimp. Lisboa: Sílabo, 2003.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Estatuto do Índio*. Editora Jus Podivim, 2011.

MONTE, Marcos Antonio Lorencette. *O pluralismo jurídico e os povos indígenas no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) Florianópolis: Centro de ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 1999.

RELATÓRIO NUPIIR/DPE-MS, Disponível em: <http://www.defensoria.ms.def.br/nupiir>. Acesso em: 20/03/2019, 14:00hs.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula, *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez Editora, 2015.

SKINNER, B. F. *Verbal behavior*. New York: Appleton-Century-Crofts, 1957.

ENCARCERAMENTO INDÍGENA NO MATO GROSSO DO SUL: UMA ANÁLISE ANTROPOLÓGICA E JURÍDICA

*Tayran Valiente Dias de Oliveira**

*Lílian Raquel Ricci Tenório***

Introdução¹

O conflito entre colonizadores e povos indígenas desencadeou-se de várias formas no país: alguns povos tornaram-se aliados, outros inimigos; algumas alianças pontuais foram firmadas; alguns destes povos exterminados por diversos motivos. A fim de adequar o modo de vida indígena ao seu próprio, ocidental, o colonizador utilizou muito a ferramenta da restrição da liberdade destes povos. Aldeamentos e reservas foram utilizados com objetivos de abrir espaço para exploração e produção e controle das populações tradicionais. Durante o período foi o paradigma integracionista que ditou o tom das relações entre povos indígenas e colonizadores.

Muito embora a prática estivesse caminhando no sentido de subserviência e extinção dos povos indígenas, o plano legal trazia uma série de garantias, principalmente no tangente à demarcação e proteção de terras indígenas, paralelamente ao loteamento que viveu o país no período.

Esta estrutura de organização social imposta alterou a estrutura social destes povos, gerando um desequilíbrio de certa maneira irremediável. A ruptura cultural forçada alterou os índices de violência dos grupos indígenas e não indígenas e principalmente, entre os povos indígenas. Ocorreu que as formas tradicionais de resolução de conflitos já não eram mais suficientes, em decorrência desta ruptura cultural havida.

* Bacharel em Direito pela UFGD. Assessor da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.

** Bacharel em Direito pela UCDB e em Ciências Sociais pela UFMS. Mestra em Antropologia pela UFGD. Orientadora.

¹ Este artigo foi desenvolvido como Trabalho de Conclusão de Curso na Pós-Graduação em Antropologia e História dos Povos Indígenas – AHPI EAD UFMS.

Através de um processo de ocupação dos espaços democráticos que gerou a constituinte de 1988, os povos indígenas organizaram-se e foram vencedores. Os artigos 231-232 e todas as garantias individuais da Constituição Federal romperam com o paradigma integracionista, reconhecendo o direito dos povos indígenas viverem conforme suas culturas. Porém, essa postura de reconhecimento dos povos indígenas e suas particularidades não foi o suficiente para a inserção dessas nações no projeto de povo brasileiro.

Dessa alteração de postura da então nova Constituição e posteriormente de Tratados e Convenções Internacionais, surgem disposições penais e processuais penais que reconhecem a individualidade e especificidade destes povos, o que seria suficiente para evitar o encarceramento indígena em respeito à sua cultura. No entanto, não foi o ocorrido. Nesse sentido, o presente artigo busca levantar algumas questões que contribuam para os alarmantes números do encarceramento de indígenas no estado de Mato Grosso do Sul.

Restrições à liberdade e paradigma integracionista

Durante a colonização da América, a região do atual estado de Mato Grosso do Sul foi disputada entre as coroas espanhola e portuguesa, tendo sido palco de expedições em busca de metais preciosos, de ocupação de espaços estratégicos para construção de fortes, do estabelecimento de missões religiosas, da exploração da agricultura e pecuária na região, e de diversas outras formas de colonização.

Naturalmente, estas expedições colonizadoras alteraram a organização pré-existente das ocupações humanas destes espaços, ocasionando uma série de conflitos de toda ordem entre si e com os grupos nativos. Umbilicalmente ligada à história do Estado Brasileiro, encontra-se a história dos povos indígenas.

Há relatos, por exemplo, da presença do povo² Guarani vivendo próximo ao Rio Paraguai por volta de 1534, ocupando territórios que viriam a constituir parte da Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai.

² Povos é a designação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e que o Brasil é Signatário.

Essa extensão de terras seria de aproximadamente 40 mil km² durante os séculos XV e XVI (BRAND; COLMAN; MACHADO, 2008, p. 5).

A prevalência dos povos indígenas, essencialmente livres, se chocava com os interesses emergentes na colonização, dos quais destacamos dois: *i.* o de dominação cultural; e, *ii.* o controle e a extração dos bens naturais para exportação e posterior comercialização de manufaturas.

Certamente, pensava o colonizador que sua cultura, acumulativa e primordialmente individualista, imposta nas Américas, era um caminho certo, que deveria e fatalmente viria a ser tomado pelos demais povos. A citação a seguir expressa os primeiros contatos com os Kaiowá na Província de Mato Grosso e foi emitida oficialmente pelo Diretor Geral de Índios da província:

(...) no estado, porém, em que vivem, são completamente inúteis e *prejudiciaes* à sociedade pelas suas frequentes correrias (...) o único meio de chama-los à civilização será o da *persuação*, procurando modificar os *seos hábitos* por *intermedio* de Missionários que *possuidos* da verdadeira fé *christã*, se internem nos sertões com o fim de *aldear* e *catechisar* esse infelizes. (Relatório do Presidente da Província de Mato Grosso, 1881, p. 33 *apud* BRAND, 1997, p. 58)

Este pensamento, teoricamente tratado como o “paradigma da integração”, embora ainda nos dias atuais permeie o senso comum, foi oficialmente negado pela Carta Constitucional de 1988, no “Capítulo VIII – Dos Índios”, que será estudado no último tópico deste trabalho. Sobre o tema:

Em síntese, segundo este paradigma “há estágios da evolução cultural pelos quais os índios (isolada ou coletivamente) passarão necessária e inexoravelmente, estágios a partir dos quais é possível diferenciá-los numa escala hierárquica de mais ou menos inferioridade. Nessa perspectiva o índio é visto como um ser inferior que deve ser, que precisa ser integrado à comunhão nacional. Completada a integração, não será mais considerado inferior”. (BARRETO, 2003, p. 64)

Assim, para a concretização desses interesses emergentes na colonização, entre *encomiendas* e catequeses, uma das estratégias foi o estabelecimento das aldeias (RIBEIRO, 1995, p. 55). Inicialmente, as aldeias esparramadas pela colônia eram chefiadas, via de regra, pelos jesuítas e

tornaram-se territórios de dominação da coroa portuguesa e da igreja católica sobre os povos indígenas.

Para a Igreja Católica era uma maneira de transformar os pagãos em cristãos, salvando suas almas através da imposição de novas práticas, que destoavam de seu modo tradicional de vida; para a Coroa Portuguesa era um instrumento de expansão do controle territorial e das forças de trabalho das fronteiras da colônia.

As aldeias recebiam os índios e os submetia à disciplina nos moldes da sociedade europeia. Este projeto é possivelmente a primeira política oficial de restrição da liberdade do indivíduo para o fim de torná-lo apto ao convívio social.

A própria redução jesuítica só pode ser tida como uma forma de cativo. As missões eram aldeamentos permanentes de índios apresados em guerras ou atraídos pelos missionários para lá viverem permanentemente, sob a direção dos padres. O índio, aqui, não tem o estatuto de escravo nem de servo. É um catecúmeno, quer dizer, um herege que está sendo cristianizado e assim recuperado para si mesmo, em benefício de sua salvação eterna. No plano jurídico, seria um homem livre, posto sob tutela em condições semelhantes à de um órfão entregue aos cuidados de um tutor. Para os padres, eles seriam almas racionais, mas transviadas, postas em corpos livres, mas carentes de resguardo e vigilância. Estando ali, porém, deviam trabalhar para seu sustento e para fazer próspera a comunidade de que passavam a fazer parte. Também podiam ser recrutados a qualquer hora para a guerra contra qualquer força que ameaçasse os interesses coloniais, porque esses passavam a ser os seus próprios. Podiam também ser mandados às vilas para trabalho compulsório de interesse público na edificação de igrejas, fortalezas, na urbanização de cidades, na abertura de estradas ou como remeiros e cozinheiros, ou serviçais nas grandes expedições ou no que mais lhe fosse indicado, sempre em benefício da coletividade que passara a integrar. Podiam, finalmente, ser arrendados aos colonos mediante salários de duas varas de pano de algodão, formando assim um pecúlio que, se chegasse a ser recebido, eles aprenderiam com o padre a gastar criteriosamente, quem sabe em alguma obra de caridade. (RIBEIRO, 1995, p. 103-104)

Podemos então sintetizar que são características do aldeamento: deslocamento forçado, trabalho compulsório e dominação cultural.

No Sul do Mato Grosso, o aldeamento era praticado pela Companhia de Jesus desde o século XVIII, tendo o processo de colonização sido

intensificado no séc. XIX³. Neste momento, os aldeamentos ou as reservas, serviram para ensinar ofícios aos indígenas, além de concentrá-los em determinadas áreas abrindo espaço para a expansão agrícola na região.

A ideia de aldeamento foi um mecanismo utilizado pelo governo para garantir mais espaços favorecendo, dessa forma, a expansão agropecuária na região, fato que se consolidou e se fortaleceu ao longo dos anos com o crescimento das fazendas no entorno das áreas reservadas. Com o surgimento das fazendas, também aumentaram as tensões entre indígenas e os novos proprietários, ora pelo uso das terras para caça e pesca e colheita de frutas silvestres, ora pelo trabalho forçado e ou pela discriminação racial (...). (SEBASTIÃO; ALMEIDA, 2015, p. 21)

Após o período colonial, a região ainda foi desejada pelos impérios, tendo sido o cenário da Guerra da Tríplice Aliança. O povo Terena⁴ teve participação fundamental neste confronto, sem a qual o desfecho seria diverso. O Imperador Dom Pedro II criou, em 1865, através do Decreto nº 3.371 os corpos militares de guerra chamados Voluntários da Pátria.

Em decorrência da falta de recursos – bélicos, humanos, alimentícios e de toda ordem – para a guerra, o programa Voluntários da Pátria trouxe apoio financeiro e braços “voluntários”. Foi integrando os Voluntários da Pátria que os indígenas do sul do Mato Grosso, participaram da guerra, na expectativa de receberem como contrapartida a demarcação de suas terras. Os índios que não se deslocaram para integrar as frentes de batalha viram-se forçados a deixarem suas terras em razão do confronto.

Ao retornarem, pós-guerra, os indígenas viram suas terras serem loteadas, especialmente pelos militares ou monopolizadas pela Companhia Mate Laranjeira (BESPALEZ, 2009, p. 12), e tem início o que os Tere-

³ Segundo Cavalcante (2013), após a Guerra da Tríplice Aliança foi que se iniciou o interesse do governo brasileiro em povoar a região do atual MS. A Companhia Erva Mate Laranjeira foi beneficiária, durante pouco mais de seis décadas (1882-1943), de extenso território, chegando a incríveis 5.000.000 de hectares. Foi na década de 40, durante a Era Vargas, que o monopólio foi quebrado e a região foi aberta à exploração agropastoril.

⁴ A aliança entre Terenas e o Exército Brasileiro levou um grupo de indígenas à Itália para participar da 2ª Guerra Mundial (Revista Verde Oliva, Centro de Comunicação Social do Exército. Ano XLII, nº 228, Julho de 2015. Brasília-DF, p. 64-67.) e posteriormente, o auxílio ao Marechal Candido Mariano Rondon na instalação das linhas de telegrafo e na construção da estrada de ferro Noroeste do Brasil (MANGOLIM *apud* ROCHA FILHO, 2015, p. 37).

na chamam de “tempo do cativoiro”, conforme Cardoso de Oliveira (1976).

O processo de expropriação das terras e escravização do indígena, que se iniciara no século XVI, intensificou-se no século XIX, sobretudo após a guerra com o Paraguai, devido à expansão pastoril empreendida pelos pioneiros que se afazendaram em diversos pontos da Província, sobretudo no Pantanal sul. Com isso, a população indígena foi se dispersando pelas fazendas da região, na condição de vaqueiros e agricultores. (ESSELIN, 2011, p. 246)

Então, surge nesse cenário político Thomas Larangeiras, responsável pela comissão de limites que percorreu a região no pós-guerra, que percebendo a grande quantidade de erva mate disponível na região, articulou apoio político com a família Murtinho e, através do decreto 8.799 de 09 de dezembro de 1882, recebeu em arrendamento a área para exploração. Em 1895, a área arrendada pela Cia Matte Larangeiras abrangia legalmente cinco milhões de hectares, e, na prática, muito mais do que isso. A colheita era feita por paraguaios e indígenas, que recebiam o salário descontado o valor dispensado à sua subsistência, ou seja, o regime de trabalho era o de servidão. Havia ainda a figura do comitivoiro, a quem cabia o controle de intrusos e a captura de fugitivos dentro dos limites da Cia Matte Larangeiras (BRAND, 1997, p. 70).

O problema torna-se mais grave quando da instalação da Colônia Agrícola Nacional de Dourados, que distribuiu entre 1943-50, mil lotes de trinta hectares cada para colonos se instalarem na região (Marcha para o Oeste), ocupando e explorando legalmente as terras tradicionalmente ocupadas. Ocorre que esta legislação também garantia aos povos indígenas a ocupação de suas terras, porém, na omissão do Serviço de Proteção ao Índio – SPI, os indígenas foram espalhados pela região, ao que Brand denomina esparramo.

Ao analisar o uso do termo [esparramo] pelos diversos informantes, percebe-se que o conteúdo expressa com fidelidade a realidade verificada. Mais do que a perda da terra, significa a dispersão das aldeias e o desmantelamento das famílias extensas. Ou seja, a perda da terra traduziu-se na dispersão dos seus moradores e não simplesmente em sua transferência para dentro das Reservas. (BRAND, 1997, p. 89)

Em 1910, através do Decreto nº 8.072 cria-se o SPILT – Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais, com a fun-

ção de mapear as comunidades indígenas no interior do país e auxiliar na garantia de seus precários direitos. Oito anos depois ocorre uma divisão do órgão em dois: o Serviço de Proteção ao Índio – SPI⁵ e a Localização de Trabalhadores Nacionais – LTN. Capitaneado por Marechal Candido Mariano da Silva Rondon, o SPI tinha como objetivo civilizar o índio respeitando sua cultura.

Urge o questionamento: como civilizar o indígena e ao mesmo tempo respeitar sua cultura? Em que pese o objetivo contraditório do SPI, era o pensamento ainda vigente, do paradigma integracionista, que fundamentava os objetivos do órgão. Todavia, observa-se aqui um salto epistêmico, visto que em épocas de colônia, o índio não era considerado um ser humano, necessitando ser catequizado para alcançar este status⁶.

Ainda que não oficialmente intencionado, o SPI participou ativamente dos processos cunhados por Antônio Brand (1997) de esparramo e confinamento, desrespeitando as especificidades dos povos. Entre 1918 e 1928 o SPI criou oito reservas no estado, sob a ótica do encarceramento e da abertura de espaços.

Fala-se em ótica do encarceramento em razão de que os deslocamentos às reservas eram feitos compulsoriamente, com o fito de fixarem os indígenas à área demarcada, e ótica da abertura de espaços por que este deslocamento objetivava a liberação das matas para a colonização.

A ação do SPI e do Governo do Estado, ao criar essas oito Reservas de terra para usufruto dos índios Kaiowá/Guarani, sinaliza e oficializa o processo de confinamento compulsório, amplamente denunciado pelos informantes indígenas. (...) Ao demarcar essas pequenas porções de terra, o governo liberava o restante da terra para colonização. (BRAND, 1997, p. 115)

Essa alteração no modo de vida dos povos indígenas não se restringiu, então, à perda da terra, mas principalmente à perda de sua iden-

⁵ Inicialmente o SPI esteve vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. Entre 1930-34 vinculou-se ao Ministério do Trabalho. De 1934-40 foi vinculado ao Ministério da Guerra, quanto retornou à pasta do Ministério da Agricultura (BRAND, 1997, p. 110), onde permaneceu até ser atribuição do Ministério da Justiça, mas reformado, intitulado Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Estar sob a égide dos Ministérios da Agricultura e do Trabalho demonstram o viés assimilacionista das políticas indigenistas.

⁶ Foi necessário que em 02 de junho de 1537 o Papa Paulo III publicasse a *Bula Sublimis Deus* para que fosse reconhecida a humanidade dos indígenas.

tidade. A descaracterização cultural gerada neste processo de confinamento alavancou os índices de violência das comunidades que antes possuíam sua própria estrutura de resolução de conflitos como escape, mas que a partir de então se viram aliados de seus códigos e interações culturais, incapazes assim de reproduzirem seus julgamentos de forma eficaz.

Quanto a isso, pode-se verificar duas medidas que são utilizadas por sociedades indígenas afim de resolverem seus conflitos: medida inibidora e medida punitiva (RAMOS, 1986). Estas últimas são utilizadas somente quando esgotadas as primeiras, de forma semelhante à sociedade envolvente em casos de julgamento administrativo antes do julgamento penal (seguro DPVAT, aposentadoria, visitas em presídio e faltas disciplinares são exemplos).

O princípio do *buenvivir* e da solidariedade praticado por comunidades indígenas é (ou foi), via de regra, suficiente para inibir comportamentos socialmente reprováveis, todavia, quando não, exposição ao ridículo, mexericos ou acusações de feitiçaria são as respostas sociais naturais, capazes de inibir o comportamento indesejado e pressionar o indivíduo à alteração de sua conduta. Isso, porém, para desvios de comportamento não agressivos, diferentemente do que ocorreria quando o indivíduo era autor de algum homicídio. Nesse caso, entram as medidas punitivas: ostracismo, expulsão ou morte. Ainda, é possível que o autor fosse tido como devedor da família da vítima, ocupando o lugar desta na realização dos trabalhos, em caráter de servidão temporária (RAMOS, 1986, p. 60-65).

Interessante notar que todas as medidas punitivas possuem o caráter corretivo, e não meramente punitivo. O ostracismo, isto é, a completa indiferença da comunidade para com o criminoso, tornava o convívio doloroso e deixava claro a reprovação da conduta; a expulsão da aldeia era semelhante a uma pena de morte, tendo em vista que o indígena estava vitalmente ligado àquela comunidade; e a morte, encarada como libertação do espírito bom que habitava o corpo atormentado.

Atualmente, condenações de expulsão, excetuando o exemplo acima, e morte são impraticáveis. O ordenamento jurídico brasileiro rejeita a pena de morte e a autonomia dos povos indígenas para julgamento de seus conflitos está limitada à legislação penal pátria e aos direitos humanos. A expulsão, no Mato Grosso do Sul, também é impossível pela pró-

pria dinâmica das reservas indígenas, descaracterização cultural e enfraquecimento das lideranças.

Assim, ainda que exista legalmente a previsão de autonomia, na realidade este poder é impraticável, não apenas pela não aplicação legal, como veremos a seguir, mas também e principalmente pela bagagem histórica de enfraquecimento cultural destes povos.

Processos judiciais e situação carcerária dos povos indígenas no Mato Grosso do Sul

Na República Federativa do Brasil, o Poder Judiciário é o encarregado do julgamento e execução das penas decorrentes de ilícitos previamente definidos em lei. Para tanto, deve obedecer ao conjunto legal pré-existente, o fazendo independente dos padrões éticos e morais íntimos do julgador da demanda.

Quanto ao encarceramento indígena, demonstrou-se que a legislação pátria traz uma séria de ressalvas e especificidades nas disputas de direitos indígenas, o que todavia, não se aplica automaticamente, mas antes, depende da isonomia do julgador quanto a seus sentimentos íntimos.

Notamos que não é o que ocorre. A jurisprudência deste estado demonstra que os dispositivos e garantias legais não são suficientes à sua concretização, sendo em muitos casos irrelevantes. O reflexo disso é que os números do encarceramento indígena no estado atingem níveis recordes.

Todavia, a maior dificuldade para analisar a situação do encarceramento indígena, tanto no país quanto no estado de Mato Grosso do Sul, é com toda certeza a ausência de dados, oficiais ou não. Isso se dá por variados motivos, sendo que a imputação da qualidade “indígena” muitas vezes é indicada pelos gestores dos presídios e ignorada a autodeclaração. Além disso, é recorrente que os próprios indígenas se identifiquem como “pardos” ou “caboclos” (BAINES, 2015, p. 148), com o fim de livrar-se da subjugação relativa às condições de presidiário e indígena.

Dados do encarceramento no país revelados pelo Departamento Penitenciário Nacional no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, Dezembro/2014, não trazem informações específicas sobre o encarceramento indígena, mas relata que 0,13% da população carcerária brasileira é classificada como indígena (dados levantados a

partir da indicação de gestores responsáveis pela coleta de dados do formulário do INFOPEN, conforme anteriormente descrito).

Conforme dados do mencionado relatório nacional, selecionamos os estados com maior porcentagem de habitantes indígenas – conforme dados da PNAD, relatório anual realizado pelo IBGE onde o critério é de autodeclaração –; bem como os estados com maior porcentagem de população carcerária indígena:

Tabela 1: Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade por Unidade da Federação

UF	Branca	Negra	Amarela	Indígena	Outros
AC	11,63%	87,56%	0,13%	0,63%	0,06%
AM	12,43%	83,07%	1,13%	0,09%	3,28%
CE	16,46%	81,68%	1,07%	0,68%	0,11%
MS	37,05%	61,63%	0,04%	1,28%	0,00%
PA	13,51%	83,06%	2,78%	0,11%	0,54%
PE	14,10%	79,93%	4,88%	0,94%	0,15%
RO	18,83%	79,36%	1,03%	0,40%	0,38%
RR	11,29%	77,60%	0,00%	5,65%	5,46%

Fonte: INFOPEN, 2014. Adaptado pelos autores.

Os estados do Pará e Amazonas, ainda que com grande população indígena, possuem índices de encarceramento menores do que a média nacional. Todavia, Relatório da Associação Brasileira de Antropologia – ABA (2008), referindo-se especificamente ao estado do Amazonas, contesta os números apresentados, indicando que:

Consciente de que os dados sobre população carcerária não tem a capacidade de refletir a situação de criminalização a nível estadual, é importante assumir como indicador a presença de conflitos no sentido dos dados levantados, especificamente os relativos ao tráfico internacional de entorpecentes. É pertinente aprofundar pesquisas sobre o tema nas terras indígenas de fronteira para compreender o fenômeno e suas complexas consequências para a população indígenas dessas regiões. (ABA, 2008, p. 16)

Dos dados informados, nota-se que Rondônia possui proporcionalmente a maior população indígena e também a maior população carcerária indígena. No caso do referido estado, isso se explica pela “invisibilidade legal”, conforme Stephen Baines (2015, p. 152-153), isto é, a descharacterização de sua identidade pelos operadores do direito, o que culmina com a negação dos direitos constitucionais no julgamento e execução dos crimes.

Em Mato Grosso do Sul, não é diferente. Conforme analisado no relatório “Situação dos Detentos Indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul” (2008), a ausência do acesso à informação das comunidades indígenas, o desinteresse dos cursos de direito das universidades públicas e privadas quando ao Direito Indígena, bem como o desconhecimento dos operadores do direito criminal (delegacias, varas criminais, promotorias e defensorias), são pontos que precisam ser superados para a correta aplicação do direito positivado aos povos indígenas.

Na análise do referido relatório, quando feito o levantamento percentual por tipo penal que ensejou a prisão, os números chamam a atenção: 44% presos por crimes contra a vida (homicídio, lesão corporal ou tentativa de homicídio); 27% presos por crimes sexuais (estupro, atentado violento ao pudor, crime sexual majorado por presunção de violência ou por parentesco da vítima); 11% presos por crimes contra a saúde pública (tráfico de drogas, seja na Lei 6.368/76, seja na Lei 11.343/06); e 9% presos por crimes contra o patrimônio (furto ou roubo). Destes, a cada dez, nove encontram-se presos em flagrante ou preventivamente, isto é, sem condenação irrecorrível, sendo que cerca de quatro quintos dos encarcerados são primários.

O relatório traz um dado que fortalece o argumento sustentado de que a violência existente nas comunidades é reflexo da própria situação de abandono a que se encontram submetidas. Mais de três quartos dos crimes acontecem dentro das comunidades em que habitam os encarcerados, sendo que em mais da metade dos casos, pelo menos uma das partes envolvidas (autor ou vítima) encontravam-se embriagados.

Contrariando o disposto nos artigos 9, 10 e 12⁷ da Convenção nº 169/OIT, 78% dos processos, não é garantido seu direito a presença de intérpretes; e apenas 01% dos casos foi levado em consideração as formas de punir da comunidade e a prevalência de penas alternativas à prisão. Nota-se que as disposições legais que garantem processamento e execução das penas de forma diferenciada se encontram quase que integralmente esvaziadas neste estado.

⁷ Art. 12 da Convenção nº 169- OIT: Medidas deverão ser tomadas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazerem compreender em processos legais, proporcionando-lhes, se necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

Portanto, há que se apontar as flagrantes situações de violação dos Direitos Humanos, bem como das garantias constitucionais não aplicadas na região e o porquê da incapacidade dos Direitos Humanos, enquanto agrupamento de garantias jurídicas mínimas propostas pelo modelo de Estado Nacional ocidental, na efetivação dessas garantias.

O Brasil é signatário de alguns Tratados Internacionais como a Convenção 169 da OIT e a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas e possui, em seu ordenamento jurídico, uma série de legislações que dispõem sobre demandas envolvendo povos indígenas. Além disso, o poder judiciário possui autonomia para aplicar estes tratados em primazia à legislação infraconstitucional⁸.

No campo do direito penal, estes tratados e legislações preveem a autonomia destes povos no limite do que não for contrário à legislação pátria e aos direitos humanos, determinando que o encarceramento deve ser evitado.

Os artigos 9 e 10, da Convenção 169 da OIT, vaticinam:

9.1 Desde que sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os métodos tradicionalmente adotados por esses povos para lidar com delitos cometidos por seus membros deverão ser respeitados.

9.2 Os costumes desses povos, sobre matérias penais, deverão ser levados em consideração pelas autoridades e tribunais no processo de julgarem esses casos.

10.1 No processo de impor sanções penais previstas na legislação geral a membros desses povos, suas características econômicas, sociais e culturais deverão ser levadas em consideração.

10.2 Deverá ser dada preferência a outros métodos de punição que não o encarceramento.

Desta forma, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, as prisões de indígenas e o processamento das condutas tipificadas possui um rito estabelecido que garante a pluralidade cultural indígena e o respeito à autonomia destes povos para a resolução de conflitos próprios.

⁸ Em julgamento da ADI 5240, o Supremo Tribunal Federal entendeu que todos os tratados internacionais com matéria relativa a direitos humanos possuem status infra constitucional e supra legal. Isto significa que quaisquer tratados e convenções das quais o Brasil for ou vier a ser signatário devem ser aplicados em prevalência sobre os Códigos Penal e de Processo Penal, e legislação criminal especial (p. ex, Lei de Drogas, Lei de Armas, Lei Maria da Penha).

Com isso, busca-se reconhecer a autonomia destes povos, conforme previsto no artigo 231, CF. Isto é, o reconhecimento da diferença cultural existente entre as diferentes nações que compõem a nação brasileira, que se mostra em códigos sociais diferentes.

Andréia Michelli Neves (2008, p. 198) analisa através do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro – CP, como estas classificações podem ter significados diferentes entre os indígenas e os não indígenas, concluindo que é necessário “estimular e aproximar o Direito das demais ciências, e da realidade”.

Vejamos o que dispõe o artigo 231 da Constituição Federal:

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.

Com este artigo, a República Federativa do Brasil, através de seu documento de máximo valor, põe fim à era do paradigma integracionista, dando início ao período de autonomia dos povos indígenas, comprometendo-se o país à criar atmosfera que reafirme este compromisso. Após interpretação do artigo, nota-se que o constituinte preocupou-se em apontar à União a proteção e o compromisso de cumprimento das medidas adotadas no texto constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 140, publicada em maio de 1995, entendeu de maneira diversa. A Súmula informa que “compete a justiça comum estadual processar e julgar crime em que indígena figure como autor ou vítima”. Interpretou-se que o termo “disputa sobre direitos indígenas” previsto no inciso XI do artigo 109, que confere competência aos juízes federais, possui valor restritivo, sendo aplicável somente em hipóteses onde a disputa esteja relacionada a conflito coletivo de direito.

Doravante passa a haver uma divisão de competência para julgamento das demandas criminais: a Justiça Federal possui competência para julgar crimes que envolvam a tutela dos direitos coletivos dos povos indígenas, enquanto à Justiça Estadual recai a competência para julgar processos de cunho individual que envolvam indígenas. Ao contrário, a Justiça Federal somente será palco de disputa em demandas que envolvam direitos que atinjam a coletividade.

A seguir veremos a diferença no rito e julgamento, através de análise de jurisprudências do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul – TJMS e de um processo específico que tramita na Justiça Federal.

Justiça Estadual de Mato Grosso do Sul

Neste momento, o entendimento que vale é o de que a Justiça Estadual é competente para julgar crimes que gravitem sob a órbita individual dos conflitos, não guardando relevância nenhuma para outros que não os envolvidos direta ou indiretamente.

Toda a legislação acima estudada não é utilizada, majoritariamente, pelo TJMS, ainda que completamente válida e eficaz. A realidade é que os aplicadores do direito se valem na maioria das vezes de senso comum para prolatar seus julgamentos.

Com o objetivo de comprovar este argumento, foram analisados 67 acórdãos do TJMS, entre os anos de 2008-2017. A pesquisa foi feita através de um buscador de jurisprudência, sendo utilizado como parâmetro “direito penal” e “indígenas”. O resultado foi que o parâmetro de análise da identidade indígena é sempre feito sob a ótica do não índio e ignorada a auto identificação. Além disso, o descomprometimento com os saberes de outras ciências é deixado de lado para a aplicação arbitrária do conhecimento do julgador.

Em muitos casos, a defesa dos indígenas arguiu o cabimento de regime menos gravoso do que o fechado ou a incidência da atenuante de pena prevista no artigo 56 do Estatuto do Índio em razão do grau de integração do indígena à sociedade, o que por si só já é reprovável do ponto de vista antropológico.

Toma-se como prova da integração à sociedade características como: a) trabalho (*RSE 0005609-65.2011; MS 4003484-91.2013; APL 0005359-30; ACr 019022-1; ACr 002071-1; ACr 001001-5*); b) saber ler e escrever ou nível mínimo de educação formal (*RSE 0005609-65.2011; MS 4003484-91.2013; ACr 011024-7; ACr 002071-1; ACr 032764-2; ACr 000004-9; ACr 036670-3; ACr 012398-4*); c) viver próximo à sociedade (*APL 0013169-87.2013; MS 4003484-91.2013; ACr 011024-7; ACr 032764-2; ACr 036670-3*);

d) ser eleitor (MS 4003484-91.2013; APL 0005359-30.2001; ACr 006066-3); e) falar minimamente a língua oficial (MS 4003484-91.2013; APL 0005359-30.2001; ACr 032764-2; ACr 000004-9; ACr 001001-5); e, f) outras decisões sem fundamento, alegando mero convencimento do magistrado (RSE 0003065-02.2006; RSE 0000746-79.2011; APL 0002630-27; APL 0029266-83; ACr 004926-7; ACr 017955-0; ACr 020291-4; ACr 021790-5; ACr 029472-1; ACr 020230-2; ACr 020022-9; ACr 026559-0; ACr 032568-3; ACr 034694-8; ACr 021762-3; ACr 027720-0; ACr 022938-8; ACr 017419-7; ACr. 000158-0).

Demonstrando a insegurança jurídica, é possível encontrar tanto julgados que entendem que a confissão extrajudicial de indígena que não fala o idioma oficial sem a presença de intérprete é irrelevante (APL. 0001161-02.2014) quanto a posição de que a relevância da confissão independente de intérprete (RSE 001064-76.2013; ACr 031984-8.). Encontramos também casos em que se nega a própria validade de convenções internacionais ratificadas no Brasil (APL 0002902-55.2010).

Desta análise, notou-se que o entendimento pela prescindibilidade de laudos antropológicos em julgamento de indígenas foi pela última vez sustentado em 2008 (ACr 014006-1 e ACr 014012-6) enquanto somente um acórdão foi encontrado que defendesse o costume como fonte primária de direito, com a absolvição do denunciado em razão da comunidade não rejeitar a conduta do agente (ACr 006979-2).

Analisando os argumentos apresentados sob a luz da teoria antropológica de Roberto Cardoso de Oliveira, o conceito de “fricção interétnica”, nota-se que todos os fundamentos são inválidos. Conforme este conceito, o choque causado pelo contato de culturas distintas, principalmente os pontos heterogêneos entre estas, resulta na reorganização destas culturas e de seus códigos, a fim de prevalecerem, em que pese o contato.

Havendo o choque dos interesses dos diferentes grupos, cada um destes se reforçará e adotará estratégias para perpetuação de seu próprio *modus*. Isto é dizer que, o fato de indígenas adentrarem o mercado de trabalho, se alfabetizarem e participarem ainda que de forma incompleta da formação educacional oficial, viverem próximas à sociedade dominante, serem eleitores e se comunicarem através da língua portuguesa, nada mais são do que estratégias de sobrevivência e perpetuação de suas culturas.

Esta perspectiva foi alçada na década de 1960 e a partir de então a antropologia superou o conceito de assimilacionismo. Todavia, as ciências jurídicas permanecem decidindo com base no conhecimento dominante na década de 1950.

Falta diálogo do Judiciário com as demais áreas do conhecimento, acreditando que a mera soma e subtração dos termos e dispositivos legais é suficiente para a prática e manutenção do bom direito. O conceito de indígenas integrados, em vias de integração e isolados, que trazia o Estatuto do Índio, foi superado pela Constituição Federal, ainda que não revogado.

O processo de assimilacionismo realizado pelo Estado Sul-matogrossense através dos institutos prisionais, tanto com a negativa de julgamentos à luz dos tratados e convenções internacionais, como com a inaplicabilidade das execuções penais conforme sua organização social é a razão destes alarmantes números.

Nota-se então, que embora exista a garantia legal quanto às especificidades necessárias ao julgamento e execução das penas de indígenas, estas são ignoradas pelos próprios aplicadores do direito, fundamentando-se em argumentos esquizofrênicos que devem ser questionados.

Quanto a este tema Becker; Souza e Oliveira (2013) investigam as justificativas apresentadas em processos criminais para a negativa de laudos antropológicos nas demandas envolvendo indígenas. Concluem que a restrição de direitos e acesso à justiça pode ser demonstrada pela recorrência de:

(...) três argumentos para negação da feitura de laudos, a saber: imputabilidade e inimputabilidade indígena; confusão entre perícia psiquiátrica e antropológica; remissão à taxionomia identitária dos indígenas como integrados, em vias de integração ou isolados. (BECKER; SOUZA; OLIVEIRA, 2013, p. 110)

Uma das dificuldades que os indígenas têm que enfrentar é a formalidade dos ritos judiciais. O ambiente imponente, a presença do juiz e do promotor, a forma objetiva com que as informações são exigidas nas audiências e a falta de domínio completo do idioma oficial dificultam, quando não inviabilizam o diálogo entre o indígena e o Estado representado.

Por este motivo se faz necessária a feitura de laudos antropológicos, bem como a oitiva e interrogatório dos indígenas em suas línguas maternas. A confecção de laudos antropológicos em processos criminais é, indiretamente, o Estado reconhecendo a existência destas culturas e se pondo em relação de horizontalidade.

É esta a postura prevista pela Constituição de 1988, isto é, a partir do referido diploma legal, com o capítulo indígena (Arts. 231-232), o Estado nega a teoria integracionista, garantindo aos povos indígenas o reconhecimento à *“sua organização social, costume, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”* conforme artigo 231.

Portanto, no Mato Grosso do Sul não se aplica as legislações extra nacionais, de forma que se tornam vazias, quando não negadas oficialmente pelo poder público, o que se dá por inércia do poder judiciário, visto que seus órgãos possuem autonomia para decidir pela aplicação destes acordos e tratados, desde a primeira instância até os tribunais superiores, nos termos do artigo 92 da Constituição.

Assim, vemos que este processo contínuo e histórico de negação dos direitos dos povos indígenas se dá em várias áreas e na execução penal não é diferente. Em que pese todo o arcabouço jurídico construído para garantir direitos a estes povos, a realidade é contrastante. Os números do encarceramento são alarmantes, além de imprecisos e até mesmo confusos.

Justiça Federal

O método adotado nos processos que tramitam na Justiça Federal – JF pode-se dizer muito mais democrático do que o método da Justiça Estadual. Isto por que, há uma preocupação com a pluralidade de vozes nas demandas que acometem povos indígenas. Há jurisprudência no sentido de sequer receber a denúncia em caso de ausência de laudo antropológico. A maturidade do pensamento do julgador na JF traz a consciência de que é fundamental ter dimensão exata da consciência de ilicitude do acusado em razão de sua diferente formação cultural.

Ademais, o diálogo de saberes em referidos processos é estimulado, aceitando-se a limitação do julgador e a participação de outros profis-

sionais, como no caso antropológicos, para o esclarecimento das diferenças culturais que se chocaram e acarretaram no conflito em debate.

Analisaremos a seguir um processo que tomou grandes proporções na região da Grande Dourados, quando cinco indígenas consumaram dois homicídios e tentaram um terceiro, sendo as vítimas policiais. Os indígenas foram pronunciados⁹ e submetidos a julgamento do Júri Popular no Estado de São Paulo, porque a cidade de Dourados foi considerada suspeita para o julgamento imparcial em decorrência da relação de inimizade que guarda com os povos indígenas.

Vejamos a síntese do processado feita em sentença de pronúncia:

Trata-se de denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, em desfavor de C.O., E.V., J.A.F, L.B.O e P.L, como incurso nas penas dos artigos 121, §2º, incisos III e IV (duas vezes), e artigo 121, §2º, incisos III e IV, c/c artigo 14, inciso II (uma vez), c/c artigos 29 e 69 todos do Código Penal, com base na prova produzida no inquérito policial.

Narra a inicial (fls. 1299/1312), em síntese, que, no dia 1º de abril de 2006, na rodovia, MS 156, distrito de Porto Cambira, Município de Dourados/MS, conjuntamente, os acusados mediante emboscada e crueldade mataram R.P.L e R.M.B e tentaram matar E.J.G.; que se valeram para executar o crime de golpes de facas, punhais, e pedaços de madeira conhecidos por “bordunas” bem como disparos de arma de fogo.

O feito inicialmente tramitou na esfera Estadual, a qual foi declarada incompetente, e os autos enviados para a Justiça Federal.

O processo, que iniciou sua tramitação na Justiça Estadual, foi enviado para a Justiça Federal em virtude das razões que culminaram no delito. Ficou demonstrado que os cinco indígenas teriam assassinado as vítimas em razão do conflito de terras, e em legítima defesa à sua comunidade. Assim, por não tratar o delito de esfera individual, mas sim coletiva, a Justiça Federal é quem possui a competência para julgamento.

Das provas levantadas, o laudo antropológico traz especial relevância, tendo narrado com profundidade de detalhes características culturais da comunidade na qual os indígenas denunciados estavam inseri-

⁹ Figura jurídica disposta no artigo 413 do Código de Processo Penal. Após a primeira fase de instrução, o juiz decidirá se o(s) acusado(s) deverão ir à Júri Popular para julgamento, o que fará mediante Sentença de Pronúncia.

dos, explicando fundamentadamente a motivação que os levou a prática do ilícito.

Ao final ficou demonstrado que as vítimas, policiais, foram até a aldeia onde residiam os denunciados, cenário de conflito de terras entre a comunidade indígena e o proprietário da terra. Os policiais teriam ido até a aldeia descaracterizados e iniciado uma série de disparos de arma de fogo, com o objetivo de amedrontar a comunidade e pressioná-los a deixar a área de conflito.

No referido documento, os denunciados foram ouvidos individualmente, bem como foram ouvidos membros da comunidade, onde ficou comprovado que já havia instaurada uma atmosfera de conflito pela terra, e que os denunciados não agiram de forma dolosa, isto é, com a intenção deliberada de tirar a vida dos policiais vitimados, mas que na verdade reagiram a uma agressão anterior, injusta e direcionada à toda a comunidade.

A comunidade não condenava a conduta dos denunciados e os mesmos, embora reconhecessem que é errado matar uma pessoa, não se sentiam culpados por terem agido em defesa dos seus. O Júri Popular realizado na cidade de São Paulo entre os dias 04 e 07 de junho de 2019¹⁰ considerou que os delitos foram praticados em virtude do relevante valor social da terra para a comunidade indígena e reconheceu o conflito possessória na região. A liderança da comunidade foi absolvida de todas as acusações e quatro indígenas condenados. Pode-se considerar que neste caso, com a realização da perícia antropológica e a determinação de cumprimento das penas em semiliberdade em estrutura da FUNAI, conforme art. 56 do Estatuto do Índio e arts. 9 e 10 da Convenção 160 da OIT, a Justiça preocupou-se em dar voz ao indígena, buscando compreendê-lo ao máximo, aceitando as diferenças sem a intenção de integrá-lo em algum momento, correspondendo ao que o constituinte pensou.

¹⁰Foram condenados a pena de prisão por dois homicídios e uma tentativa de homicídio: J.A.F, a 26 anos E.V, a 34 anos. L.B.O e P.L, foram condenados a 19 e 20 anos, respectivamente, por dois homicídios, mas, absolvidos de tentativa de homicídio. C.O foi absolvido de todas as acusações.

Considerações finais

Pela bibliografia levantada pôde-se perceber movimentos do estado oficial e da sociedade envolvente, desde restrição à liberdade até o confinamento, no sentido de alterar o modo de vida dos povos indígenas, em um momento histórico em que se imaginava ser possível uma “conversão” cultural dos povos indígenas.

Após o rompimento oficial do estado brasileiro com este paradigma integracionista, com a Constituição Federal de 1988, fez-se necessário uma reforma do ordenamento jurídico brasileiro, adaptando-se à nova realidade. Este processo também ocorreu no âmbito internacional, demonstrando a intenção dos Estados Nacionais em reparar os danos até ali causados a estes povos.

Com as novas posturas adotadas, caberia ao Poder Judiciário, como última instância, aplicar no caso concreto este direito conquistado pelos povos indígenas. Após realizada análise da jurisprudência do estado de Mato Grosso do Sul, que hospeda a segunda maior população indígena do país, percebeu-se que o direito à autonomia na resolução de conflitos e de um julgamento que respeitasse as diferenças culturais não existe de fato.

Os números do encarceramento indígena representam a disparidade entre o legal e o real, tanto em níveis estadual quanto federal, ainda que nos processos judiciais que tramitam em competência federal a aplicação legal, isenta de moralização, é mais possível. O atalho criado pelo Superior Tribunal de Justiça, através da súmula 140, retirou da esfera competente o debate acerca dos crimes envolvendo indígenas, o que trouxe consequências negativas ao direito criminal indigenista.

A maior razão para que o encarceramento indígena ocorra como no presente é o distanciamento entre as instâncias do conhecimento, além do despreparo dos operadores do direito, desde acadêmicos a ministros e desembargadores, e dos servidores do sistema carcerário para cumprirem o ordenamento jurídico.

Referências

ABA, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA. *Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil* – Relatório Final. Brasília/DF, 2008.

BAINES, Stephen Grant. A situação prisional de indígenas no sistema penitenciário de Boa Vista, Roraima. *Revista de Antropologia Vivência*, n. 46, p. 143-158, 2015.

BARRETO, Helder Girão. *As disputas sobre direitos indígenas*. In: SEMINÁRIO DE DIREITO AMBIENTAL5. *Anais do Seminário de Direito Ambiental*. Rio Branco: Centro de Estudo Jurídicos, p. 63-69. Rio Branco/AC, 2003.

BESPALEZ, Eduardo. *Levantamento Arqueológico e Etnoarqueologia na aldeia Lalima, Miranda/MS: Um Estudo sobre a Trajetória Histórica da Ocupação Indígena Regional*. Dissertação de mestrado Universidade de São Paulo, 2009.

BRAND, Antônio. *O impacto da perda da terra sobre a tradição Kaiowá/Guarani: Os difíceis caminhos da palavra*. Tese de doutorado Pontifícia Universidade Católica – RS, 1997.

BRAND, Antonio; COLMAN, Rosa S. & MACHADO, Neimar. Os Guaraní nas fronteiras do MERCOSUL. In: XXI Reunião Brasileira de Antropologia, 01 a 04 de junho de 2008. Anais Porto Seguro/BA. Disponível em: <http://www.abant.org.br>. Acesso em: 26/01/2017.

BRASIL. Ministério da Justiça (MJ). Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN*. Dezembro de 2014.

CARDOSO OLIVEIRA, Roberto. *Do Índio ao Bugre: o processo de assimilação dos Terena*. Livraria Francisco Alves. Rio de Janeiro, 1976.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. *Colonialismo, Território e Territorialidade: a luta pela terra dos Guaraní e Kaiowá em Mato Grosso do Sul*. Tese de doutorado UNESP, 2013.

CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA – CTI. *Situação dos detentos indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul*. 1ª ed. Brasília/DF: CTI, 2008.

CORREA, Lúcia Salsa. A Fronteira Indígena no Sul do Mato Grosso – Século XIX: Fontes Comentadas. *Tellus*, ano 02, n. 02, p. 155-169, abr. 2002.

ESSELIN, Paulo Marcos. *A pecuária bovina no processo de ocupação e desenvolvimento econômico do pantanal sul-mato-grossense (1830 – 1910)*. Dourados: Ed.UFGD, 2011.

NEVES, Andréia Michelli. Crimes contra dos costumes, costumes de quem? Uma análise das representações de indígenas em Dourados, MS, acerca dos crimes contra os costumes/estupro presumido. *Tellus*, ano 11, n. 21, p. 173-201, jul./dez. 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Alcida Rita. *Sociedades Indígenas*. 1^a Ed. São Paulo: Editora Ática S.A, 1986.

RIBEIRO, Darcy. *O povo Brasileiro: Formação e o Sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA FILHO, José Fonseca da. *Atividades turísticas e cultura na paisagem pantaneira dos municípios de Aquidauana e Corumbá no Estado do Mato Grosso do Sul – Brasil*. Dissertação de mestrado Universidade de São Paulo, 2015.

SEBASTIÃO, Lindomar Lili; ALMEIDA, Edielso Manoel Mendes de. *A Diáspora Guaná (Terena) no pós-guerra da tríplice aliança e os reflexos em seus territórios no Estado de Mato Grosso do Sul*.

PANORAMA DO TRATAMENTO PENAL DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

*Gabriel Barbosa Gomes de Oliveira Filho**

Introdução

O último Censo Demográfico de 2010, que incluiu perguntas específicas aos que se declaravam indígenas, permitindo uma boa compreensão da diversidade desses povos no Brasil, aponta a existência de 896 mil pessoas que se declaravam ou se consideravam indígenas, dos quais 572 mil, ou 63,8%, viviam em área rural e 517 mil, 57,7%, em Terras indígenas oficialmente reconhecidas. A formação do povo brasileiro inclui 305 povos indígenas, que falam pelo menos 274 línguas, fora indícios de aproximadamente 114 povos isolados. Em um país pluriétnico e multicultural, como o Brasil relatado por esses números, o pluralismo deve ser tratado com especial atenção pelos juristas.

Discriminados pela justiça nacional, marginalizados da formação jurídica do país e com seus métodos tradicionais desconsiderados no ordenamento, frequentemente são sujeitos às dificuldades de acesso à justiça. O desconhecimento das leis e, também, a distância desses grupos com o direito oficial e seus sistemas jurídicos, compartilhada com a parte da população que não tem os meios econômicos e o devido atendimento dos órgãos públicos, são obstáculos à garantia do acesso ao judiciário. Ao mesmo tempo que o Direito brasileiro se mantém indiferente às populações indígenas e suas manifestações jurídicas, o país vai edificando uma série de institutos próprios para eles, chamado de direito indigenista (MARÉS, 2009, p. 36). A este tratamento jurídico dos povos indígena, soma-se o direito penal e a justiça criminal, a versão mais repressiva e punitiva da legalidade do Estado.

* Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Pesquisador do Grupo Sociedade e Comunidade, Direito e Política da UERJ e doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: gabrielbarbosa@id.uff.br.

Neste trabalho busca-se traçar um panorama da situação em que os indígenas se encontram hoje frente ao Direito e a justiça criminal; e como se dá a interação entre o ordenamento jurídico brasileiro e os sistemas normativos indígenas.

O Direito e os povos indígenas

Em primeiro lugar, é importante reconhecer a dificuldade em caracterizar os povos indígenas e criar critérios para sua identificação. Para a Convenção 169 da OIT são considerados indígenas aqueles que descendem das populações que habitavam um país ou região na época da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e, que, independentemente da situação jurídica, conservem, completa ou parcialmente, suas próprias instituições sociais, políticas, culturais e econômicas (Art. 1º). Esses povos possuem conexão com o território, que fora o mesmo onde habitavam seus antepassados, e representam continuidade histórica em relação aos povos originários anteriores à chegada dos portugueses. A Convenção prevê que a consciência de um indivíduo sobre sua identidade indígena será considerada como critério fundamental para sua identificação (Art. 1.2).

Os direitos dos povos indígenas em manter e desenvolver suas próprias instituições é um direito fundamental assegurado pelas legislações internacionais de direitos humanos. Para este fim, considera-se que o termo instituições dos povos indígenas abrange as instituições propriamente ditas e, também, as práticas, costumes e padrões culturais. Entre essas práticas e costumes tradicionais indígenas, que resultam de um acúmulo coletivo dessas sociedades, há aquelas que se configuram como parte de um sistema jurídico próprio, que alguns autores atribuem o nome de direito consuetudinário.

Esses direitos nativos, que pressupõem um sistema normativo próprio e autoridades para elaborar essas regras, também compreendem a metodologia tradicionalmente empregada de resolução de conflitos ou situações problemáticas¹ dos membros dessas comunidades, inclusive as sanções. O leve ou alto nível de complexidade com a qual se deparam,

¹ Para não dizer crime, que traz consigo o significado limitado ao estilo punitivo da linha sócio estatal (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 101).

que não se confunde com avanço ou progresso, determina as possibilidades e necessidades práticas de cada coletividade. Os diversos sistemas jurídicos nativos que existem não se mantiveram estáticos e, portanto, passaram por transformações ao longo dos tempos, sendo influenciando uns pelos outros e, inclusive, pelo Direito brasileiro.

Os direitos indígenas, que são esses conjuntos de normas e procedimento internos a uma comunidade indígena com objetivo de regular as relações no âmbito desta, “e que para sua constituição concorram, em maioria, os elementos típicos do modo de vida peculiar e característico dos próprios povos” (ANTUNES, 1998, p. 136). Não se confundem com o direito indigenista, considerado “o ramo do direito positivo vigente na sociedade nacional que tem por função regulamentar a convivência entre as sociedades indígenas e esta mesma sociedade nacional” (ibid.).

Esses sistemas jurídicos próprios se encontram amparados no direito nacional e internacional, exemplo da Constituição de 1988, a Convenção 169 da OIT (Promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004) e a Declaração das Nações Unidas para os povos indígenas. Quando compatíveis com os sistemas jurídicos das nações em que se encontrem e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, esses métodos devem ser respeitados pelos Estados (Art. 9). O alcance desse direito vale também para os casos em que só seja possível a aplicação de procedimentos legais gerais a um índio acusado. Nesse cenário, as autoridades e tribunais deverão considerar os costumes do povo indígena envolvido durante o processo.

Os Direitos indígenas não se configuram como tendo normas escritas, promulgadas ou outorgadas por um Estado. Isso fez com que sua existência fosse questionada pelos estudiosos, legisladores, e juristas, uma vez que o direito é associado à figura do Estado e da sua codificação escrita. É uma questão que remete a outro debate dentro da Ciência do Direito, a existência de direitos dos povos sem escritas, que ainda enfrenta a dificuldade de conceber outras formas de direito, que não aquela já consagrada pelo modelo ocidental (COLAÇO, 2006). Wolkmer (2008, p 1-7), por exemplo, defende que os primeiros textos jurídicos estão associados ao aparecimento da escrita, não se podendo considerar a presença de um Direito entre povos que possuíam formas de organização social e política primitivas sem o conhecimento da escrita. Mas reconhece “cada povo e

cada organização social dispõem de um sistema jurídico que traduz a especialidade de um grau de evolução e complexidade”.

São sistemas jurídicos baseados em um conjunto disperso de usos, práticas e costumes, conformando uma “expressão da legalidade, de forma lenta e espontânea”, reiterados por um longo período e publicamente aceitos (WOLKMER, 2008, p. 4). Em suma, a necessidade de estabelecer uma certa ordem social, são desenvolvidas normas que regulamentam e atuam no controle social. Ainda que não se configurem como um Direito propriamente dito, possuem alto grau de aceitação na sociedade (MARÉS, 1998). Ou seja, ainda que não sejam escritas, a presença dessas normas e sistemas jurídicos possuem grande importância para as sociedades que os desenvolvem na medida em que se reproduzem dentro das relações sociais deste grupo. Pasukanis explica:

O Direito enquanto fenômeno social objetivo não pode esgotar-se na norma, seja ela escrita ou não. A norma, como tal, isto é, o seu conteúdo lógico, ou é deduzida diretamente de relações preexistentes, ou, então, representa, quando promulgada como lei estatal, um sintoma que nos permite prever, com uma certa verossimilhança, o futuro nascimento de relações correspondentes. Para afirmar a existência objetiva do direito não é suficiente conhecer seu conteúdo normativo, mas é necessário saber se este conteúdo normativo é realizado na vida pelas relações sociais. (PASUKANIS, 1989, p. 57)

Claramente as múltiplas formas nas quais o direito indígena se manifesta, refletem os inúmeros povos e grupos, de diferentes formações étnicas e troncos linguísticos, impossibilita a padronização ou uma uniformidade nos elementos jurídicos e sua aplicação (COLAÇO, 2006, p. 17). O direito indígena é múltiplo e, da mesma forma que não existe um único povo indígena, não se pode afirmar existir um único Direito. E mesmo dentro de um único grupo étnico, é possível afirmar existir diferentes costumes e práticas, conformando diferentes valores. Mas há semelhanças intrigantes, como por exemplo o caráter coletivista e a relação entre direito com a religião, a moral e os costumes. Da mesma forma ocorre com o entendimento do que é delito e a relação da sanção jurídica, moral e social. Por exemplo, para o direito guarani, os delitos são as ameaças à “coesão social, contra sua ordem sócio moral vigente, (...), contra a integridade sócio religiosa ou contra a unidade sócio territorial” (COLAÇO, 2006, p. 96).

O tratamento jurídico dos indígenas no Brasil

Apesar da contribuição dos três grupos étnicos reconhecidos como pilares da nacionalidade brasileira ter sido fundamental na formação de nossa cultura, não houve espaço para semelhante participação na formação jurídica. O direito brasileiro nasce não como algo construído ao longo dos tempos, mas imposto a partir da experiência lusitana. Foram descartadas as práticas costumeiras, que moldavam um Direito próprio e informal, encontradas nas práticas jurídicas não oficiais das comunidades de indígenas e negras. Os povos indígenas do Brasil, por sua peculiar característica de transmitirem os conhecimentos e tradições de forma oral, vivenciaram uma dificuldade mais forte na manutenção de sua cultura.

Outro resultado desse período histórico foi o genocídio e a escravidão (ZAFFARONI, 2007, p. 34-35) das populações indígenas que viviam no território americano, legitimado pelo discurso de que eram inferiores ou primitivos em relação aos europeus.

Como consequência, não integrar a legalidade apenas no papel de objetos de proteção jurídica. Por exemplo, a primeira das disposições legais a tratar dos índios foi o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, quando foi considerada pela metrópole portuguesa a posse dos nativos sobre suas terras. Dessa forma, o sistema penal que é violento e sempre voltado para a camada mais vulnerável da sociedade, vai assumir historicamente na América Latina um caráter étnico pelas suas características históricas, resultando no aprisionamento e extermínio dos indígenas, negros, mulattos e mestiços.

Durante o período da ditadura militar, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) foi extinto após uma investigação administrativa, sendo substituído pela FUNAI, a Fundação nacional do Índio. Posteriormente, a Lei nº 6.001 de 1973, conhecida como Estatuto do Índio, foi editada como solução aos problemas de patrimônio e terra indígena, visando sua assimilação como trabalhador livre (MARÉS, 1998, p. 23). O Artigo 1º desta lei é explícito quanto ao caráter e objetivo do Estatuto: “Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. Relacionado aos anseios da política integracionista, não possui entre seus dispositivos a proteção do conhecimento tradicional. Define índio, ou *silvícola* na linguagem do Estatuto, como “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” (Art. 3º, I, Lei 6.001/1973). Quanto aos povos indígenas, chamado de “comunidades” pela lei, seriam o “*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. 3º, II, Lei 6.001/1973, grifo próprio).

O Estatuto classificava, ainda, os índios em isolados, em vias de integração ou já integrados, e dedicou um capítulo às normas penais, onde tratou da atenuação da pena aplicada ao índio e da “tolerância” (Art. 57, caput, Lei 6.001/1973) a aplicação das sanções penais dos próprios grupos tribais. O artigo 56 desta legislação apresenta importante previsão de um regime especial para o tratamento penal do indígena: “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”.

Porém, essa legislação não se mostrou adequada para a garantia e efetivação dos direitos desses povos, na medida que se ateu à questão da terra e ao integracionismo. Este Estatuto encontrava-se em consonância com a lógica assimilacionista da Convenção 107 da OIT, editada em 1957 e ratificada pelo Brasil dez anos mais tarde. Esse cenário só vai se alterar alguns anos mais tarde, com a promulgação de uma nova Carta Política e a edição da Convenção 169 da OIT, de caráter autonomista. Por seu caráter, é difícil reconhecer a Lei 6.001 como recepcionada sob o atual sistema constitucional, só podendo ser considerada a recepção da parte da tutela do índio, especificamente na proteção e necessidade de respeito aos seus bens. Ou ainda, aceitar a recepção da norma que dá a administração do patrimônio indígena à FUNAI (MARÉS, 1998, p. 107-108).

A Constituição de 1988 foi a primeira atitude do direito pátrio no sentido contrário do integracionismo que regia as relações até então, passando a reconhecer o direito de ser um povo, com sua própria organização social e certa autonomia. O poder constituinte dedica um capítulo inteiro (VIII) para o reconhecimento dos povos indígenas, do direito à organização e à representação própria dos indígenas. O direito pátrio passou a aceitar o direito dos indígenas de continuarem a ser índios, livres da obrigação de um dia serem integrados na sociedade nacional como trabalhadores. Foi, então, reconhecida a titularidade de direitos coletivos e difusos, como ao patrimônio cultural e ao equilíbrio ecológico. A partir

da CRFB/88, os índios, individualmente, ou as comunidades e organizações indígenas, são partes legítimas para postular em juízo a defesa de seus direitos coletivos (além do MP e da FUNAI).

Entre eles, o respeito aos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira garantido, nos arts. 215 e 216 da CRFB/88, e a garantia da proteção das suas organizações sociais, costumes, línguas, crenças, tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, no art. 231, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Os direitos coletivos dos povos indígenas não são passíveis de alienação, são imprescritíveis, inembargáveis, impenhoráveis e intransferíveis, só podendo ser considerados titulares os membros daqueles povos. Dividem-se em três categorias: direitos territoriais, os culturais, e os de organização social própria. Dentro desses, o de maior relevância para o tema do tratamento penal, é o direito à auto-organização, refletindo as formas de poder interno, de representação e de direito, inclusive o poder do povo da solução aos conflitos internos, segundo seus usos, costumes e tradições, naquilo que se pode chamar de jurisdição indígena (MARÉS, 2009). Também de importância para os povos indígenas, ressalta-se, o artigo 5º, XLII, que prevê o racismo como crime, e o artigo 242 que prevê o ensino da contribuição das culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

Mas as previsões constitucionais, que poderiam gerar imensas transformações, não foram suficientes para concretizar todos os direitos. Por exemplo, a Constituição garante a perpetuação dos povos indígenas sem, contudo, explicitar a defesa dos conhecimentos tradicionais. Soma-se, ainda, os obstáculos que as legislações anteriores ainda significam. Ademais, há limitações aos direitos coletivos dos povos indígenas na própria Constituição, que ainda refletem um pensamento jurídico monista. Por exemplo, a CRFB ainda prevê a língua portuguesa como único idioma oficial (Art.13, CRFB/88); que a União legisla privativamente sobre as populações indígenas (Art. 22, CIV, CRFB/88) que o Congresso Nacional possui competência exclusiva para autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais (Art. 49, XVI, CRFB/88); ou que aos juízes federais compete processar e julgar disputas sobre direitos indígenas (Art. 109, XI, CRFB/88).

Há mais de vinte anos se discute no Congresso Nacional o PL 2.057/91, sobre os direitos indígenas que revê a Lei 6.001/73. De autoria do, então, Deputado Federal Aloizio Mercadante (PT/SP), o Estatuto das Sociedades Indígenas busca adequar a atual legislação indigenista com as mudanças introduzidas no ordenamento pátrio após o atual texto constitucional e os tratados internacionais de direitos humanos. Segundo a exposição de motivos, “regulamentando esses dispositivos especiais e coletivos, complementando-os naquilo que a Constituição foi, e teve que ser, omissa” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1991). A jurisdição indígena é reconhecida pelo artigo 6º do projeto, garantindo que “as relações internas a uma sociedade indígena serão reguladas por seus usos costumes e tradições” (ibid.) O projeto enfrenta uma conjuntura difícil no Congresso, marcada pelo poder e tamanho da bancada ruralista, pela defesa do agronegócio e pelas investidas contra direitos indígenas, suas terras e a FUNAI.

No plano internacional, para os mais de 370 milhões de membros de povos indígenas no mundo todo, o final do século XX, igualmente, significou avanços. Data de 1940, a primeira tentativa latino-americana de organizar internacionalmente as leis indigenistas com o 1º Congresso Indigenista Interamericano de Pátzcuaro no México. De especial relevância para o direito internacional dos direitos humanos, os direitos indígenas já foram se tornando objeto de variados instrumentos internacionais. Em 1957, o Convênio 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Populações Indígenas e Tribais adotou diversas proposições de caráter obrigatório para os países signatários, tendo como objetivo orientar as ações dos governos em matéria indígena. Imbuído do espírito integracionista, seu preâmbulo prevê como alvo das ações as populações “que não estão integradas ainda na coletividade nacional”. Inseridos na mesma lógica, cita-se, ainda, a Convenção para prevenção e repressão ao genocídio da ONU em 1948; da Convenção relativa à luta contra discriminação no campo do ensino da UNESCO em 1960; da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial em 1966; da Agenda 21 da ONU, fruto da Rio 92.

Em 1989, com participação de representantes das organizações indígenas, que a Organização Internacional do Trabalho aprovou a Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, dando protagonismo a diversidade étnica e cultural dos países signatá-

rios. Pensado como substituição ao Convênio 107, é considerado atualmente a ferramenta de caráter vinculante com maior eficácia e que mais avanços traz em relação aos direitos indígenas, como a consciência da identidade como critério para a definição do sujeito do direito e da identificação dos grupos como povos sujeitos de direito coletivo. Apesar da demora no caso do Brasil, a maior parte de suas ratificações vem da América Latina e o Caribe. Não à toa, uma vez que as regiões das antigas colônias ibéricas resultaram em Estados multilíngues e multiculturais, com a população indígena constituindo porcentagem significativa da população interna, quando não a maioria.

A Resolução 169 da Organização Internacional do Trabalho introduziu grandes mudanças na abordagem do direito sobre as tradições dos povos indígenas, objeto de consideração por parte de tribunais de distintos países de América Latina. Em especial, no tratamento penal ao garantir aos indígenas submetidos à justiça criminal estatal, o direito a um intérprete (Art. 12) a preferência pelas penas não privativas de liberdade, quando possível (Art. 10.2), e o dever das autoridades judiciais em levar em conta os costumes e características culturais dos povos indígenas em matéria penal (Arts. 9.2 e 10.1). Quanto ao tema do direito consuetudinário, há a previsão dos Estados signatários respeitarem os sistemas de justiça próprios dos povos ou comunidades indígenas, levando-se em consideração o limite da observância dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição e pelos direitos humanos internacionalmente reconhecidos (Art. 9.1).

Posteriormente, surge a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2006 pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, que passa a reconhecer os povos indígenas como sujeitos coletivos de direito, com identidade étnica específica e direitos históricos imprescritíveis. Prevê ainda, o direito à autonomia e ao autogoverno dos povos em questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, destacando o direito a dispor dos meios para financiar suas funções autônomas. No mesmo sentido, a previsão do direito destas populações a decidir, junto com o Estado, sobre os recursos naturais nos seus territórios, e sobre o exercício da justiça comunitária, de acordo com seus valores e tradições ancestrais, legitimando assim suas autoridades locais.

O direito internacional dos direitos humanos, ao incluir os povos indígenas na proteção de instrumentos normativos com eficácia suprana-

cional, serviu como referência na elaboração de legislações, políticas públicas e decisões judiciais (SANTOS FILHO, 2005, p. 13). O efeito no ordenamento jurídico interno que sucedeu as ratificações à Convenção inaugurou um momento de reformas de texto constitucionais e efervescente criação legislativa em matéria indígena na região. A incorporação de conceitos avançados quanto aos direitos dos povos e comunidades indígenas nos textos constitucionais dos países signatários como “povo e comunidade indígena”, “autoidentificação”, “territórios tradicionais”, “autonomia”, “consulta”, “usos e costumes”, entre outros – aparecem acolhidos, de uma ou de outra, em constituições e em normas legais nos diferentes países da região (BARIÉ, 2003, p. 58-62).

Entre os princípios, que vieram a compor os direitos internacionais dos direitos humanos, alguns inovadores e com profundo significado para os povos indígenas. A tradição indígena de autogoverno, interrompida pela colonização ou negada pelos Estados pós-coloniais, é representada pelo princípio da autodeterminação, permitindo-lhes o gerenciamento das suas necessidades, autonomia, autogoverno, autogestão. Isso significa reconhecer seus órgãos tradicionais de tomada de decisões políticas e sistema judicial e consultá-los previamente sobre qualquer projeto que afete suas terras e recursos². O direito à administração da justiça e suas leis consuetudinárias, “quando compatível com os direitos humanos”, deve ser estabelecido sempre nos conflitos que envolvem indígenas. A justiça nacional deve conviver com a justiça indígena e, nos casos que tratem de indígena, utilizar suas próprias línguas e considerar seu direito consuetudinário³. Ressalta-se, ainda, o reconhecimento dos mesmos direitos à população indígena urbana, resultado da migração, muitas vezes causadas por danos ambientais, conflitos fundiários, falta de assistência e serviços básicos.

No Brasil, os tratados internacionais como estes são incorporados ao ordenamento jurídico, inclusive com hierarquia constitucional quando tratar de direitos humanos. Internalizado por um procedimento que se inicia com sua assinatura, é apreciado pelo Congresso Nacional que, caso

² Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Artigos 3, 4, 18, 19, 23 e 32.

³ Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Artigos 13, 34 e 40. E Convenção nº 169 da OIT, Artigos 8 a 12.

aprovado, é promulgado pelo Presidente do Senado em forma de Decreto Legislativo. Retorna ao Executivo quando, então, é ratificado pelo Presidente da República para posterior troca ou depósito de cartas de ratificação. Quando publicado, considera-se incorporado à legislação interna, estando o país vinculado ao tratado. Portanto, passa a ter força normativa e deve ser cumprido internamente e aplicado pelo judiciário brasileiro. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos poderão ser considerados equivalentes às emendas constitucionais quando forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros⁴. Isto significa que os dispositivos convencionados passarão a ser parte do bloco de constitucionalidade⁵, servindo de parâmetro, inclusive, para o controle de constitucionalidade. Por se tratarem de direitos e garantias fundamentais, são considerados, ainda conforme a CRFB/88, de aplicação imediata⁶ e “passam a ser cláusulas pétreas da Constituição, não podendo ser suprimidos nem mesmo por emenda constitucional (art.60, §4º, inciso IV da CRFB/88 c/c o art. 5º, §§ 1º e 2º da CRFB/88)” (MAGALHÃES, 2000, p. 112).

O tratamento penal dos povos indígenas

O tratamento penal do indígena no presente é marcado pelos confrontos que o direito penal moderno e a justiça criminal vivenciam com a cultura e a tradição dos povos indígenas. As legislações penais brasileiras, anteriores aos tratados internacionais sobre o tema e ao atual sistema constitucional, são obstáculos para a efetivação dos novos direitos garantidos aos índios. No país, ainda se utiliza do grau de integração do indígena à sociedade para o reconhecimento da inimputabilidade. Como dito anteriormente, o Código Penal de 1940, ainda em vigor, trata dessa questão incluindo os indígenas não integrados entre os que possuem “desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Também são aplicáveis aos

⁴ Art. 5º § 3º, CRFB/1988, com a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

⁵ “O [conceito de] bloco de constitucionalidade possui origem francesa, (...) a decisão do seu Conselho Constitucional, que, em 16 de julho de 1971, reconheceu o valor jurídico do preâmbulo constitucional da atual Constituição francesa de 1958, assim como das normas que este faz referência, que são a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o preâmbulo da Constituição de 1946, entendido como incorporados ao texto da Constituição de 1958” (PADILHA, 2012, p. 116).

⁶ Art. 5º § 1º, CRFB/1988.

indígenas que pratiquem eventos criminalizáveis, as previsões de atenuação da pena para o indígena e o regime de semiliberdade da Lei 6.001/73. Reflexo do pensamento assimilacionista do Convênio 107 da OIT, ambas previsões acabaram se tornando objeto de permanente disputa jurisprudencial e sujeitas às reinterpretações à luz da posterior Convenção 169.

O tratamento penal do indígena pode transformar-se apenas com a adequação da interpretação do Código Penal com os preceitos da Constituição de 1988, sem que sejam necessárias profundas transformações legislativas, resultando apenas da observação da teoria do delito. Porém, a responsabilidade penal trata-se de um dos temas que desperta forte preconceito na sociedade, em relação aos povos indígenas. Há um entendimento de que o indígena está em uma situação privilegiada na esfera criminal, sendo associado à ideia de impunidade. Ocorre que, em razão de suas peculiaridades socioculturais, surge a necessidade de um tratamento diferenciado aos índios acusados de praticar infrações penais, em respeito à diversidade cultural. Não sendo aceitável utilizar o direito penal como ferramenta que obrigue os povos indígenas a atuarem conforme os valores culturais externos aos seus.

Uma conduta para ser considerada criminalizável, como já foi citado, deve ser típica, ilícita e culpável. O conceito jurídico de culpabilidade não é científico, mas pode ser resumido pela reprovabilidade de uma conduta, que é variável segundo os valores de cada sociedade. Segundo a Teoria finalista, seus elementos, ou pressupostos, são a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa. Dentro da racionalidade da pena como forma de reparação, busca-se atrelar o *quantum* de liberdade a ser tomada do indivíduo proporcionalmente a culpa deste (PASUKANIS, 1989, p. 157). Ou seja, a pena não deve ser imposta senão quando a conduta do indivíduo lhe for reprovável, ainda que tenha causado um resultado ilícito (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011).

No Brasil, a discussão sobre a culpabilidade do indígena é tratada de duas formas: a primeira é pela utilização do pressuposto da inimputabilidade, baseado na ideia do desenvolvimento mental incompleto do índio, ou seja, atrelando sua situação peculiar com a inferioridade social e econômica; a segunda, pela adoção do princípio da individualização da pena, que tem baseado os tribunais a atribuírem um tratamento penal

distinto na medida da especificidade cultural de cada índio. A inimputabilidade relaciona-se com a capacidade psíquica de um indivíduo ser sujeito de reprovação, abarcando a compreensão da antijuricidade de sua conduta. Já a individualização da pena tem previsão constitucional (Art. 5º, XLVI, CRFB/88), garantindo que as penas serão fixadas com base no caso concreto, sendo possível o magistrado avaliar qual delas será aplicada, se restritivas de direito, penas alternativas, multa, etc. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 126). A previsão do indígena estar incluído no dispositivo legal que trata do desenvolvimento mental, comparando-os a situação peculiar dos surdos-mudos, é utilizado por grandes nomes da doutrina especializada como Hungria, Mirabete, Damásio, Miguel Reale, entre outros (REZENDE, 2009, p. 73). Heleno Cláudio Fragozo admite esse entendimento, mas esclarece ser impróprio dizer que possuam desenvolvimento mental incompleto.

Ressalta-se o caráter assimilacionista da expressão, que abre margem ao entendimento de que se o desenvolvimento mental se completará, tal qual o das crianças e adolescentes, a partir da vivência em nosso meio e na internalização dos valores da sociedade nacional. Ainda que a intenção de proteger o indígena do aparato penal possa ser considerada louvável, um Estado democrático de Direito não pode permitir a adoção de tratamento que coloque o indígena em situação de desenvolvimento mental incompleto, mas não seria justo desconsiderar totalmente as peculiaridades de sua cultura. A adoção do critério da inimputabilidade, como se viu, contraria os preceitos dos direitos dos povos indígenas recém editados, fazendo com que parte da doutrina defenda tratar a questão penal do índio voltando-se para a inculpabilidade. Dessa forma, o índio não conseguiria adotar determinado comportamento em razão de sua cultura ou de seus costumes e, ao cometer um fato punível, ainda que tenha conhecimento da ilicitude do fato, não compreende seu caráter delituoso. A inculpabilidade ocorre da ausência de conhecimento da antijuricidade da conduta, pelo erro de proibição (YRUTETA, 1981, p. 130).

Ainda que ambos sejam elementos da culpabilidade, as diferenças entre os critérios da inimputabilidade e do erro de proibição, no que toca à questão indígena, repercutem tratamento que será dado a esses povos. O inimputável é encarado como psicologicamente incapaz; já o inculpável é completamente incapaz, mas não pode ter sua conduta específica reprovada em razão do erro ou por não se exigir do autor, outro modo de

agir naquele momento. As consequências também repercutem a diferença: o primeiro será absolvido com a imposição de medida de segurança; o segundo, na legislação penal brasileira, pode isentar de pena, pois exclui a consciência da ilicitude e sua culpabilidade. Ou seja, a contrário da inimputabilidade, a inculpabilidade não acarreta qualquer consequência penal.

Ocorre que, muitas vezes, há situações em que o indígena possui conhecimento do caráter ilícito do fato, mas não o compreende em razão de seus valores culturais. Zaffaroni e Pierangeli apontam o “erro culturalmente condicionado” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 558), espécie do erro de proibição, como a devida forma de considerar que os povos indígenas não internalizam as regras dadas pela norma por não se tratarem de uma cultura na qual foram educados. Um exemplo apresentado por eles é o do indígena que masca a folha sagrada da coca desde criança não conseguir internalizar o fato da posse dela ser proibida. Pode-se citar, ainda, alguns povos que incentivam a relação sexual entre adultos e adolescentes como um ritual de iniciação para a vida adulta, ainda que a legislação ordinária considere estupro a relação sexual consentida com menores de quatorze anos. Ou, ainda, os eventos de crimes contra o meio ambiente praticados por estes povos em terras indígenas que sobrepõem áreas de proteção ambiental. Eles sustentam que no erro de proibição, além do erro que age no conhecimento da ilicitude, existe também o erro na compreensão da ilicitude. Ou seja, mesmo conhecendo o dispositivo legal, a internalização dos valores que contém não é possível por serem desconhecidos ou incompatíveis com a cultura do agente. Nesses casos, quando o condicionamento cultural do agente não permita a compreensão da norma, entendida como o conhecimento da norma mais a internalização de seu valor, dá-se o erro culturalmente condicionado.

Essa diferenciação entre conhecimento e compreensão não é acompanhada pelos autores criminalistas brasileiros. Apontado por REZENDE (2009, p. 93) como uma alternativa possível ao tratamento penal do indígena no Brasil, o critério da inexigibilidade de conduta diversa já está presente no artigo 22 do Código penal. Ainda o dispositivo trate da coação irresistível e obediência hierárquica, a aplicação para o indígena seria utilizada em casos que estes atuem em conformidade com os valores de seu povo. A intenção é partir da análise de cada caso, não colocando todos os indígenas em uma categoria jurídica, a exemplo de inimputáveis.

O que parecer se inaceitável é a manutenção da atual forma de tratamento penal dos povos indígenas que desconsidera as legislações nacionais e internacionais sobre o tema. O tratamento penal correto do indígena, que respeite sua diferença cultural, pressupõe afastar a ideia de sua impunibilidade e a discriminação que esse conceito acarreta. É necessário que o magistrado, ao se deparar com um indígena, produza laudo antropológico para avaliar se o ato praticado viola os valores inerentes a seu povo para poder avaliar a real consciência da ilicitude desse indivíduo. Por fim, respeitar as garantias acrescentadas pela Convenção nº 169 da OIT, inclusive com previsão semelhante no Estatuto do Índio, de não se utilizar da pena privativa de liberdade e prezar pela solução não penal.

A competência para processar e julgar os eventos criminalizáveis que envolvam membros dos povos indígenas, seja na condição de réu ou na condição de vítima é motivo de recorrentes conflitos entre a Justiça Federal e a Estadual, frequentemente demandando solução do Superior Tribunal de Justiça. Para a definição da competência, os tribunais observam se nas circunstâncias do evento praticado há disputa pelos direitos indígenas previstos no artigo 231 da Constituição da República de 1988, ou seja, quando envolverem sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A partir dessa análise, nas situações que envolveram os direitos do artigo supracitado segue-se a previsão constitucional do artigo 109 da CRFB/88: “a competência da justiça federal é reservada às disputas sobre direitos indígenas”. Do contrário, observa-se o que preceitua o enunciado da Súmula nº 140 do STJ, segundo o qual: “Compete a Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”. Entendimento que é respaldado pelo Supremo Tribunal Federal⁷.

Em síntese, a lesão ao bem jurídico individual de um indígena, como a vida ou integridade, não se caracterizam como de interesse da

⁷ “O Plenário do Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a competência da Justiça Federal, fixada no art. 109, XI, da Constituição Federal, só se desata quando a acusação seja de genocídio, ou quando, na ocasião ou motivação de outro delito de que seja índio o agente ou a vítima, tenha havido disputa sobre direitos indígenas, não bastando seja aquele imputado a silvícola, nem que este lhe seja vítima e, tampouco, que haja sido praticado dentro de reserva indígena” (STF, RE 419.528, Rel. p/ acórdão Ministro CEZAR PELUSSO, PLENO, DJU de 09/03/2007, p. 26).

União e não é levado à justiça federal. Só é considerado relacionado aos direitos indígenas, quando afetam a totalidade de uma comunidade ou que abrangem suas culturas e tradições, tratamento que abre espaço para a justiça comum estadual aplicar indiscriminadamente o direito nacional aos indígenas. A observação dos tratados internacionais e dos direitos constitucionais não abre margem para essa interpretação da competência a partir do tipo de crime, cabendo ao tribunal definir apenas se há identificação do acusado com um grupo indígena para confirmar-se o interesse da União, e da FUNAI, na tutela da defesa dos indígenas (SANTOS FILHO, 2005, p. 93-103). Por estar permeada pela lógica integracionista e pela necessidade da construção de uma jurisprudência uniforme sobre os direitos indígenas, faz-se necessária a revisão da Súmula 140 do STJ para acompanhar as mudanças nos direitos indígenas já assegurados.

Segundo um relatório sobre a criminalização e situação prisional de índios no país realizado a partir de um convênio entre a Procuradoria Geral da República e a Associação Brasileira de Antropologia (SILVA, 2008), os principais eventos criminalizáveis envolvendo indígenas no Brasil são homicídio, narcotráfico e estupro. Ainda não foi possível aferir o percentual de eventos criminalizáveis praticados por índios contra índios, sendo uma impressão geral a percepção de que a maior incidência deste que tem levado os índios para as prisões resulta dos cometidos contra outros índios, como homicídios, estupros, tráfico e furtos. Nas comunidades indígenas que vivem nas fronteiras do país, por sua suscetibilidade às ações do tráfico internacional e de aliciadores, percebe-se o aumento da atribuição de tipos penais da Lei 11.343 de 2006, a Lei de Drogas, aos indivíduos indígenas. A pesquisa relaciona os eventos criminalizáveis praticados por índios no Brasil e seu conseqüente aprisionamento com a baixa qualidade de vida existente nas aldeias de origem, mesmo em áreas regularizada. Soma-se ainda as dificuldades que as formas tradicionais de resolução de conflitos encontram em “contextos de desorganização social, como são aqueles resultantes do impacto de frentes de expansão econômica da sociedade nacional, regiões de fronteira internacional ou na periferia de grandes cidades (SILVA, 2008, p. 37).

Percebe-se, ainda, o desconhecimento de policiais, agentes carcerários, delegados, promotores, procuradores, juizes e indigenistas de órgãos oficiais ou da sociedade civil, acerca da legislação aplicável aos ín-

dios acusados criminalmente e as recomendações da Convenção 169 OIT, como o reconhecimento das formas tradicionais de resolução de conflito e punição ou o dispositivo que prevê evitar a prisão como forma de punição. O relatório traz uma constatação perversa: a violência cometida contra os índios no sistema penal; e utilização da criminalização com visando a pressão fundiária sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas. A pesquisa constata também que “as autoridades policiais e judiciais, bem como pesquisadores, não sabem quem são, quantos são e por que estão sendo presos os índios no Brasil”, revelando que a

Antropologia e o Direito estão alheios ao que se passa nas instituições policiais, judiciais e penais no país, e também alheios ao que se passa em áreas indígenas submetidas a diferentes sistemas interestnics e que geram variadas formas de pressão sobre a organização social das populações indígenas. Menor ainda é o conhecimento sobre como estas instituições policiais, judiciais e penitenciárias vem interagindo e transformando as vidas indígenas. (SILVA, 2008, p. 5)

A pesquisa, que buscava mapear a situação do indígena aprisionado no país, tropeçou com um dos maiores obstáculos à implementação da Convenção 169 da OIT no país, que é a total falta de informações sobre o indígena submetido à justiça criminal. Os direitos previstos internacionalmente aos indígenas, entre eles a autoidentificação, são de observação obrigatória no país e devem ser assegurados já no primeiro contato do órgão policial com o abordado, se necessário com servidor capacitado em direitos humanos. Permanece o senso comum do indígena como indivíduo sem contato com a sociedade nacional, de vestimentas distintas, ferramentas primitivas e, principalmente, de ascendência pré-colombiana, este último critério positivado no Estatuto do Índio. No cotidiano das instituições judiciárias, não é utilizada uma metodologia definida de identificação da origem étnica dos presos e, apesar de sua inegável existência, são invisibilizados nas estatísticas das instituições competentes. Essa “descaracterização étnica” (SILVA, 2008, p. 4), mesmo sendo possível a identificação do indivíduo como indígena por seu endereço ou nome, abarca a informação da etnia a qual pertence, sendo quase impossível encontrá-la. Da mesma forma não são anotados se as condutas são praticadas contra outros membros do próprio grupo, contra outros grupos indígenas ou não indígenas.

Percebe-se que, na prática do tratamento penal dos povos indígenas, aplicam-se as legislações penais indigenistas integracionistas, sem levar em consideração os preceitos novos. Reforçando a ideia do território como critério de identificação, o aparato estatal utiliza-se da diferenciação entre indígenas *aldeados* e *desaldeados* para aplicar certos direitos dos indígenas, na lógica do Estatuto do Índio e desconsiderando a auto-identificação prevista pela OIT⁸. Uma demonstração disso é o endereço, se residente em terra indígena reconhecida, ser uma das únicas formas de identificação do indígena dentro do sistema penal brasileiro. Registra-se, ainda, duas reclamações apontadas pela pesquisa que devem ser consideradas para a análise do tratamento penal do indígena: a falta de instrução por parte dos órgãos competentes como Ministério Público Federal, Procuradoria da FUNAI e Defensoria Pública; e falta de regulamentação da qualificação e identificação étnica do acusado no inquérito (SILVA, 2008, p. 28).

Conclusão

Apesar das novas previsões do direito internacional, as legislações nacionais ainda apresentam restrições à contribuição da diversidade cultural dos povos indígenas. Isso ocorre, pois, o reconhecimento de que há culturas diferentes, não foi acompanhado da equiparação do status entre elas e a suporta cultura “nacional”. Entre os motivos para esse fenômeno, está o temor desse poder interno dos povos e grupos indígenas resultarem em novos Estados Nacionais. O que fazem então é aceitar as jurisdições indígenas, na medida em que estejam de acordo com a lei nacional ou quando se tratarem de delitos de pequeno potencial ofensivo. Evitando-se a aplicação dos costumes e direito indígena quando são afetados interesses econômicos do Estado ou de terceiros, em especial quando se trata da terra, território e recursos.

A ratificação da Convenção 169 da OIT abre espaço para um novo tratamento jurídico ao indígena, cabe aos juristas continuarem acompanhando sua implementação pelo judiciário brasileiro. Os aspectos coletivos do direito indígena podem servir como aporte para o desenvolvi-

⁸ Uma ressalva que merece destaque é o reconhecimento e a utilização do critério da auto-identificação pelo STJ, com base na Convenção nº 169 da OIT, em face do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – RMS 30675 / AM.

mento do pluralismo jurídico, requisito indispensável do multiculturalismo. O reconhecimento constitucional dos sistemas jurídicos dos povos indígenas aparece, particularmente, nos exemplos constitucionais andinos, como importante instrumento para contemplar os direitos e práticas tradicionais. A transformação do tratamento penal dos indígenas parece perpassar pelo reconhecimento definitivo de suas próprias formas de soluções alternativas de conflitos internos, a partir de um processo de discussão que conte com a participação desses povos originários.

Referências

ANTUNES, Paulo Bessa. *Ação Civil Pública, Meio ambiente e terras indígenas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BARIÉ, Cletus Gregor. *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. Bolívia: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas/Gobierno de México/Abya Yala/Banco Mundial, 2003.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de leis e outras proposições. PL 2057/1991. *Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas*. Autoria de Aluizio Mercadante PT/SP.

COLAÇO, Thaís Luzia. *Incapacidade indígena tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões Jesuíticas*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*. 1 ed. Niterói: Luam, 2003.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARÉS, Carlos Frederico. *Estatuto dos Povos Indígenas*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009.

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

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales em la práctica*. Un guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT. Perú: Programa para promover el convenio núm. 169 de la OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional sistematizado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

REZENDE, Guilherme Madi. *Índio – Tratamento Jurídico-Penal*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. *Apontamentos sobre o Direito Indigenista*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, Cristhian Teófilo da (coord.). *Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil*. Relatório Final. (Edital Projeto de Pesquisa ESMPU nº 19/2006). Brasília: Associação Brasileira de Antropologia, 2008.

WOLKMER, Antonio. Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

YRUTETA, Gladys. *El Indígena ante La Ley Penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciências Jurídicas y Políticas, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9 ed, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CORPOS INDÍGENAS E JUSTIÇA CRIMINAL NO CONTEXTO SOCIAL DE MATO GROSSO DO SUL

Luiz Henrique Eloy Amado*

Anderson de Souza Santos**

Introdução

Neste trabalho apresentamos aspectos preliminares de pesquisa elaborada no âmbito de projeto “*Situação prisional e Justiça criminal para os índios Guarani Kaiowá de Mato Grosso do Sul*”, executado pelo Núcleo de Assessoria Jurídica Popular de Mato Grosso do Sul, com recursos do Fundo Brasil Direitos Humanos¹. O objetivo principal do empenho era consolidar dados relevantes a respeito da situação dos detentos indígenas Guarani Kaiowá no estado, bem como provocar reflexão crítica a respeito da justiça criminal brasileira e os direitos e garantias processuais dos indígenas, enquanto sujeitos nos procedimentos penais.

Não é a primeira vez que esta temática é abordada. Em 2006, a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), publicou trabalho em relação aos detentos indígenas dos estados de *Rio Grande do Sul*, *Bahia* e *Amazonas*. Em relação a Mato Grosso do Sul tínhamos como ponto de partida o diagnóstico elaborado pelo Núcleo de Estudos e Pesquisa das Populações (NEPPI/UCDB), em parceria com o Centro de Trabalho Indigenista (CTI), em 2009². O trabalho que resultou na publicação do diagnóstico “*Situação dos Detentos Indígenas no Mato Grosso do Sul*”, apresentou dados referentes ao quadro jurídico e social dos detentos, e apontou para o desrespeito aos direitos e garantias processuais dos detentos indígenas. No ano de 2006,

* Advogado indígena Terena. Doutor em Antropologia Social pelo Museu Nacional (MN-UFRJ). Cofundador do Núcleo de Defesa e Assessoria Jurídica Popular de Mato Grosso do Sul (NAJUP/MS). Assessor Jurídico da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB).

** Advogado, mestrando em Direitos Humanos (UFMS). Especializando em Direito Agrário pela UFG. Coordenador do Núcleo de Defesa e Assessoria Jurídica Popular de Mato Grosso do Sul (NAJUP/MS).

¹ Edital Direitos Humanos e Justiça Criminal, contrato n. 13125/17.

² Ver <https://acervo.socioambiental.org>. Acesso em: 20/07/2019.

Mato Grosso do Sul, registrava 119 indígenas em unidades prisionais, sendo que a maioria deles (68) estava na unidade prisional de Dourados (AGEPEN, 2006).

Entretanto, observação preliminar a ser feita, diz respeito ao tratamento dos dados em relação ao contexto social das comunidades indígenas. Temos como pressuposto inicial a necessidade de se analisar esta situação dentro da realidade social vivenciada pelos indígenas no Mato Grosso do Sul, notadamente marcada pelo conflito fundiário, não sendo possível dissociar do debate a respeito do acesso ao território e os direitos assegurados a partir da perspectiva territorial. Os dados iniciais levantados apontam pistas investigativas, mas é preciso buscar maiores informações, tais como: o local do crime, tipo de crime, os agentes envolvidos (autor, vítima, testemunha).

O relatório produzido pela ABA (2006, p. 37), aponta que “não se observou a correspondência direta ou causal entre confrontos fundiários entre índios e não-índios e o perfil da população indígena presa” . A pesquisa chega a esta conclusão porque analisou os dados, e neste caso específico, os tipos penais, de maneira dissociada das circunstâncias sociais das comunidades indígenas. De fato, se pegarmos os tipos penais isolados, a primeira evidência será que são crimes contra o patrimônio (ex. furtos e roubos), ou crimes contra vida (ex. homicídio e lesão corporal), e em sua grande maioria praticados por indígenas contra indígenas, em reservas e/ou contexto urbano. Nota-se, olhando para os tipos penais não é possível de fato, associar ao problema territorial. Tratando as questões sociais que afetam os povos indígenas sem levar em consideração as conjunturas históricas que deflagraram processos sociais que refletem a situação atual desses sujeitos indígenas.

Essa tentativa inicial, de abordar a situação prisional dos indígenas associado ao processo de confinamento territorial (BRAND, 1997) e posterior negativa de direitos que se pretende demonstrar neste texto. Os dados apresentados dão conta que a maior população carcerária no estado é o povo Guarani Kaiowá, localizados nas regiões com maior índice de conflito fundiário e negativa de direitos sociais, como o não acesso ao território originário, e conseqüente não acesso a educação, assistência a saúde e até mesmo água potável.

O contexto social Sul-Matogrossense

O estado de Mato Grosso do Sul concentra a segunda maior população indígena do Brasil. Segundo dados do último censo do IBGE (2010), são cerca de 73.295 indígenas, distribuídos em nove povos, sendo: Guarani, Kaiowá, Terena, Kinikinau, Atikun, Ofaié, Guató, Kadiwéu e Kamaba. Ao tempo que possui uma rica diversidade étnica, marcado pela dinâmica cultural desses, a região é marcada pelo intenso conflito fundiário entre indígena e fazendeiros. Este contexto de disputas territoriais é acompanhado por violências perpetradas contras as comunidades indígenas. No ano de 2016, foi instalado na Assembleia Legislativa uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), denominada “CPI do Genocídio”, que tinha como objetivo investigar a ação e/ou omissão do estado em relação às várias violações contra os povos indígenas³.

O voto apresentado pelo presidente da CPI do Genocídio, Deputado João Grandão, apontou para alguns pontos estruturantes levantados durante a investigação levado a cabo pela comissão processante, tais como: a) as políticas públicas para a população indígenas; b) a morte sistêmica de lideranças indígenas e formação de milícia armada; c) projetos de desenvolvimento; d) atuação das polícias nas aldeias; e) o atendimento à saúde indígenas; f) o conflito fundiário; g) o suicídio indígena e, h) a violência institucional.

A questão indígena é o “ponto doloroso” do estado que foi inventado tendo como base um processo de colonização onde os povos originários foram retirados de seus territórios e confinados em pequenas reservas onde deveriam ser “integrados”, gradativamente, à “comunhão nacional”. A inobservância da determinação constitucional para se demarcar as terras indígenas tem acarretado uma profusão de conflitos entre indígenas e fazendeiros, ocorrendo, muitas vezes, mortes por homicídio e ao mesmo tempo se contabilizam altos índices de suicídios, gerado pela perda do território, *lato sensu*, impossibilitados de sua reprodução física e cultural. E ainda, vale consignar que Mato Grosso do Sul registra números significativo de mortes de lideranças indígenas em conflito fundiário: Cacique Marcos Veron, 72 anos, assassinado em 13.01.2003 (Ação Penal no 2003.60.02.000374-2, 1ª Vara Federal de Dourados, MS); Dorival

³ Para saber mais sobre a CPI do Genocídio, consultar relatório apresentado pelo Deputado Estadual João Grandão. Disponível em: <https://al.ms.gov.br>. Acesso em: 20/07/2019.

Benites, 36 anos, assassinado em 26.06.2005 (Ação Penal no 2005.60.06.000984-3, 1ª Vara Federal de Naviraí – MS); Dorvalino Rocha, 39 anos, assassinado em 24.12.2005 (Ação Penal no 2006.60.05.000152-9, 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS); Xurite Lopes, 73 anos, assassinada em 09.01.2007 (2007.60.05.00157-1, na 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS); Ortiz Lopes, 46 anos, assassinado em 08.07.2007 (Inquérito Policial nº. 046/2007 na Polícia Civil de Coronel Sapucaia – MS); Oswaldo Lopes, assassinado em 29.05.2009; Genivaldo Vera e Rolindo Vera, assassinados em 29.10.2009 (Inquérito Policial nº. 181/2009, Polícia Federal de Naviraí); Teodoro Ricarde, assassinado em 27.09.2011; Nísio Gomes, assassinado em 18.11.2011 (Inquérito Policial nº. 0562/2011 PF/Ponta Porã).

O ato de instalação da CPI do Genocídio consignou o assassinato de 390 indígenas e 512 suicídios ocorridos nos últimos 12 anos. Outro aspecto que veio à tona no âmbito da denominada CPI do Genocídio, foi a constatação de atuação de milícia privada perpetrando violações contra comunidades indígenas. Foi juntado aos autos da CPI a proposição do Ministério Público Federal em Mato Grosso do Sul (MPF/MS) que conseguiu a suspensão das atividades da empresa *Gaspem*. Trata-se da Ação Civil Pública n. 0000977-52.2013.403.6002, que tramitou perante a Justiça Federal de Dourados, onde constatou-se que a *Empresa* oferecia serviços de segurança em propriedades com conflito fundiário e foi acusada de executar ataques contra comunidades indígenas. No estado, desde 2005 há registros de casos de violência rural com envolvimento funcionários desta empresa, como no caso da morte dos indígenas Dorvalino Rocha e Nísio Gomes, conforme consulta feita nos processos que tramitam na Justiça Federal de Ponta Porã/MS (GRANDÃO, 2016, p. 90).

Numa análise sumária nota-se que está posto um processo sistêmico de assassinato de lideranças indígenas que estão à frente das reivindicações de suas comunidades para a demarcação de seu território. Somado a isto, o texto que justifica a instituição desta comissão afirma que “em muitos casos de violência, existe fortes indícios do envolvimento de milícias armadas, que além de cometer os assassinatos, também agem por meio de tortura, ameaças, sequestro além de impedirem o direito de ir e vir das famílias indígenas que estão nas zonas de conflito, principalmente das áreas dos Guarani Kaiowá”. (GRANDÃO, 2016, p. 87)

Existe uma forte relação entre a situação de confinamento territorial, os assassinatos e a necessidade de demarcação de terras fica evidente

ao analisar os dados da reserva Guarani-Kaiowá de Dourados, cuja densidade populacional é de 342 habitantes/km². Trata-se de uma área de 34,74 km², correspondendo a 0,85% do território do município, onde aconteceram 34,48% dos casos de assassinatos no estado, entre 2003 a 2014 (GRANDÃO, 2016, p. 94). Chama-se atenção para a informação da Coordenação Geral de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos – CGPDDH, onde abordou o panorama de casos acompanhados pela Equipe Técnica Federal do Programa de Proteção, totalizando 24 pessoas de Mato Grosso do Sul incluída naquele programa. Destes, 93% são lideranças indígenas e 80% das localidades são justamente aquelas localizadas no cone-sul do estado, notadamente nas áreas de conflito fundiário dos Guarani Kaiowá (GRANDÃO, 2016, p. p. 98).

E ainda, os documentos consultados nos autos da citada CPI aponta que no período de 2009 a 2012 a polícia militar estava se recusando a atender chamadas emergenciais provenientes das comunidades indígenas. Por ocasião do depoimento do secretário de segurança pública de Mato Grosso do Sul, Silvio Cesar Maluf, na sessão realizada no dia 03 de dezembro de 2015, o mesmo afirmou: “(...) que alguns policiais vinham se recusando atendimento nas aldeias, em especial em Amambai, e eles se baseavam em oferecer a sua recusa numa resolução do Secretário Jacini”. Nota-se, o Estado de Mato Grosso do Sul estava se recusando a atender as chamadas emergências provenientes das comunidades indígenas, o que resultou na demanda judicial manejado pelo Ministério Público Federal de Dourados e Naviraí. O MPF ajuizou Ação Civil Pública contra o estado a fim de garantir a segurança pública (atendimento emergencial) na área da reserva das aldeias de Bororó e Jaguapirú, em Dourados dentro e fora das terras indígenas. O que ficou apurado, é que os policiais da região vinham utilizando um parecer da Procuradoria do Estado de Mato Grosso do Sul para justificar a recusa no atendimento das ocorrências nas reservas sob o argumento de afronta à competência da Polícia Federal para o policiamento ostensivo. Ou seja, tanto o atendimento emergencial, até então prestado pela Polícia Militar estadual, como o serviço de polícia judiciária (investigação), prestado pela Polícia Civil, não vinham sendo assegurados conforme determina a lei, ou seja, os indígenas estavam en-

tregues a própria sorte⁴. O que se verificou naquela oportunidade, foi que após o efetivo atendimento às comunidades indígenas, o número de ocorrências nas aldeias foi reduzindo: 2013 foram 488 ocorrências; 2014 foram 426 ocorrências e até outubro de 2015 havia 441 ocorrências.

Diante disso, não é possível imaginar a grandeza do dano causado pelo estado às comunidades indígenas pela sistemática recusa em não atender tal população, configurando-se numa omissão comissiva, restando evidente a responsabilização do Estado e de seus agentes públicos.

Detentos indígenas no Mato Grosso do Sul

Em 2017, o Núcleo de Assessoria Jurídica Popular de Mato Grosso do Sul (NAJUP/MS), em parceria com a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), iniciou levantamento para averiguar a situação dos indígenas presos no estado. Segundo dados da Agência estadual de administração penitenciária de Mato Grosso do Sul (AGEPEN/MS), existiam 341 detentos indígenas (dados atualizados até junho de 2019), desses, 115 estão em regime de prisão provisória, ou seja, 34% eram presos provisórios. Sendo a realidade desses indígenas encarcerados totalmente desconhecida tanto pelo governo brasileiro, quanto pela própria academia, tendo em vista a ausência relativa de estudos sobre esta temática.

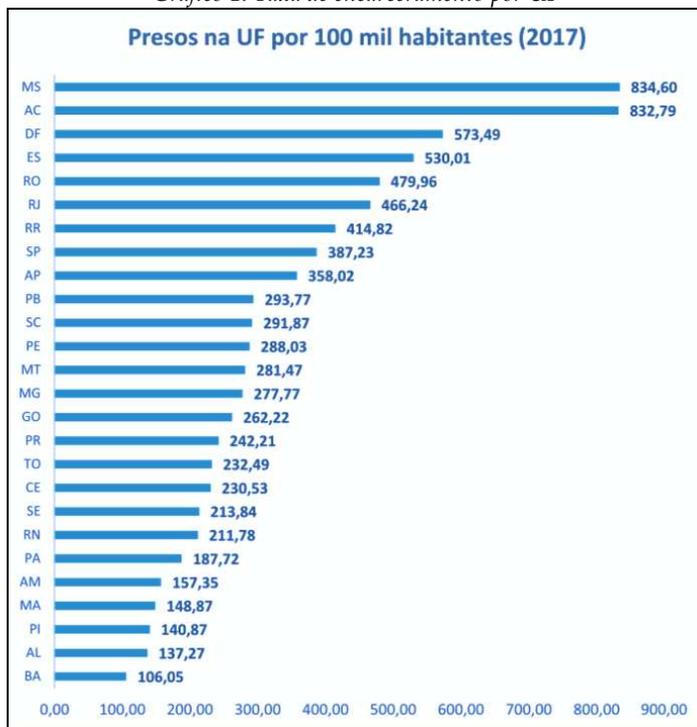
No que diz respeito ao levantamento de dados, partimos do contexto geral, consultando o *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos*, do Conselho Nacional de Justiça, lançado em agosto de 2018. Em 2016, o Supremo Tribunal Federal declarou o estado de coisas inconstitucional em que estava o sistema penitenciário e determinou providências, algumas encaminhadas ao Conselho Nacional de Justiça. E no julgamento do Recurso Extraordinário n. 641.320/RS foi destacada a necessidade de urgentes providências administrativas, algumas de competência do Poder Executivo, mas outras, do

⁴ “(...) somente após decisão na Justiça Federal de Dourados nos autos da Ação Civil Pública nº 0001889- 83.2012.403.6002 e da Justiça Federal de Naviraí nos autos da Ação Civil Pública nº 001641-08.2012.403.6006, é que o estado de Mato Grosso do Sul resolveu prestar atendimento às comunidades indígenas e baixou por meio da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública a Resolução SEJUSP nº 638 de 26 de dezembro de 2012, dispondo sobre o atendimento emergencial aos povos indígenas” (GRANDÃO, 2016, p. 116).

Poder Judiciário, em especial competindo ao Conselho Nacional de Justiça a criação de eficiente e exato cadastro nacional de presos.

O Banco Nacional de Mandado de Prisão (BNMP) foi instituído pela Lei n. 12.403/2011, que acrescentou o artigo 289-A ao Código de Processo Penal e foi regulamentado pela Resolução n. 137/2011 do Conselho Nacional de Justiça. Trata-se de sistema mantido pelo CNJ voltado ao registro das ordens de prisão decretadas pelas autoridades judiciárias no país. No dia 6 de agosto de 2018, havia 602.217 pessoas cadastradas no sistema como privadas de liberdade, incluídas as prisões civis e internações como medidas de segurança. O estado de Mato Grosso do Sul registrou 22.644 presos, o que representa 3,67% do total de presos no país. Sendo, 20. 837 (92%) do gênero masculino e 1.807 (7,9%) do gênero feminino. O gráfico abaixo demonstra que Mato Grosso do Sul possui a maior taxa de encarceramento do país.

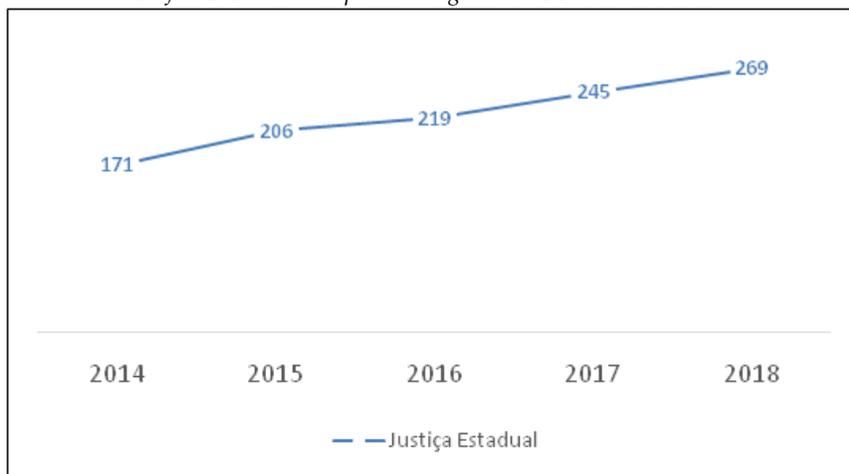
Gráfico 1. Taxa de encarceramento por UF



Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018

No que tange aos detentos indígenas, a agência de administração penitenciária de Mato Grosso do Sul disponibiliza em seu site as informações desde 2011, mas foi apenas em 2014, que começou aparecer dados referentes aos indígenas. Em relação ao ano de 2018, o sistema registrava 269 presos da justiça estadual e 04 da justiça federal (condenados). Desses 269 presos da justiça estadual, 71 eram presos processados e 198 condenados (não distingue se condenado em execução provisória da pena ou definitiva). Chama-se a atenção para os municípios que possuem maior concentração de indígena. Em Dourados os registros apontam 129 indígenas preso no regime fechado e 13 no regime semiaberto. Na cidade de Naviraí há registro de 33 indígenas presos no regime fechado. Na cidade de Amambai, 22 no regime fechado e 4 no semiaberto. Na cidade de Dois Irmãos do Buriti, 17 no regime fechado e em Aquidauana, 11 no regime fechado.

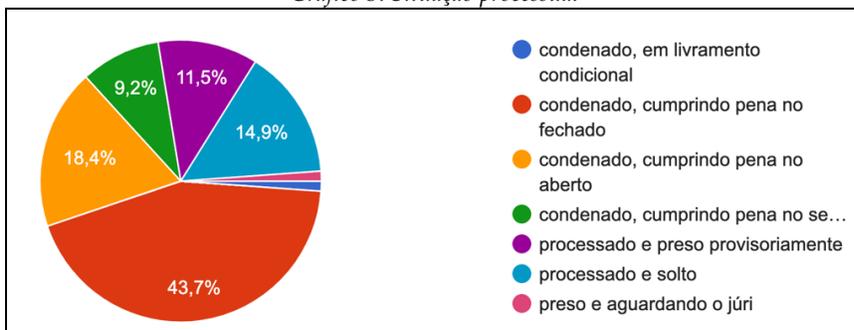
Gráfico 2. Número de presos indígenas em Mato Grosso do Sul



Fonte: Elaborado com base em dados oficiais da Agepen/MS. Atualizado até 30/09/2018

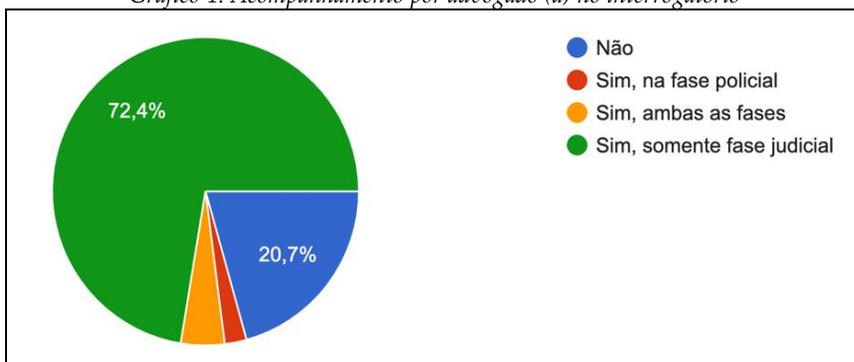
Na pesquisa empreendida pelo Najup/MS, foram analisados 87 processos judiciais de indígenas presos no Mato Grosso do Sul. Deste total, 83 são do sexo masculino e 4 do sexo feminino. Conforme se depreende do gráfico abaixo, no que tange aos processos analisados, quase a metade dos detentos indígenas encontram-se condenados e cumprindo pena no regime fechado, representando 43,7% do total, e outros 33,3% representam indígenas condenados, mas cumprindo pena no regime aberto ou em livramento condicional.

Gráfico 3. Situação processual



Outro dado que buscamos saber diz respeito ao acompanhamento por advogado no momento do interrogatório. Em 72,4% dos processos, os indígenas foram acompanhados por advogado somente na fase judicial. Dos 87 processos analisados, apenas 5 foram acompanhados por advogado ou defensor na fase policial e 20,7 % não tiveram nenhum tipo de acompanhamento tanto na fase policial quanto judicial.

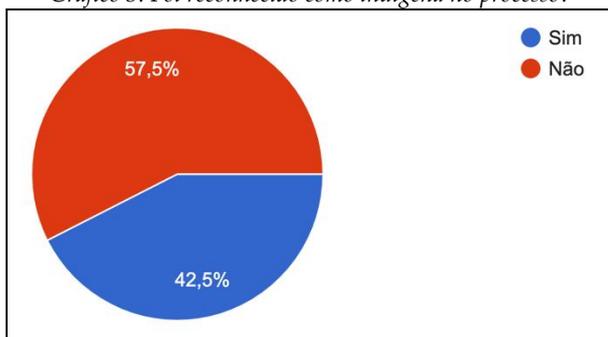
Gráfico 4. Acompanhamento por advogado (a) no interrogatório



Outro dado importante é saber se o acusado foi identificado como indígena durante o procedimento legal. Este é um dado fundamental, pois nos formulários do sistema penitenciário e até mesmo da secretaria de justiça não existe um campo específico destinado a identificar o indígena. O critério fica a cargo do servidor que acaba se valendo de traços fenotípicos, que nem sempre é aplicado invariavelmente a todos os indígenas do país. O gráfico abaixo aponta que em 57,5% dos casos o acusado não foi identificado como indígena e com base nessa negativa identitária

acaba-se negando-lhe todos os outros direitos e garantias fundamentais inerente ao indígena preso.

Gráfico 5. Foi reconhecido como indígena no processo?



Uma das garantias fundamentais do acusado indígena é a presença de intérprete durante os procedimentos legais, seja na fase policial ou judicial. A pesquisa empreendida aponta que 96,6% dos casos não houve a presença de intérpretes em flagrante afronta ao art. 12 da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), *in verbis*:

Artigo 12 – Convenção 169 da OIT

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

Muitos indígenas sequer sabem por que estão presos. Isto porque o sistema penal brasileiro não está apto a atender as especificidades dos povos indígenas. “O sujeito indígena, ao enfrentar a justiça, deve ter assegurado um tratamento diferenciado que leve em consideração sua cultura, sua forma de vida e, sobretudo, a necessidade de ele compreender e se fazer compreender” (PACHECO; PRADO; KADWÉU, 2011, p. 09). A língua é a principal forma de expressão cultural do indígena que se depara com toda uma sistemática jurisdicional estranha a sua cultura. A Resolução n. 287 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 25 de junho de 2019, estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para as-

segurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. O art. 5º traz previsão expressa no sentido de garantir ao indígena “acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade” o direito de ser assistido por intérprete.

Art. 5º A autoridade judicial buscará garantir a presença de intérprete, preferencialmente membro da própria comunidade indígena, em todas as etapas do processo em que a pessoa indígena figure como parte:

I - se a língua falada não for a portuguesa;

II - se houver dúvida sobre o domínio e entendimento do vernáculo, inclusive em relação ao significado dos atos processuais e às manifestações da pessoa indígena;

III - mediante solicitação da defesa ou da Funai; ou

IV - a pedido de pessoa interessada.

Entretanto em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça negou a possibilidade de intérprete a 19 indígenas Kaingang que impetraram habeas corpus com base nesse fundamento⁵. Procuramos saber também se nos casos que envolvem o Tribunal do Júri houve jurado (a) indígena, e o resultado foi que em 100% dos casos, não há evidência de jurado (a) indígena. Ou seja, as pessoas que compõem o júri na maior parte das vezes desconhecem totalmente a realidade e a cultura indígena, quando não muito, e especialmente se tratando de municípios pequenos de Mato Grosso do Sul, possui uma visão estereotipada dos indígenas. A situação piora na medida em que o contexto social é marcado pelo conflito fundiário existente na região e o poder midiático está posto em detrimento das comunidades indígenas. É muito comum ouvir de comerciantes e moradores das cidades do cone do sul do Mato Grosso do Sul qualidades deferidas aos indígenas como “vaga-bundos”, “preguiçosos”, “invasores de terras”, “bugres fedidos”, dentre outras terminologias que coloca o indígena na condição de não-humano.

Considerações finais

As reflexões trazidas neste texto apontam que o direito em constante conflito não dá conta de abarcar as relações sociais, e no caso dos

⁵ STJ reconhece resolução, decide por perícia em processo Kaingang, mas nega tradução e intérprete para o caso. Disponível em: <https://cimi.org.br>.

povos indígenas, o sistema jurídico penal positivado está voltado para o olhar evolucionista que tende a ignorar a pluralidade étnica dos povos originários e seus modos de ver e entender o mundo. “Julgar que o índio é primitivo ou não desenvolvido resulta um meio de controle social que confirma o uso de um poder de tutela sobre eles, que nega a alteridade e autonomia que possuem em lidar com conflitos que são regulados segundo normas próprias às comunidades indígenas” (MELO; MATOS, 2017, p. 153). Dois aspectos levantados por Silva (2013, p. 151) merecem nossa atenção “notadamente: 1) o não reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas; e 2) o não reconhecimento do direito indígena de ser coletivo”. É preciso entender e superar a prática judiciária que retira do indígena sua identidade cultural somente pelo fato do mesmo saber ler, escrever e até mesmo entender os símbolos tidos como da sociedade não indígena. “Este apagamento ou invisibilização deve ser explicado a partir de considerações etnográficas sobre as contradições entre sensibilidades e sentidos de justiça e práticas jurídicas próprias do sistema judicial, criminal e penitenciário brasileiro” (SILVA, 2013, p. 151).

Referências

ABA (Associação Brasileira de Antropologia); PGR (Procuradoria Geral da República). *Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil*. Edital Projeto de Pesquisa ESMPU n. /2006. Relatório Final. Brasília: ABA, 2008.

BRAND, Antonio. *O impacto da perda da terra sobre a tradição kaio-wá/guarani: os difíceis caminhos da palavra*. Tese de Doutorado em História, PUC/RS. Porto Alegre. 1997.

CTI (Centro de Trabalho Indigenista). *Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul*. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.prms.mpf.mp.br>. Acesso em: 10 Nov. 2019.

CIMI. *STJ reconhece resolução, decide por perícia em processo Kaingang, mas nega tradução e intérprete para o caso*. Disponível em: <https://cimi.org.br>. Acesso em: 28. Nov. 2019.

GRANDÃO, Deputado João. *Voto paralelo apresentando na CPI do Genocídio da AL/MS*. Disponível em: <https://al.ms.gov.br>. Acesso em: 20/07/2019.

MELO, Evelyne dos Santos; MATOS, Givaldo Mauro de. *The criminalization and punishment of indigenous people in the state of Mato Grosso do*

Sul. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS | v. 19 | n. 38 | Jul./Dez. 2017. Disponível em: <https://www.unigran.br>. Acesso em: 28. Nov. 2019.

NAJUP/MS. *Relatório de atividade ano 2018 do projeto "Situação prisional e Justiça criminal para os índios Guarani Kaiowá de Mato Grosso do Sul"*. Não publicado. 2018.

OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. 5.ed. Brasília: OIT, 2011.

PACHECO, Rosely; PRADO, Rafael; KADWÉU, Ezequias. População Carcerária Indígena e o Direito à Diferença: O caso do Município de Dourados/MS. *Revista Direito GV*, São Paulo 7(2), p. 469-500. Jul-Dez. 2011.

SILVA, Cristhian Teofilo da. O índio, o pardo e o invisível: Primeiras impressões sobre a criminalização e o aprisionamento de indígenas no Brasil. *Revista Antropolítica*. Niterói, n. 34, p. 137-158, 1. sem. 2013. Disponível em: <http://www.revistas.uff.br>. Acesso em: 28. Nov. 2019.

Anexo I

Tabela 1: garantias fundamentais dos indígenas

Garantia Fundamental	Fundamento Legal
Intérprete	Artigo 12 – Convenção 169 da OIT Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos , e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos . Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles , se for necessário , intérpretes ou outros meios eficazes.
Resolução de conflito segundo o costume	Artigo 9º - Convenção 169 da OIT 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.
	Artigo 10 – Convenção 169 da OIT 1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos

<p>Preferência pelo não encarceramento</p>	<p>mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.</p> <p>2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.</p>
<p>Regime de cumprimento especial de pena</p>	<p>Estatuto do Índio – Lei 6.001/73</p> <p>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.</p> <p>Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semi-liberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado.</p>



Fundo Brasil de
Direitos Humanos

