

O RECONHECIMENTO DO DIREITO À DIFERENÇA DOS ÍNDIOS NA PRÁTICA PENAL BRASILEIRA

ANA LUIZA DE LEMOS NOBRE¹; GUILHERME CAMARGO MASSAU²

¹UFPel e FURG – *analuizalnobre@gmail.com*

²UFPel (orientador) – *uassam@gmail.com*

1. INTRODUÇÃO

Por várias décadas os índios foram tratados pela perspectiva integracionista, por serem considerados seres não evoluídos e incapazes. De acordo com o Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/73), artigo 3º, I, índio 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.

Com o passar de muitos anos e o advento da Constituição Federal de 1988, os índios ganharam o direito de serem índios e viverem como tal, ou seja, o direito de serem diferentes e assim viverem para sempre, sem mais a política integracionista.

O Estado brasileiro é caracterizado essencialmente pela diversidade e pelo multiculturalismo, ainda assim, o reconhecimento desses direitos não ocorre, de fato, na prática, sendo válidos apenas na teoria.

Foi com a Constituição Federal de 1988 que os índios tiveram seus direitos consagrados, tornando-se um marco para o constitucionalismo nacional, vez que rompeu com a postura até então adotada de considerar o índio incapaz, inferior e tentar integrá-lo à sociedade. Em seu título VIII: da ordem social, a CF/88 dedicou um capítulo exclusivo para tratar do tema (capítulo VIII: dos Índios), de onde destacamos o artigo 231 que reconheceu aos índios expressamente o direito à sua cultura, línguas, crenças, etc., em suma, o direito à diferença.

Nesse momento da história (teórica) o índio deixou de ser titular de direito especiais e provisórios e passou a ter direitos permanentes, definitivos, de acordo com a sua condição de ser índio: deve ser respeitado na sua especificidade étnico-cultural, podendo ser e permanecer índio. O foco passou da integração do índio à sociedade, para a sociedade buscar entender os valores e concepções étnico-culturais dos povos indígenas.

Além da CF/88, a questão dos direitos indígenas foi tratada no âmbito internacional, na Convenção n.169, da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais (1989), e, em 2007, foi aprovada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

O Código Civil de 2002 ainda faz referência a capacidade relativa, porém de forma mais branda. Em seu art. 4 determina que a capacidade do índio será regulada por legislação especial. Nesse sentido COLAÇO (2013) refere-se que muito embora estejam garantidos os direitos indígenas, estes só serão efetivados com a prática. Para tanto, é necessária a criação de uma legislação complementar regulamentando os diversos dispositivos constitucionais que regem a matéria.

A tendência quando se fala em Estado-nação é associá-lo a existência de uma única cultura nacional, com igualdade de direito, conforme preconiza a CF/88, sem considerar as diferentes etnias existentes dentro de um mesmo país.

É necessário que se reconheça a pluriethnicidade e a pluriculturalidade que está presente na formação da maioria dos Estados, o que vem justificar a afirmação

de que os Estados não possuem composição homogênea e, com isso, o reconhecimento e a tutela de todos os grupos presentes em sua formação é imprescindível para que a dignidade humana seja realmente protegida e respeitada (SPAREMBERGER e COLAÇO, 2011).

Para SILVA (2005), multiculturalismo é o movimento de reivindicações dos grupos culturais dominados para terem suas formas culturais reconhecidas e representadas na cultura nacional, e não pode ser separado das relações de poder, as quais obrigaram as diferentes culturas raciais, étnicas e nacionais a viverem no mesmo espaço.

Na mesma senda, a diferença não pode ser considerada como uma característica natural: ela é produzida pela humanidade e está sempre ligada a uma relação, no sentido de que o diferente é diferente em relação a algo que foi definido com o “não-diferente”. Diferença está intimamente ligada a identidade, haja vista serem ambas criações sociais e culturais, que reproduzem as relações de poder.

Vimos no reconhecimento dos Índios, por parte do Estado, uma afirmação do pluralismo étnico, essencial para que se tenha a correta ideia da importância das diferentes etnias. É através desse reconhecimento e do respeito às suas diferenças que “todos seremos iguais”, pois igualdade não é tratar todos de forma igual, mas, sim, respeitar as diferenças e tratar os diferentes (assim definidos) de forma diferente.

Ainda assim, o modelo jurídico adotado pelo Brasil é o do monismo jurídico estatal, onde o Estado detém para si o poder exclusivo de produção de normas jurídicas, ou seja, não se aceita a convivência no mesmo território de diferentes sistemas jurídicos, submetendo todos os que estão sob sua jurisdição às mesmas leis (inclui-se aqui os povos indígenas), desrespeitando, por consequência, a diversidade cultural, social e jurídica, dos povos.

Não há como se falar em reconhecimento das diferenças, sem pensar em uma perspectiva pluralista para entendimento dos direitos dos povos indígenas. No pluralismo jurídico privilegia-se a diferença e dá-se privilégio ao poder local diante do poder central.

Para WOLKMER (2013) a formulação teórica do pluralismo designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria. Ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si, sendo a autonomia (independente do poder central), a descentralização do centro decisório e o “localismo” (privilégio do poder local diante do poder central) alguns de seus princípios valorativos.

Cumprе mencionar parte da sentença C-370, da Corte Constitucional da Colômbia, no expediente D-3751, citada por ZAMBRANO (2004):

¿ ...en un Estado multicultural, que reconoce y promueve la diversidad, es legítimo exigir de los indígenas o de los miembros de grupos culturales diversos, que desplieguen un extremo deber de diligencia, a fin de familiarizarse con los valores culturales dominantes y con los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal nacional?. A mí juicio la respuesta al anterior interrogante es negativa pues sí, conforme a la Carta, todas las culturas que conviven en el país son igualmente dignas, y el Estado reconoce y promueve la diversidad cultural (CP arts. 7º, 8º y 70), entonces resulta desproporcionado obligar a los miembros de los grupos culturalmente minoritarios a tener todo el cuidado en familiarizarse con los valores culturales dominantes. Admitir que se puede imponer esa exigencia equivale a admitir una forma de criminalización de la diversidad cultural, lo cual es incompatible con el reconocimiento de la igualdad entre las

culturas (CP art. 70). (Eduardo Montealegre, Salvamento de Voto, Sentencia C-370/02) **grifo nosso**

De acordo com dados extraídos do site do Governo, o Brasil tem quase 900mil índios, de 305 etnias e 274 idiomas (base: censo IBGE – 2010, artigo publicado em 2012 e atualizado em 2014), e representam 12,5% do território brasileiro, com 106,7 milhões de hectares. A maior concentração de índios encontra-se na região Norte, seguida da região Nordeste, Sudeste, Sul e Centro-Oeste.

Com base nesses dados, buscou-se fazer uma pesquisa jurisprudencial para averiguar como vem sendo aplicado o Estatuto do Índio e o reconhecimento do seu direito à diferença, no tocante a matéria penal na prática forense brasileira.

2. METODOLOGIA

Por primeiro, a pesquisa foi feita com o método de abordagem indutivo, baseado na doutrina e nas normas legais, com o escopo de comprovar que os índios não podem ser tratados de acordo com as normas dos “não índios”, pois possuem ordenamento legal próprio de cada aldeia, que devem ser respeitados, conforme previsão constitucional.

Após, foi feita uma análise jurisprudencial, com tribunais escolhidos aleatoriamente: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Tribunal Regional Federal da 4ª Região (RS, SC e PR) e Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. As palavras usadas para pesquisa foram “crime e estatuto do índio”, o tempo foi limitado em 05 anos, sendo de 20/04/2010 a 20/07/2015 (data do julgamento).

Com base na análise jurisprudencial, buscou-se constatar se o Estatuto do Índio está ou não está sendo aplicado na prática forense brasileira. Tendo sido feita uma análise quantitativa dos julgados.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Cumprir esclarecer que se tentou pesquisar no site do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, onde, segundo dados do IBGE, encontra-se a maior concentração de índios no Brasil, mas não foi possível tendo em vista que em nenhuma das diversas tentativas se conseguiu abrir a parte de “pesquisa jurisprudencial”. Deste modo, optamos pelo Estado do RS, por ser o que residimos e o de RR, que possui a segunda maior concentração de índios do país.

No TJ/RS foram encontrados 03 documentos, no TRF 4 região 01 documento e no TJ/RR 18 documentos, desse total 05 tratavam de assuntos que não interessavam na pesquisa, e nos outros 17 não foi aplicado o Estatuto do Índio, Lei 6.001/73. Ou seja, em 100% das jurisprudências válidas achadas, os índios foram julgados de acordo com a legislação pátria, desconsiderando por completo a sua cultura, as suas crenças, etc., em suma, o seu reconhecimento a ser índio e assim viver e o reconhecimento constitucional ao direito à diferença indígena.

Destaca-se que todas as decisões mencionaram “índios integrados à sociedade”, e as penas cominadas foram de todos os tipos, inclusive reclusão em regime fechado, em cadeia normal.

4. CONCLUSÕES

O Estado garantiu o direito à igualdade, o que implica, necessariamente, ao direito à diferença, e, muito embora, os direitos dos índios estejam previstos na Constituição Federal de 1988, ainda temos que avançar para a sua concretização.

O direito dos povos indígenas ao pleno reconhecimento de suas culturas é, para além de necessário, algo plenamente possível.

Ainda que a CF/88 tenha representado um avanço, necessário se faz que nós, enquanto povo (quicá enquanto operadores do direito), reconheçamos de fato essa diferença para que seja garantida a igualdade prevista na Carta Magna, saindo, assim, do campo formal e passando a integrar o campo real.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COLAÇO, Thais Luzia. **Os “novos” direitos indígenas**. In WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99 a 123.

_____. **O direito indígena a partir da Constituição brasileira de 1988**. In WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 191 a 211.

DIREITOS INDÍGENAS DEBATE COM DALMO DALLARI, SÉRGIO LEITÃO, PAULO DE BESSA ANTUNES E PAULA MONTERO. Debate realizado no Cebrap em 4 de junho de 2004. Novos Estudos: CEBRAP, n.º 69, julho 2004. p. 57-70 Disponível em:

http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/MONTERO%20et%20al_Direito%20Indigenas.pdf

SANTOS, Rodrigo Miotto dos. **Pluralismo, multiculturalismo e reconhecimento: uma análise constitucional do direito dos povos indígenas ao reconhecimento**. In Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 43, n.0, 2005. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v43i0.7050>

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

SILVA, Tomaz Tadeu. **Documentos de identidade: uma introdução às teorias do currículo**. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

SOUZA, Estella Libardi de. **Povos indígenas e o Direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de direito**. Florianópolis, Brasil, 2008. Disponível em:

<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33234-42224-1-PB.pdf>

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; COLAÇO, Thais Luzia. **Direito e identidade das comunidades tradicionais: do direito do autor ao direito à cultura**. Liinc em Revista. v.7, n.2, Rio de Janeiro: 2011. p.681-700.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina**. In WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 19 a 42.

ZAMBRANO, Carlos Vladimir. **Constitucionalidad, ininputabilidad e inculpabilidad**. In **Interculturalidad**. Bogotá: Coporación Humanizar, 2004.

SITES VISITADOS:

<http://www.brasil.gov.br>

<http://www.ibge.gov.br>

<http://www.funai.gov.br>