

A CRIMINALIZAÇÃO E PENALIZAÇÃO DE INDÍGENAS NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

*The criminalization and punishment of indigenous
people in the state of Mato Grosso do Sul*

Evelyne dos Santos MELO ¹

Givaldo Mauro de MATOS ²

RESUMO

No que tange às formas de criminalização e penalização de indígenas no estado de Mato Grosso do Sul, embora existam diversas regras normativas nacionais e internacionais que buscam a proteção e garantia dos direitos indígenas, as violações são frequentes. É preciso enfrentar a realidade de acordo com a essência contida na pluralidade cultural existente na sociedade. Além disso, é necessária a criação de um diálogo intercultural com escopo de consulta e subdivisão do poder de delimitação em espaços de normas, jurisdições e de políticas públicas, além do estabelecimento de direito institucionais nos processos que possibilitem a equidade com fulcro no direito a diferença.

PALAVRAS CHAVE

Direito penal indígena; Detentos indígenas; Indígenas criminalizados.

ABSTRACT

Regarding the forms of criminalization and punishment of indigenous people in the state of Mato Grosso do Sul, although there are several national and international normative rules that seek to protect and guarantee indigenous rights, violations are frequent. It is necessary to face reality according to the essence contained in the cultural plurality existing in society. In addition, it is necessary to create an intercultural dialogue with a scope of consultation and subdivision of the power of delimitation in areas of norms, jurisdictions and public policies, as well as the establishment of institutional law in processes that allow equity with a focus on the right to difference.

KEYWORDS

Indigenous Criminal Law; Indigenous detainees; Indigenous criminals.

1. INTRODUÇÃO

O cenário jurídico brasileiro, sobretudo no estado de Mato Grosso do Sul, tem

¹ Acadêmica na Faculdade de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. E-mail: Evelyne_santos_@hotmail.com.

² Professor Mestre da Faculdade de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. E-mail: givaldomatos@hotmail.com.

apresentado graves desafios quanto à proteção dos direitos indígenas nos julgamentos das ações criminais. As transformações organizacionais e históricas que ocuparam espaços entre estes povos estão diretamente ligadas ao incremento da violência e ao processo de criminalização que os indígenas sofreram. Este trabalho busca evidenciar as violências sofridas pelas comunidades indígenas no tocante a direito e garantias constitucionais e infraconstitucionais, utilizando estudo de caso sobre os indígenas criminalizados no Estado do Mato Grosso do Sul.

Ante os avanços acerca do tema, tornou-se importante analisar os apontamentos e os dados relacionados à situação prisional, criminal e processual dos detentos indígenas no Mato Grosso do Sul, considerando que há pouca garantia dos direitos nos julgamentos das ações criminais. Ademais, necessário verificar as transformações organizacionais e históricas que ocuparam espaços entre estes povos e de que de maneira estas estão ligadas ao incremento da violência e ao processo de criminalização que os povos indígenas sofrem.

Por fim, o presente trabalho abordará resultados de pesquisa jurisprudencial realizada acerca do tratamento jurídico penal dado a indígenas pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, pelo Tribunal Regional Federal da 3^o região, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Almejou revelar a interpretação judicial majoritária, seus fundamentos ideológicos e doutrinários, aspectos individuais e sociais que indicariam as diferenças étnicas dos investigados, denunciados ou sentenciados para admissão de direitos.

2. BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DAS QUESTÕES TERRITORIAIS E POPULAÇÃO CARCERÁRIA

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no Brasil existem 817.963 índios³, sendo que a região Centro-Oeste é a terceira com a maior concentração de indígenas. O Estado de Mato Grosso do Sul concentra 56% da população da região, com cerca de 70 mil indivíduos, concentrando, dessa forma, grande parte dos problemas sociais e confrontos por demarcação de terra, enfrentados pela população indígena brasileira.

Durante a realização do XI Encontro Nacional da 6^a Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal (MPF), Deborah Duprat, então coordenadora da 6^a CCR do MPF que trata de assuntos relativos aos povos indígenas e outras minorias étnicas, destacou a centralidade dos problemas agrários que envolvem a população indígena:

3 FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). “Cabe esclarecer que esse dado populacional considera tão somente aqueles indígenas que vivem em aldeias, havendo estimativas de que há entre 100 e 190 mil vivendo fora das terras indígenas, inclusive em áreas urbanas. Há também 63 referências de índios ainda não contatados, além de existirem grupos que estão requerendo o reconhecimento de sua condição indígena junto ao órgão federal indigenista.”. Disponível em: www.funai.gov.br/. Acesso em: 18 abr. 2017.

O cerne da questão certamente é a identificação e demarcação de terras. Como vai se fazer em relação a produtores rurais é uma outra questão. Agora que tem que se enfrentar a questão indígena, não resta dúvida. Não adianta supor que esse conflito se resolverá deixando a demarcação em suspenso, como está se pretendendo fazer por meio de recurso à Justiça, por meio de inviabilização da atividade da Funai. Ele poderá ficar suspenso mas não será resolvido. Inclusive, a própria questão dos suicídios, que durante algum tempo se supôs que fosse um traço cultural daquele grupo, hoje há fortes indícios de que essa questão está associada à insuficiência de terras. A reserva de Dourados é talvez a maior tragédia conhecida na questão indígena em todo o mundo.⁴

Para Duprat, o grave problema de suicídio que acomete indivíduos indígenas tem aí sua mais forte causa, ao contrário do que comumente se supõe, que seja um traço cultural. Trata-se de insuficiência de terras, segundo a procuradora federal.

Do mesmo modo, conforme pesquisa realizada pelo Centro de Trabalho Indigenista (CTI, 2008)⁵, a redução do espaço vital das terras tradicionalmente indígenas seria uma das causas dos transtornos que envolvem a comunidade indígena:

No Mato Grosso do Sul suicídios na adolescência, alcoolismo, assassinatos de lideranças, exploração de mão de obra são fatos sociais que há pelo menos duas décadas são expostos pela mídia sobre os Kaiowá e Guarani no Mato Grosso do Sul, uma população de 43 mil índios. Na raiz desse drama social não cansam de enfatizar lideranças indígenas e especialistas, encontra-se a questão das terras Kaiowá-Guarani. Segundo Gilberto Azanha, Coordenador Geral do CTI, “Até meados da década de 1980, as terras disponíveis pelo Estado brasileiro para aquela população (20 mil à época, cerca de 2.500 famílias) perfaziam um total de 18.124 hectares, ou seja, cerca de sete hectares por família – quando o módulo mínimo do Incra era de 50 hectares. Passadas duas décadas, este quadro só se agravou. O Estado brasileiro reconheceu, nos anos 1990, mais 21.275 hectares que estão na posse efetiva dos Kaiowá e Guarani no Mato Grosso do Sul, mais que duplicando a área disponível. Porém a população também mais que duplicou, anulando os efeitos positivos daquele acréscimo. Segundo dados da Funasa (2007), as reservas demarcadas pelo Serviço de Proteção aos Índios (SPI) nos anos 1920 seguem abrigando 79% (33.306) da população Kaiowá e Guarani, sendo que 21.543 indígenas, ou 51% desse total, estão concentrados em apenas três Terras Indígenas – Dourados, Amambai e Caarapó – que somam 9.498 hectares de terra. Somente nessas três Reservas Indígenas são 3.000 famílias que dispõem tão somente de três hectares para, literalmente, sobreviverem. Todos os especialistas da questão Kaiowá-Guarani são unânimes em apontar a causa

4 DUPRAT, Deborah, *Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul: Deborah Duprat (vice-PGR): A reserva de Dourados é talvez a maior tragédia conhecida na questão indígena em todo o mundo*. Disponível em: <http://crr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/encontros/xi-encontro/entrevista-dra-deborah-questaoindigena-e-presidio-federal-em-campo-grande>. Acesso em: 10 abr. 2017.

5 CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI). *Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul*. Brasília, 2008, p. 05. Disponível em: <http://www.prms.mpf.mp.br/servicos/sala-de-imprensa/arquivo/2011/Situacao-Detentos-Indigenas-MS.pdf>. Acesso em 10 abr. 2017.

(a falta de terras) e a solução (reconhecer suas terras tradicionais) para que esta parcela da população brasileira – com toda certeza a mais sofrida e vulnerável do país – possa se reorganizar e enfim obter um pouco de paz e almejar a dignidade que merecem” (CTI, 2008)⁶.

Mencionadas citações reforçam a ideia de que o aumento da violência nas comunidades indígenas e da criminalização de índios tem como causa principal a insuficiência de espaço para se organizar e como solução efetiva e definitiva, a demarcação e reconhecimento de suas terras tradicionais.

3. SITUAÇÃO FÁTICA CRIMINAL E PROCESSUAL DOS RÉUS INDÍGENAS NO MATO GROSSO DO SUL

A situação dos indígenas acusados e sentenciados, presos provisória ou definitivamente no Estado de Mato Grosso do Sul é crítica. Conforme levantamentos realizados, há nítida violação de garantias e direitos constitucionais em virtude da ausência ou deficiência de assistência jurídica. De acordo com dados apresentados pelo CTI (2008)⁷, entre todos os indígenas envolvidos em delitos neste Estado, somente a 22% foi oportunizada assistência jurídica.

Levando em consideração o envolvimento de índios com crimes comuns no estado do Mato Grosso do Sul, nota-se que a maior dificuldade é encontrada na fase inquisitiva. Ao ser realizada a investigação policial através do Estado que produz o Inquérito Policial, no qual é juntado provas materiais, formais, testemunhais e até periciais, verifica-se que nos apontamentos feitos pela autoridade, não raras vezes os índios que figuram como indiciados, testemunhas ou meros informantes, não possuem domínio da língua portuguesa. Ademais, correm o risco de sentirem-se intimados na presença de procedimentos e pessoas que não possuem contato.

O Centro de Trabalho indigenista realizou junto ao Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Populações Indígenas (Neppi) e ao Núcleo de Pesquisa e Monografia Jurídica (Nupeju) um levantamento no Mato Grosso do Sul a respeito da população carcerária indígena⁸, e ao entrevistar indígenas presos, observou que a maioria deles sequer conhecia inteiramente a situação processual que estavam envolvidos, bem como as regras do sistema prisional. Notou-se ainda que mesmo desconhecimento foi manifestado por seus familiares. Segue abaixo trecho da referida pesquisa:

Analisando as falas dos indígenas e o que consta nos processos analisados, percebe-se que as especificidades culturais e históricas são

⁶ *Ibidem.*, p. 05-06. Acesso em 10 abr. 2017.

⁷ CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI). *op. cit.*, p. 41. Acesso em 10 abr. 2017.

⁸ *Ibidem.*, p. 8.

completamente ignoradas. São inúmeros os problemas apontados: um primeiro diz respeito à comunicação ou à falta de compreensão da língua e seus códigos. Esse é um problema grave que não é superado apenas com a inclusão de um simples tradutor. A fala de um informante indica bem esse problema: “*Quando eles prendem, é, as pessoas, inclusive aqui eu tenho um tio meu, o problema dele está preso por caso de terra [...] só em Dourados sabe [...] aconteceu divisa de lote [...]. Então foi questão de terra. Só que ele não fala quase português. Então, essa questão da tradução mesmo [...], do linguísmo, tem necessidade de lá dentro, alguém ou algum advogado, especialista ou um outro alguém (...), tradutor, pra explicar o que aconteceu realmente, o fato que aconteceu [...] pra poder a justiça analisar*”. (Índio guarani, Aldeia Bororó, Terra Indígena de Dourados, fita n.08, p. 3.). CTI (2008). (marcações do autor)⁹

Outro problema sobre às falhas de comunicação surge no seguinte depoimento:

“*Eu não acho justo, porque, se fosse feito alguma coisa nesse [inaudível] (...), eu não estaria esquentando, mas o problema é que eu estou aqui só por causa da quebra, que eu quebrei a intimação. Manda a intimação lá e ninguém entrega, então eu não vim aqui pra assinar esse documento [inaudível], que foi mandado lá. É por isso que eu estou aqui, eu não caía se eu tivesse assinado o documento, a intimação*” (índio kaiowá, detento da Cadeia Pública de Caarapó, fita n.03, p.5). CTI (2008). (marcações do autor)¹⁰ As entrevistas com os detentos nos indicam a violação de seus direitos e garantias constitucionais diante da falta ou deficiência de assistência jurídica. 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). (marcações do autor)¹¹

Ocorre também que, muitas vezes, os índios não possuem auxílio jurídico ou condição financeira para deslocar-se até a sede do juízo, motivo pelo qual não comparecem para testemunhar em audiências e são processados por desobediência ou conduzidos coercitivamente. Quando o indígena é réu e deixa de comparecer, acaba sendo prejudicado com a decretação de sua prisão preventiva, por ter sido considerado revel no processo.

De acordo com a pesquisa acima mencionada, os procuradores da Funai, quando citado, muitas vezes não vai até a audiência, “pois não tem como estar em várias Comarcas ao mesmo tempo. O Juiz, na ausência deste, nomeia o famoso Ad Hoc. Muitos deles, porém, nunca leram o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) ou a Convenção 169/OIT”¹².

9 CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI). *op. cit.*, p. 29/30. Acesso em 10 abr. 2017.

10 *Ibidem.*, p. 30.

11 *Ibidem.*, p. 30.

12 CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI). *op. cit.*, p. 33. Acesso em 10 abr. 2017.

Segundo o CTI, a situação é pior na esfera criminal, sobretudo quando se trata de denúncia de homicídio. Vejamos:

Quando o processo versa sobre delito de homicídio, visto que os testemunhos e provas com vícios não são contestados, o que fatalmente pode levar um inocente à pronúncia e, consequentemente, à Juri popular, o que contribui para a condenação com agravantes¹³.

Os indígenas acusados pelo crime de homicídio (crime que é sujeito ao procedimento do júri), geralmente são pronunciados e condenados devido à deficiente ou insuficiente defesa, considerando que os jurados não conhecem o modo de vida e práticas sociais dos indígenas.

No que toca às implicações dos processos de execução da pena, quando separado da sociedade em que vive habitualmente, o preso indígena perde os vínculos sociais com a mesma e afasta-se da família. Constantemente, o presídio onde é segregado, além de localizar distante das aldeias, possui exigências que dificultam a visita de amigos e família, fatos que fazem o detento índio se ressentir, como abaixo se explica:

A detenção implica em ‘perder a família’, o que é um grave problema para povos em que a instituição da família é a grande articuladora das funções sociais e liga-se sobremaneira a própria noção de pessoa. Podemos entrever a dramaticidade da situação nas seguintes falas: “*Não, não vem não. Não vem, não vem a minha família, não veio nenhuma vez aqui... Eu preciso sabonete, preciso sabão pra lavar roupa.*” (índio kaiowá, detento da Cadeia Pública de Caarapó, fita n.03, p.4). E, ainda: “*Eu senti mais que a gente fica longe da família, fica perdido aí, não sei como é que tá lá fora. Minha preocupação é somente só isso aí, fica trancado aí, sem fazer nada, todo o dia fica aí na cela né, trancado que nem a mesma coisa: vocês fecham o galo sozinho aí (...), é isso aí que eu me preocupo muito*” (índio kaiowá, detento da Cadeia Pública de Caarapó, fita n.03, p.11).

Durante entrevista realizada pelo mencionado órgão indigenista, é possível notar que os próprios indígenas postulam pelo direito à informação e o reconhecimento de sua diversidade nas condições de cárcere¹⁴:

“*[...] o Estado, o governo teria que ver um jeito de ter esses, esse espaço para tratamento diferenciado pros indígenas, eu vejo mais no caso do indígena pouco escolarizado [...]. (Com) pouco de informação, ele já consegue, ele entende e consegue sobreviver num meio de um, de um grupo de presos, é, vamos dizer assim, com diversidade diferente lá dentro*” (índio kaiowá, Aldeia Bororó, Terra Indígena Dourados, fita n.08, p.7-8).

E, aliado a isso, contestam a premência do direito positivo face ao direito consuetudinário:

¹³ *Ibidem*, p. 31.

¹⁴ *Ibidem*., p. 33.

“Eu acho que esse daí tem que avançar [...] é, inclusive com os agentes carcerários, indígena que fala o idioma pra poder também repassar pra própria família [...]. Fazer essa interlocução lá dentro [...] porque parente está assim, ele está precisando disso, ele está sentindo assim [...]. Ele teria uma melhor, vamos dizer assim, essa resocialização seria acho que mais válido do que ele ser preso aí no meio de preso comum, numa penitenciária grande como no caso do Harry Amorim” (Índio kaiowá, Aldeia Bororó, Terra Indígena Dourados, fita n.08, p. 9) – CTI, 2008, p. 32-33. (marcações do autor).

O CTI¹⁵ também realizou pesquisa sobre a fase processual no tocante aos processos e guias de recolhimento que se encontram nas Varas Criminais do Estado. De acordo com os dados fornecidos pela Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário do MS - AGEPEN e pela Diretoria Geral da Polícia Civil – DGPC 149 processos foram encontrados. Os resultados obtidos na análise dos processos pesquisados sobre a rubrica “situação processual”, referentes ao levantamento realizado em 103 processos relativos ao ano de 2006, estão devidamente especificados em porcentagens e podem ser encontrados no referido trabalho, o qual visa, principalmente, contribuir para a discussão sobre os direitos dos detentos indígenas nas diferentes regiões do País e, paralelamente, para a melhoria da situação dos presos em geral nos cárceres no Brasil.

4. DO ENTENDIMENTO APLICADO PELA JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL RELACIONADO A INDÍGENAS DO MATO GROSSO DO SUL

Em busca da elucidação do discurso jurídico desses tribunais no que diz respeito a criminalização de indígenas, principalmente no tocante a influência da cultura e do impacto das relações interétnicas no comportamento individual, de seu respeito à diversidade étnica e reconhecimento das diversas manifestações de organização social coexistentes no território nacional, realizou-se pesquisa da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS), do Tribunal Regional Federal da 3^o região, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, consultando seus endereços eletrônicos.

Utilizando os termos “índio” e “indígenas” para a realização da pesquisa, selecionaram-se somente decisões a respeito da área criminal, especialmente aquelas sobre auxílio jurídico adequado, emprego de atenuante de sanção penal, regime diferenciado de prisão (o qual é imposto pelo Estatuto do Índio) ou para sustentar o argumento que versa a respeito de exclusão ou diminuição da culpabilidade.

O principal objetivo foi o de tornar claro quais são os critérios utilizados (amparados por laudo técnico antropológico ou não) para a definição da identidade étnica dos indígenas e o reconhecimento de seus direitos.

¹⁵ *Ibidem*, p. 33.

Observou-se que as agências do sistema de justiça aplicam aos índios uma função política que reproduz argumentos racistas e etnocêntricos, com a finalidade de reforçar a sua assimilação, total ou parcial, de usos e costumes da “sociedade nacional”.

Para verificar as argumentações dos tribunais no tratamento jurídico-penal de indígenas, ressaltam-se algumas informações de suas decisões, as quais são constantemente arguida pela defesa técnica no curso do processo penal: a) elaboração de exame pericial antropológico para aferição da culpabilidade do acusado; b) participação do órgão assistencial (Funai), quando o acusado for indígena; c) competência para julgamento, se da Justiça Estadual ou Federal; d) direitos do indígena, como por exemplo, a aplicação da atenuante de pena; e) respeito aos usos e costumes do povo indígena, com por exemplo, aplicação de formas de punição diversas da prisão.

Durante pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul – TJMS foi possível localizar mais de 50 (cinquenta) casos de criminalização de indígenas. Destacam-se alguns destes a seguir.

No RSE: 00007467920118120030 MS 0000746-79.2011.8.12.0030, o TJ-MS negou provimento a recurso pretendido por indígena, onde se pleiteava a exclusão de qualificadora pelo fato de ser indígena, senão vejamos: “Prescindível a realização de perícia antropológica quando os elementos carreados dos autos informam que o acusado, apesar de origem indígena, encontra-se perfeitamente integrado à sociedade”.

Da mesma forma, sob a relatoria da Des.^a Marilza Lúcia Fortes no APR: 24151 MS 2007.024151-1, o TJ-MS entendeu que aos indígenas aculturados não cabe o chamado “erro de proibição”, como se pode ler:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - PRETENDIDA NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA - IMPOSSIBILIDADE - ÍNDIO ACULTURADO - PEDIDO PRECLUSO - PEDE ABSOLVIÇÃO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS CORROBORADAS COM DEPOIMENTO DE VÍTIMA E APELANTE NA FASE POLICIAL - REQUER CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMI-ABERTO - CRIME HEDIONDO - OBEDIÊNCIA À LEI N. 8.072/90 - IMPROVIDO.

Além disso, foram analisados alguns julgados de criminalização de indígenas contidos especialmente no endereço eletrônico do Tribunal Regional Federal da 3^o Região, destacando aqueles que versavam a respeito de laudo antropológico, bem como o emprego de direitos penal aos indígenas.

A incompetência do juízo foi suscitada no Recurso Criminal n^o 16415 MS 2002.03.99.016415-4 e o TRF3 declinou o julgamento para a Justiça Estadual, com fundamento na posição do STJ, sustentando que: “A jurisprudência já se assentou no sentido de que o crime comum praticado por índio contra índio, não atrai a competência da

Justiça Federal”.

No julgamento que segue foi negado o direito à atenuante de pena ao indígena acusado de tráfico de drogas, por ser considerado integrado à “sociedade nacional”:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO. ATENUANTE INOMINADA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. ART. 56 DO ESTATUTO DO ÍNDIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REGIME INICIAL. CÓDIGO PENAL. APLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. 1- Materialidade e autoria do delito de tráfico transnacional de drogas comprovadas. 2- (...). 3- (...). 4- (...). 5- (...). 6. É entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça a inaplicabilidade da atenuante do art. 56 do Estatuto do Índio àquele integrado à sociedade. 7. (...). 8- (...). 9- (...). 10- (...). 11- (...). 12- O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que incide o art. 56, parágrafo único, do Estatuto do Índio, de acordo com o grau de integração do índio à comunhão nacional, porém vedada sua aplicação quando se tratar de crime hediondo ou equiparado, como o é o tráfico ilícito de entorpecentes. 13. (...).(TRF-3 - ACR: 410 MS 0000410-46.2012.4.03.6005, Relator: JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, Data de Julgamento: 03/02/2014, QUINTA TURMA) – (grifos nossos)

Localizaram-se também vários casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ a respeito de criminalização de indígenas. Grande parte destes refere-se à suscitação da competência judicial para julgamento de crimes em que os indígenas figuram como autores ou réus.

Após muitas ações apontar a nulidade absoluta em razão da incompetência do juízo, o STJ sumulou entendimento afirmando que compete à Justiça Estadual o processamento e julgamento de delitos praticados ou sofridos por índios (Súmula nº 140). Neste sentido, o julgamento do HC nº 35.227/MS:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. RÉU SILVÍCOLA. FURTO QUALIFICADO. **AUSÊNCIA DE INTERESSE DA COMUNIDADE INDÍGENA OU DISPUTAS DE TERRAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.** RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. **No caso em tela, o crime de furto cometido por agente considerado indígena não evidenciou interesse da comunidade ou vinculação com disputas por terras silvícolas, mas somente proveito pessoal, o que atrai a competência da Justiça comum estadual.** 2. Recurso ordinário desprovido.(STJ - RHC: 35227 MS 2013/0008150-7, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 18/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/04/2013) – (grifos nossos).

Após a edição da Súmula nº 140, muitas decisões consolidaram a posição do Tribunal Superior acerca da Justiça Estadual ser a competente para julgar os delitos praticados ou sofridos por índios. Mencionada súmula, no entanto, não foi considerada em outros julgados, pois ao instruir que a regra é a Justiça Estadual julgando crimes cometidos ou sofridos por indígenas, o STJ também motivou que se entendesse que sempre que a causa configurar disputa acerca de direito indígena, se referirá a organização social dos indígenas, seus costumes, línguas, crenças e tradições, ou ainda, sobre os direitos das terras que tradicionalmente ocupam.

O julgamento do homicídio de policiais do município de Dourados/MS, imputado indígenas da comunidade Passo Piraju, foi declinado à justiça federal por meio do HC: 65898 MS 2006/0194645-8, sob o fundamento de que os fatos se deram em razão de conflito de terras com fazendeiros naquela localidade.

PENAL – HABEAS CORPUS – LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE – PACIENTE QUE É ÍNDIO JÁ INTEGRADO À SOCIEDADE – POSSUI TÍTULO DE ELEITOR – INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DO ÍNDIO – IMPOSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME DE SEMILIBERDADE – ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM QUE FOI ACENTUADA A CENSURABILIDADE DA CONDUTA – REGIME INICIALMENTE FECHADO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO – ORDEM DENEGADA. 1. O Estatuto do Índio só é aplicável ao indígena que ainda não se encontra integrado à comunhão e cultura nacional. 2. **O indígena que está em pleno gozo de seus direitos civis, inclusive possuindo título de eleitor, está devidamente integrado à sociedade brasileira, logo, está sujeito às mesmas leis que são impostas aos demais cidadãos nascidos no Brasil.** 3. **O regime de semiliberdade não é aplicável ao indígena integrado à cultura brasileira.** 4. O estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena deve observar não só o quantitativo da pena, porém a análise de todas as circunstâncias judiciais, considerada, ainda, eventual reincidência. 5. Se foi feito contra a conduta do réu rigorosa censurabilidade, justificado está o regime inicialmente fechado, necessário para reprovação do crime e ressocialização do apenado. 6. Ordem denegada. – (grifos nossos)

Considerando a integração do índio e seu nível de “aculturação”, o STJ não concedeu no HC: 88853 MS 2007/0190452-1, os direitos elencados no Estatuto do Índio (atenuante de pena e regime prisional de semiliberdade), ressaltando que estes não se aplicam ao índio já integrado à sociedade.

Ademais, durante a pesquisa encontrou-se também casos de criminalização de índios no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF. Ao se manifestar no HC: 111164/MS, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o regime especial de semiliberdade deve ser aplicado “pela simples condição de tratar-se de réu indígena”:

Decisão: Vistos. Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Fundação Nacional do Índio (Funai) em favor de Leonizio Martina Ortiz, buscando a revogação da prisão preventiva do paciente. Aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 185.102/MS, impetrado naquela Corte, Relatora a Ministra Laurita Vaz. (...). O Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73, no parágrafo único do seu art. 56, estabelece que as penas aplicadas a indígenas ‘serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado’.

Impede destacar que o Supremo Tribunal Federal já entendeu que esse benefício deve ser conferido ‘pela simples condição de se tratar de indígena’ (HC 85198/MA, Rel. Min. EROS GRAU, 1ª Turma, DJ 09-12-2005, p. 16), o **que, ‘in casu’, resta demonstrado às fl. 54eSTJ**. Ora, se a condenação definitiva do indígena já implica esse regime especial de cumprimento de pena, não se pode aceitar que uma medida cautelar, de natureza efêmera e acessória, acarrete o encarceramento do Paciente em condições mais gravosas do que aquela. Desta forma, mister se faz que seja determinado ao juízo de origem a observância das regras processuais que estabeleceu um regime de encarceramento do ora Paciente” (fls. 13/14 da inicial – grifos no original). (...)”. Nesse contexto, a notícia de que a segregação do paciente decorre de condenação já transitada em julgado, o alegado constrangimento ilegal aventado na impetração encontra-se superado. Assim, nos termos dos arts. 21, inciso IX, do RISTF e 38 da Lei nº 8.038/90, julgo prejudicado o presente habeas corpus. Publique-se. Brasília, 14 de junho de 2012. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente. (STF - HC: 111164 MS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 14/06/2012, Data de Publicação: DJe-119 DIVULG 18/06/2012 PUBLIC 19/06/2012). (grifos nossos).

Entretanto, a maioria dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre criminalização de indígenas é acerca de competência para julgamento. Em 1996, o STF concedeu o HC 71835 MS em que concordou com o declínio de competência para a Justiça Federal julgar homicídio cometido por um índio contra outro índio, na reserva de Caarapó/MS. De acordo o Min. Francisco Rezek, não foi o caso de ampliação da interpretação dada ao inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal, mas, na verdade, se entendeu que no conceito de “direitos indígenas” estão inclusos todos eles, inclusive o direito à vida.

Diante do exame dos julgados acima expostos, nota-se que o judiciário majoritariamente possui um posicionamento no tocante à criminalização de indígenas do Mato Grosso do Sul, o qual possui a essência integracionista da legislação ordinária pátria, quando presente indícios do contato do indígena com a sociedade nacional, pois consideram que o simples conhecimento da língua portuguesa, o uso de documentos públicos, o ato de trabalhar e até utilizar eletrônicos já caracterizam a transição pretendida pelo Estatuto do Índio, referente à condição de índio integrado.

No Tribunal de Justiça, o debate foca-se especialmente na imposição ou não do regime diferencial de semiliberdade e na aplicação de atenuante, direitos contidos no Estatuto do Índio, enquanto que nos tribunais superiores (STF e STJ), o pedido de nulidade devido incompetência do juízo é o pedido principal. Em todos esses casos, para a análise desses direitos indígenas, o julgador tem que possuir conhecimento extrajurídico, sobretudo, noções de antropologia e história, por exemplo, tendo em vista que somente através destes é que haverá possibilidade de entender em qual grau a conduta típica associa-se ou não com aqueles direitos garantidos pela Constituição Federal.

Desta maneira, é possível notar que o Judiciário não assimila a diversidade étnica no processo de criminalização de indígena, ou porque não admite a ele essa identidade, ou porque não permite a possibilidade de que as práticas ilícitas podem ser realizadas em consequência de disputa sobre seus direitos, fato este que exigiria que um órgão jurisdicional especializado processasse e julgasse indígenas.

Além disso, o entendimento no sentido de que é desnecessária a aplicação de atenuante de pena ou de regime prisional especial de semiliberdade em estabelecimento diferencial indica o resultado da concepção do judiciário no tocante à integração dos réus indígenas à “sociedade nacional”. Ao negarem aos réus indígenas seus direitos diferenciados, negam-lhes, por consequência, sua condição de sujeitos de direitos.

5. O DESAFIO DA ALTERIDADE

A análise das posições defendidas nos tribunais superiores de justiça e no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul revelam incompreensão sobre os significados práticos do pluralismo jurídico e da autonomia cultural da população indígena no país. Os argumentos ainda se pautam na análise da imputabilidade/inimputabilidade relacionada aos processos de inculturação pelos indígenas, da cultura que embasa o direito pátrio. Na didática de Raul Eugênio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli trata-se de um equívoco, senão vejamos:

De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que comparte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica – bióloga e racista – já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes. Nada tem de diferente do discurso de justificação, que produziu frequentíssimas destruições de grupos culturais originários e de perseguição religiosa, falando em delírios coletivos frente a atos e cerimônias que jamais compreenderam, e de relações culturais diferenciadas como simples e primitivas, quando a antropologia comparada nos mostra, hoje, a sua enorme complexidade. O homem da civilização industrial inventou,

no seu gabinete de elocubração, uma “mentalidade primitiva”, que foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas.¹⁶

A proposta de Zaffaroni e Pierangeli apontam para a reflexão sobre imputabilidade e culpabilidade que ultrapasse a mera análise da integração ou não do indígena à cultura jurídica oficial, atingindo o núcleo da problemática de um encontro até hoje não resolvido, a saber, a questão do valor da cultura indígena, com todas as respostas que produziram para enfrentar problemas universais, incluindo aí, as transgressões a preceitos, regras e leis comunitárias.

O fato de um indígena saber ler e escrever a linguagem oficial do país não alija sua identidade étnica, nem o condicionamento cultural que o orienta em seus ímpetos, voluntariedades e compreensão da legitimidade ou ilegitimidade dos dispositivos legais pátrios, quando comparados à sua cultura.

Neste sentido, é essencial que o sistema jurídico-penal supere a essência de evolucionismo social que possui. 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.

Por estas razões, urge revisão constitucional do Estatuto do Índio em todos os dispositivos que se revelam insuficientes para a devida proteção ao indígena. Ademais, é necessário que se compreenda que direitos indígenas não são somente os incluídos no artigo 231 da legislação Constitucional, tendo em vista que a OIT em sua convenção 169 amplia direitos que possuem essência constitucional. Por fim, tal perspectiva deveria provocar mudanças também na esfera do direito processual, imperando a análise antropológica do caso concreto em sua relação com a cultura nativa e com eventuais disputas de direitos indígenas, desde o inquérito policial e durante todo o processo penal, valendo-se da efetiva assistência jurídica, com a presença de um especialista em antropologia, e ainda com o auxílio de um intérprete especializado em sua língua materna. As sentenças judiciais, por sua vez, devem sustentar-se em casos concretos, investigando de maneira profunda tanto o contato de réu com a sociedade nacional como também a influência de sua cosmovisão neste encontro com culturas distintas. Por fim, urge ainda realizar uma consulta aos interessados no que se refere à renovação legislativa para promover a extinção do sistema etnocida indigenista.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, torna-se essencial uma profunda mudança na cultura jurídica

16 ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p. 554.

que impera nos tribunais do País, de modo a respeitar a autonomia e alteridade das identidades indígenas.

Não se trata de mera aplicação do direito costumeiro, antes, da análise profunda sobre como a cultura indígena afeta a integralidade do comportamento dos indígenas, quando estes transgridem uma norma penal do direito oficial.

Por óbvio, a discussão não se exaure apenas aqui. Mas apenas a partir do asseguramento da alteridade dos povos indígenas, com todas as implicações que este quesito representa, é que se poderia falar em sistema judicial garantista.

7. REFERÊNCIAS

BRAND, Antônio; ALMEIDA, Fernando Augusto Azambuja de Almeida. **A ação do SPI e da FUNAI junto aos Kaiowá e Guarani**. VII RAM – UFRGS, Porto Alegre, Brasil, GT 08: Violência Estatal, Indigenismo e Povos indígenas. Coordenação: Críthian Teófilo Silva e Luiz Eugênio Campos Muñoz, p.2 Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/interethnica/article/download/10104/7421>. Acesso em 10 abr. 2017.

_____. **Conflitos de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul**. 4.ed. São Paulo: Palas Athena, 2000.

_____. **O impacto da perda da terra sobre a tradição kaiowá/guarani**: os difíceis caminhos da palavra. Tese de Doutorado em História, PUC/RS. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.neppi.org/producoes.php?template=noticias.php&indice=118>. Acesso em 11 abr. 2017.

_____. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a “entrada de nossos contrários”. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO; Comissão Pró-Índio; Ministério Público Federal. (Org.) **Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no estado do Mato Grosso do Sul**. 3.ed. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 93-131

CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI). **Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul**. Brasília, 2008, p. 05. Disponível em: <http://www.prms.mpf.mp.br/servicos/sala-de-imprensa/arquivo/2011/Situacao-Detentos-Indigenas-MS.pdf>. Acesso em 10 abr. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO; Comissão Pró-Índio; Ministério Público Federal. (Org.) **Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no estado do Mato Grosso do Sul**. 1.ed. São Paulo: Palas Athena, 2001.

DUPRAT, Deborah, Procuradoria da Republica em Mato Grosso do Sul: Deborah Duprat (vice-PGR): **A reserva de Dourados é talvez a maior tragédia conhecida na questão indígena em todo o mundo.** Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/encontros/xi-encontro/entrevista-dra-deborah-questaoindigena-e-presidio-federal-em-campo-grande>. Acesso em: 10 abr. 2017.

FERREIRA DE LIMA, Marcos Homero. **Perícia antropológica realizada para o Ministério Público do Trabalho**, MPF, Procuradoria da República em Dourados, 2007.

GUIMARÃES, Paulo Machado. **Os efeitos da detração penal sobre os direitos dos povos indígenas.** Disponível em: www.cimi.org.br/?system=news&action=read&id=316&eid=262. Acesso em: 12 abr. 2017.

MAIA, C.; OLIVEIRA DO PRADO, R. C. **As Organizações Internacionais e a Proteção dos Povos Indígenas no âmbito do Direito Internacional: O Caso do Brasil.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade. Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2967/2229>. Acesso em 16 out. 2016.

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.

PORTAL BRASIL. **No Brasil, população indígena é de 896,9 mil.** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2015/04/populacao-indigena-no-brasil-e-de-896-9-mil>. Acesso em: 18 abr. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Revista Jurídica Unigran

Recebido em: 30.09.2017
Primeira revisão: 21.11.2017
Aprovado em: 06.12.2017

Como citar:

MELO, Evelyne dos Santos; MATOS, Givaldo Mauro de. A criminalização e penalização de indígenas no estado do Mato Grosso do Sul. **Revista Jurídica Unigran**. Dourados, vol. 19, n. 38, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_atual/artigos/artigo01.php> Data de acesso