



GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO
SECRETARIA DE ESTADO DE CIÊNCIA E
TECNOLOGIA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

LETÍCIA RABELO RAMOS

**OS LIMITES DA NORMA ESTATAL FRENTE AOS DIREITOS
INDÍGENAS**

PONTES E LACERDA – MT

2022

LETÍCIA RABELO RAMOS

**OS LIMITES DA NORMA ESTATAL FRENTE AOS DIREITOS
INDÍGENAS**

Monografia apresentada como requisito
obrigatório para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito pela Universidade do Estado de Mato
Grosso – Campus Pontes e Lacerda.

Orientador: Ms. Joacir Mauro da Silva Júnior

PONTES E LACERDA – MT

2022

Como não poderia ser de outra forma, dedico este trabalho a mim mesma, por todo o esforço incondicional que fiz para concluir este projeto.

AGRADECIMENTOS

À Universidade do Estado de Mato Grosso, pela oportunidade oferecida.

Ao meu orientador, Ms. Joacir Mauro da Silva Júnior, e ao docente, Ms. Gean Carlos Balduino Júnior, pela paciência e compreensão que tiveram comigo.

Àqueles que direta ou indiretamente, contribuíram de alguma maneira para a conclusão deste trabalho.

“O direito à diversidade cultural é uma garantia concedida a determinados grupos culturalmente diferenciados de que suas tradições, crenças, e costumes possam ser preservados e protegidos frente a movimentos de interculturalidade, ou seja, ninguém pode ser obrigado a abster-se de possuir suas próprias tradições, crenças e costumes, ou mesmo de ser obrigado a aderir às tradições, crenças e costumes de outros grupos.” (BONAVIDES, 1999, p.488)

RESUMO

O presente trabalho visa analisar os conceitos aplicados na resolução de paradigmas sociais envolvendo os direitos indígenas. Dentro da perspectiva da vigente Constituição, os povos indígenas sofreram um grande impacto, dividindo os direitos dos mesmos em dois momentos distintos e originando dilemas jurídicos e grandes debates. Segundo dados extraídos da página da Fundação Nacional do Índio – Funai, desde a Constituição de 1988, se instaurou um novo marco conceitual na relação do Estado com os povos indígenas, substituindo o modelo político pautado nas noções de tutela e de assistencialismo por um modelo que afirma a pluralidade étnica como direito e estabelece relações protetoras e promotoras de direitos. Estando face ao avanço sofrido por essas populações e as consequentes transformações, a sociedade passou a não admitir certos preceitos culturais, estabelecendo desse modo, um choque entre as cosmologias. A hierarquização dos níveis jurídicos por meio do Pluralismo Jurídico defende que cada população tenha um critério de justiça e o direito de exercê-la. Neste estudo, baseando-se em uma visão antropológica, sociológica, histórica e jurídica, por meio de estudos bibliográficos, busca-se exemplificar e embasar o discurso com o objetivo de compreender os conflitos dentro de uma nova perspectiva no sistema sócio jurídico.

Palavras-chaves: Culpabilidade Penal Indígena. Direito Penal Brasileiro. Posicionamento Estatal. Práticas Culturais Indígenas.

ABSTRACT

This document aims to analyze the concepts applied in the resolution of social paradigms involving indigenous rights. From the perspective of the current Constitution, indigenous peoples have suffered a major impact, dividing their rights into two distinct moments and giving rise to legal dilemmas and major debates. According to data extracted from the website of the National Indian Foundation – Funai, since the 1988 Constitution, a new conceptual framework has been established for the State's relationship with indigenous peoples, replacing the political model based on notions of guardianship and assistance with a model that affirms ethnic plurality as a right and establishes protective and rights-promoting relationships. Faced with the advance suffered by these populations and the consequent transformations, society has come to reject certain cultural precepts, thus establishing a clash between cosmologies. The hierarchy of legal levels through Legal Pluralism advocates that each population has a criterion of justice and the right to exercise it. This study, based on an anthropological, sociological, historical, and legal vision, through bibliographic studies, seeks to exemplify and ground the discourse with the objective of understanding conflicts within a new perspective in the social legal system.

Keywords: Indigenous Criminal Culpability. Brazilian Criminal Law. State Positionin. Indigenous Cultural Practices.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	4
RESUMO	7
ABSTRACT	8
1. INTRODUÇÃO	9
2. O DIREITO INDÍGENA	11
2.1. CONCEITOS IMPORTANTES À COMPREENSÃO DO TEMA	11
2.2. AVANÇO NORMATIVO: ESTATUTO DO ÍNDIO E DEMAIS LEGISLAÇÕES	13
2.3. O INDÍGENA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	15
3. CONFLITOS ENTRE O DIREITO POSITIVO E O DIREITO	
CONSUECUDINÁRIO INDÍGENA	19
3.1. O DIREITO POSITIVO E O DIREITO CONSUECUDINÁRIO INDÍGENA	19
3.2. A CONVIVÊNCIA ENTRE AMBOS OS SISTEMAS: O PLURALISMO	
JURÍDICO E O MULTICULTURALISMO ABARCADO NA CF/88	20
3.3. AS PRÁTICAS INDÍGENAS E O DIREITO PENAL BRASILEIRO	23
3.3.1. O reconhecimento do paradigma	23
3.3.2. Direito penal brasileiro: o posicionamento estatal frente aos paradigmas	25
4. DO POSICIONAMENTO ADOTADO NAS RESOLUÇÕES DOS	
CONFLITOS POSTOS	29
4.1. DA CAPACIDADE CIVIL	29
4.2. DA CULPABILIDADE PENAL INDÍGENA	31
5. CONCLUSÃO	35
6. REFERÊNCIAS	37

1. INTRODUÇÃO

A propensão para compreender o mundo circundante é um aspecto crucial do ser humano. Disso se segue que o aprendizado é um processo espaço-temporal dinâmico que em cada ponto, de modo inevitável, situa historicamente os humanos em relação a outros seres, em lugares e momentos específicos do tempo no mundo que habitam. Em outras palavras, qualquer ser humano é, em todos os aspectos de seu ser, um produto transformador dinâmico do passado por ele vivido e está situado em relação a todos os outros (jovens e velhos, vivos e mortos) cujas ideias e práticas estejam contribuindo para estruturar as condições de sua existência presente (TOREN, 2012).

Como narrado pela história, inicialmente os indígenas foram descritos pelos europeus como criaturas sem almas e descaracterizados de qualquer tipo de cultura. Todavia, ao contrário da narração eurocêntrica, os indígenas possuem uma cultura e um sistema de organização complexo e diversificado, fator que ainda na atualidade causa estranheza, preconceito e julgamentos etnocêntricos, devido a excentricidade, rigor e diversidade dos costumes e tradições destes povos.

A partir desta premissa, podemos analisar a cultura indígena sobre outra vertente, uma vez que para a psicologia, o comportamento humano está vinculado ao seu contexto histórico, ou seja, as relações, lugares e a estrutura a qual se encontra introduzido. Desta maneira, os indígenas ao realizarem atos que para a sociedade contemporânea são considerados ultrajantes, na visão da antropologia e da psicologia, estes mesmos atos são apenas reflexos da cultura e da estrutura social a qual os mesmos estão inseridos.

Portanto, a cultura indígena, bem como as demais culturas, são passíveis de questionamentos, mas, antes de julgar se esta é correta ou não, quem analisa deve ter uma visão de alteridade, de modo que possa conhecer e entender o funcionamento dessas estruturas, e perceber o significado que os elementos desta construção representa na vida de cada integrante, uma vez que estes elementos são os responsáveis pela construção existencial de cada um.

Assim, por meio deste parâmetro, questões polêmicas, advindas dos costumes indígenas, como o homicídio infantil/infanticídio, poderão ser analisadas e ponderadas em meio ao ordenamento jurídico brasileiro e as tradições indígenas, fator que pode apaziguar situações conflitantes, e acrescer ao sistema jurídico como um todo, e é objetivando somar nisto que o presente tem sido elaborado.

O presente fora dividido em três capítulos. Inicialmente, no primeiro capítulo, com vistas a situar o leitor ao longo da leitura, traremos os principais conceitos e princípios utilizados pelo Direito Indígena. Além disso, também trataremos neste capítulo o avanço normativo o qual foi submetido os direitos indígenas, desde a Carta Régia de 09 de abril de 1655, até os dias atuais, com a Constituição Federal de 1988, pontuando a mudança do modelo político integracionista para o modelo político protecionista.

No segundo capítulo, exploraremos a forma como o Direito Positivo foi abraçado pela sociedade como meio para se garantir a ordem social, demonstrando também como o Direito Consuetudinário colaborou para isso. Também será abordado a forma como o Direito Consuetudinário Indígena é visto e tratado pela população não índia, o que, apesar da convivência pacífica entre ambos ainda causa certos conflitos.

Neste também fora tratado a maneira como a Constituição Federal de 1988 abarcou em seu texto o pluralismo jurídico e o multiculturalismo, como forma de proteger e incentivar a preservação das culturas indígenas. A seu turno também fora abordado o modo como o Direito Penal Brasileiro entende as práticas indígenas, no que tange o infanticídio e o homicídio infantil indígena, bem como o posicionamento que vem sendo adotado pelo Estado frente aos paradigmas que se estabelecem quando tratamos deste assunto.

Por fim, no terceiro e último capítulo, de forma didática, foram trazidas considerações acerca das bases utilizadas nas decisões tomadas pelo sistema penal, com ênfase a capacidade civil e a culpabilidade penal indígena, salientando o modo como a classificação feita no Estatuto do Índio, ainda nos dias de hoje, mesmo após a mudança de política adotada pela Constituição Federal vigente, ainda se faz necessária para a aplicação das penas cabíveis em cada caso.

2. O DIREITO INDÍGENA

2.1. CONCEITOS IMPORTANTES À COMPREENSÃO DO TEMA

Antes de adentrarmos ao tema proposto para o presente trabalho, é importante apresentar conceitos e terminologias que são comumente utilizados nas referências aos povos indígenas, individualmente ou em comunidade, e para isso, utilizaremos também de fontes não jurídicas, isto é, trabalharemos com aspectos históricos, antropológicos e sociais.

O termo ‘índio’ tem sua origem no engano cometido por Cristóvão Colombo que, ao encontrar as terras atualmente conhecidas como continente americano, acreditava ter encontrado as Índias, assim, a palavra passou a ser utilizada para designar, sem distinção alguma, todo e qualquer habitante originário destas terras.

Apesar do termo ‘índio’ nos remeter a um período de dominação e repressão cultural, possuindo assim uma conotação inferiorizante e depreciativa, a mesma ainda é utilizada pelos próprios indígenas como autodesignação, o que possibilita seu uso jurídico, tanto que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o termo ‘silvícola’, até então utilizado nos textos legislativos, foi substituído pelo termo ‘índio’.

Segundo a definição trazida pela Organização das Nações Unidas (1986), as comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que possuem continuidade histórica anterior às invasões e às colonizações desenvolvidas em seus territórios, que se consideram distintos de outros setores da sociedade, e que buscam conservar, desenvolver e transmitir às futuras gerações, suas terras tradicionalmente ocupadas e suas identidades étnicas.

No Brasil, ficou a cargo do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, em seu art. 3º, inciso I, trazer o conceito de índio, que por sua vez pode ser caracterizado 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”.

Por meio desse conceito trazido, concluímos que o índio pode ser identificado através de quatro critérios, sendo dois objetivos e dois subjetivos. Os critérios objetivos, dizem respeito a necessidade de existência de uma ascendência pré-colombiana do indivíduo em questão, bem como a ascendência de um grupo étnico que se diferencie dos demais membros da sociedade nacional. Os critérios subjetivos, por sua vez, dizem respeito a

classificação que o próprio indivíduo faz sobre si e a classificação que os demais do grupo étnico fazem sobre ele.

O grupo étnico acima mencionado nada mais é do que uma comunidade indígena, isto é, um grupo populacional com formação complexa e identidade agregadora. Segundo Villares (2009), uma comunidade indígena pode ser compreendida como um contingente populacional formado por índios que habitam o mesmo território, desenvolvem formas de economia compatíveis e ainda possuem formas de organização, língua, tradições e religiões semelhantes, possuindo em regra, um antepassado em comum.

O inciso II do art. 3º do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, por sua vez, define comunidade indígena ou grupo tribal como sendo “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.” A Constituição Federal de 1988, vigente até os dias atuais, entende que comunidades indígenas são agrupamentos de índios, que compartilham de determinada organização social, territorialização, cultura e etnicidade.

Cada comunidade indígena é resultado de um processo de formação dinâmico e que se mantém em constante construção. Em outras palavras, a identidade do grupo é construída ao longo dos anos por meio de processos inconscientes e ainda que se busque a purificação de suas etnias, fato é que, a cada contato com o exterior, há uma absorção de traços culturais que passam a compor a identidade étnica a ser transmitida às gerações futuras.

Outro ponto de extrema importância a ser trabalhado aqui é a forma como o coletivo se sobressai ao individual. Sem muita dificuldade, podemos perceber que ao ser aceito em um grupo, as liberdades e vontades de cada indivíduo deixam de ser ouvidas e exercidas, ou seja, o sentimento e aceitação coletiva se sobrepõe e até suprime as primeiras.

Neste sentido podemos observar que, um dos critérios subjetivos para a identificação de um indivíduo como um índio, diz respeito a classificação atribuída a ele por outros integrantes da comunidade, classificação esta que representa ponto determinante a aceitação (ou não) de determinado indivíduo em uma comunidade indígena, logo, o indivíduo que passa a pertencer a uma tribo, abre mão de todos os seus direitos individuais por um bem maior.

Passados dessa conceituação inicial e esclarecidos alguns termos importantes, iremos ao histórico legislativo dos direitos indígenas, desde início de sua convivência com os colonizadores, quando estavam sob política que buscava a integração do índio à sociedade nacional, até a atualidade, quando passaram à política protecionista, isto é, que visa proteção

dos direitos indígenas e a preservação de todos as suas características inerentes à existência destes.

2.2. AVANÇO NORMATIVO: ESTATUTO DO ÍNDIO E DEMAIS LEGISLAÇÕES

A história das constituições é recente, porém, a muito já existiam documentos que validavam direitos básicos aos cidadãos, a exemplo, a Carta Régia de 09 de abril de 1655. Cartas como esta são consideradas constituições primárias e em regra, continham normas de condutas que deviam ser adotadas por aqueles que deviam submissão a seu poder.

Durante o processo de colonização, aproximadamente 500 anos, inúmeras leis e cartas vieram à tona com o objetivo de melhorar o relacionamento entre colonizadores e colonizados. Contudo, essas, ao mesmo tempo em que garantiam direitos na teoria, institucionalizavam os abusos na prática, pois como eram voltadas a um público que em regra, era analfabeto, elas nunca chegavam a eles como deviam, tornando-se obsoletas (ALENCAR, 2015).

Segundo Alencar (2015), ainda no período imperial, algumas normas foram publicadas com o intuito de garantir direitos aos gentios. O Diretório dos Índios (1798), por exemplo, caracterizava-se por propor a normatização de práticas coloniais, dentre elas, a educação e administração da força de trabalho, ficando reconhecida por regularizar a liberdade das populações indígenas e paradoxalmente institucionalizar o seu trabalho forçado.

Também foi nesta carta, que surgiu os primeiros direitos indígenas assegurados em termos oficiais. Nelas, haviam escrituras e o modo de tratamento a ser empregado pelos colonizadores para com os indígenas nas terras em descobrimento. Nesta, ao mesmo tempo em que lhes asseguravam a posse das terras e a liberdade, também favoreciam a escravidão e apropriação de seus bens através da chamada guerra justa, onde houve um massacre destes entre os anos 1808 a 1910.

Com influência da Revolução Francesa, o retrocesso em relação aos direitos indígenas tendia apenas a aumentar. Os índios deixaram de ser considerados brasileiros no sentido político, pois uma nação dentro de outra, era inaceitável, e por sua vez, a Lei Imperial nº 601 de 1850, reservou a eles apenas as terras dos aldeamentos.

A Constituição Republicana de 1891 não evoluiu em termos de garantia efetiva de direitos, ratificando as leis já existentes até sua revogação. Apenas em 1910 com a criação do Serviço de Proteção ao Índio – SPI, os mesmos passaram a ser vistos e tratados como integrantes da nação e titulares de direitos. Sendo então, a partir daí, o início das garantias de direito em Constituição (ALENCAR, 2015).

A garantia da efetividade da proteção visada pelo SIP estava voltada aos territórios ocupados pelos índios, bem como a proteção dessas terras contra invasões, e também o respeito à organização interna das tribos, com vistas a garantir seus hábitos e independência. Todavia, em outro plano, a política adotada pelo Serviço de Proteção ao Índio, resultava na transformação do índio em trabalhador nacional, fornecendo aos mesmos, instrumentos para sua conversão em trabalhadores rurais (MATSUURA, 2011).

Apenas em 1934, os índios tiveram seus primeiros direitos protegidos constitucionalmente, essa proteção também estava voltada as terras, sendo tratados em dois artigos, onde sua principal preocupação era com o reconhecimento da propriedade silvícola, vedando a alienação das mesmas.

Outrora, no ano de 1967, em substituição ao Serviço de Proteção ao Índio – SIP, fora instituído a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, que tinha por objetivo a criação e manutenção de políticas indigenistas no país, que buscava a integração dos indígenas de maneira ‘harmoniosa’ à sociedade nacional.

Como ressalta Alencar (2015), esse caráter integracionista permaneceu por décadas, tanto na Constituição de 1937, quanto na Constituição de 1946. E assim como na primeira constituição, estas também reservavam ao Estado a missão de incorporar os silvícolas à comunhão nacional.

Já na Constituição de 1969, houve um avanço significativo nas normas através da Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969. O texto mantinha as leis e direitos já existentes, porém acrescentava aos índios, o direito de usufruir dos recursos naturais e das utilidades existentes no espaço que os cabia. Além disso, a ocupação, posse e loteamento por terceiros sem a devida autorização da União e da FUNAI, tornava nulo os efeitos jurídicos, ou seja, aqueles que descumpriam o previsto no parágrafo 2º do art. 198, não tinham direito a ação ou indenização.

Posteriormente, no ano de 1973, por meio da Lei nº 6.001, foram criados procedimentos a serem adotados pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI, com vistas a proteger e assistir as populações indígenas. Tal legislação visou estabelecer um regramento

em relação aos direitos e deveres dos índios, dando ao Poder Público a competência no que tange à proteção do patrimônio, tanto material quanto imaterial, das comunidades indígenas (MATSUURA, 2011).

Apesar de ter sido um grande avanço em relação a política indigenista praticada anteriormente pelo SIP, o Estatuto do Índio, ainda hoje é alvo de diversas críticas, isto pois, como veremos logo a seguir, este também apresenta metas de integração e inserção dos índios no seio da sociedade nacional, o que acaba por divergir com as novas garantias asseguradas pela vigente Constituição Federal.

2.3. O INDÍGENA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, vigente até os dias atuais, ficou responsável por instaurar um novo marco conceitual na relação do Estado com os povos indígenas, substituindo o modelo político pautado nas noções de tutela e de assistencialismo por um modelo que afirma a pluralidade étnica como direito e estabelece relações protetoras e promotoras de direitos.

Em outras palavras, passamos de um modelo que visava a integração social, isto é, um processo de introdução dos índios (ou comunidades indígenas) ao seio da sociedade nacional, buscando a convivência destes com indivíduos com padrões “normais” e gerais a grande maioria da população. Esse logo processo, se dava por meio de decisões e diretrizes governamentais que buscavam a desconstituição dos povos indígenas.

Em tese, essa política durou até a promulgação da vigente Constituição Federal, quando passamos para uma política protecionista, que por sua vez, foi marcada pela adoção de decisões e diretrizes governamentais que visa proteger os grupos minoritários dos riscos advindos da convivência social com os demais membros da sociedade nacional.

Os legisladores, no *Caput* do art. 231 da CF/88, expressam que:

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.

Foi a partir desse reconhecimento que o Brasil passou de uma política integracionista que visava a homogeneidade dos seus, para uma política protecionista, cujo objetivo é

assegurar a diversidade cultural e o direito à diferença. Logo, ser índio deixou de ser uma condição transitória para uma condição permanente. (COPETTI, 2017).

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao ser promulgada, previu inúmeras garantias constitucionais, cujos objetivos era dar maior efetividade aos direitos fundamentais, com a participação do Poder Judiciário sendo permitida sempre que houver ameaça ou lesão a esses direitos. Em relação aos indígenas, ressalta-se que estes foram considerados especiais, recebendo assim direitos especiais, divididos ao longo do texto constitucional com um capítulo exclusivo e outros oito artigos distribuídos em capítulos distintos.

A construção dessas novas normas envolveu a participação intensa de entidades civis dedicadas à causa indígena, bem como a participação de entidades constituídas pelos próprios índios. De um modo geral, a Constituição Federal vigente é a que de fato se dedicou a proteção indigenista. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999), essa preocupação se deu em razão de uma espécie de ‘má consciência retroativa’, que por outro lado acabou por ressuscitar a visão do índio como um homem puro, isto é, não pervertido pela civilização.

Ainda no art. 231, tivemos o reconhecimento dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, isto quer dizer que, ainda que intrinsecamente, fora reconhecido que os índios foram os primeiros habitantes do Brasil, anteriores à lei e até mesmo ao próprio Estado. Ademais, nos parágrafos que acompanham o referido artigo, tivemos a atribuição da posse permanente dessas terras aos indígenas, bem como o reconhecimento do usufruto exclusivo do solo e recursos hídricos (§2º) existentes nesses locais.

Por fim, as terras indígenas passaram a ser consideradas um direito alienável, indisponível e imprescritível (art. 231, §4º), sendo nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e/ou a posse dessas terras, ou ainda a exploração das riquezas naturais nelas existentes, salvo disposições resguardadas em lei (§6º).

Neste ponto também é importante salientar que a Constituição buscou vedar a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo em casos de catástrofe ou epidemia que coloque em risco a população, ou no interesse da soberania do País, desde que haja prévia deliberação do Congresso Nacional, e que seja garantido a estes, em qualquer hipótese, o retorno imediato a suas terras, tão logo cesse o risco que os levaram a ser removidos.

Um outro direito garantido pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 232, foi a possibilidade dos índios, suas comunidades e organizações serem legítimos para ingressar em

juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. Ressalta-se que essa legitimação para intervir junto ao Poder Judiciário diz respeito a proteção da questão coletiva, e não em defesa de direito individual de determinado índio.

Em outro momento, no art. 215, §1º, foi incumbida ao Estado, o dever proteger as manifestações de culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, e demais grupos que compunham o processo de formação da civilização nacional, tornando-as ainda, conforme art. 216, *caput*, patrimônio cultural brasileiro.

Um outro direito importante garantido pela Constituição Federal de 1988 diz respeito ao ensino da língua nacional. A língua, para os povos indígenas, assim como para tantos outros grupos e nações, é um fator essencial de identidade, que os distingue de outros povos. Sabendo desta importância, os colonizadores, no começo de suas atividades de dominação, tomaram como método de controle sobre a população, indígena e não indígena, o silenciamento das línguas maternas, isto através da imposição do aprendizado exclusivo do português, o que acabou por culminar na extinção de muitas línguas indígenas e de matrizes africanas.

Como meio para redimir-se disto, a Lei Maior, em seu art. 210, §2º, buscou assegurar que, apesar o ensino fundamental dever ser ministrado em língua portuguesa, fica resguardado o direito às comunidades indígenas de utilizarem suas línguas maternas e seus próprios processos de aprendizagem.

Dentro dessa nova perspectiva constitucional, percebe-se que as sociedades indígenas e seus fundamentos sofreram grande impacto, dividindo sua história em dois momentos distintos, antes e depois da Constituição Federal de 1988. Antes e depois de reconhecidos seus valores e direitos.

São mais de 500 anos de luta pela sobrevivência, e atualmente, essa luta ainda perdura. Mesmo com os direitos garantidos e o grande avanço sofrido na conscientização da população, ainda há muito pelo o que lutar. Garantir saúde, educação, segurança e alimentação ainda são pontos de conflito em fase de desenvolvimento inicial.

Historicamente, em todas as etapas da nossa atual república federativa, temos falhado no tratamento para com os indígenas, resultando em paradigmas sociais, conflitos em processos jurídicos, e uma alta dívida humanitária. O certo é que, enquanto as leis resguardadas no papel não forem de fato aplicadas com rigor, continuaremos sendo

testemunhas de crimes contra a vida e da depredação de um povo e cultura que representam uma grande parte da nossa história quanto humanidade.

3. CONFLITOS ENTRE O DIREITO POSITIVO E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

3.1. O DIREITO POSITIVO E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

De forma simplória podemos afirmar que sem a existência de relações jurídicas entre os indivíduos, seria impossível a existência e manutenção da vida em sociedade. Deste modo, conclui-se que o direito tem sua base em convenções que visam determinar uma ordem social no qual todos os demais se baseiam.

Inicialmente, a sociedade necessitava se afastar do sistema jurídico que tinha por base os valores jusnaturais (jusnaturalismo), isto pois, muitas atrocidades acabavam por ser cometidas em nome do Direito e de seus princípios naturais. Como resposta a essa necessidade, ‘surtiu’ o direito positivado, que por sua vez, conseguiu garantir a segurança jurídica e a objetividade do sistema ao qual necessitavam para a vida em comunidade.

Chegar a esse direito positivado não é uma tarefa fácil, isto pois, é necessário que haja o estabelecimento de limitações que garantam que o direito de cada indivíduo será resguardado, isto sem interferir no direito alheio. Foi com o intuito de regular essa tomada de decisão que o indivíduo se viu obrigado a criar o ‘Estado’ a fim de que esse, laico e imparcial, estabelecesse os limites para a atuação humana.

O Estado, em suma, fora constituído com o objetivo de delimitar a atuação do indivíduo em sociedade, por meio do estabelecimento de normas que regulam as condutas individuais com vistas a pacificação e a conquista da ordem social necessárias para a manutenção da vida em comunidade.

Ressalta-se que, nesse cenário, o Estado é o único produtor do direito, logo cabe a ele a definição e aplicação das condições universais da ordem social, assegurando-se da plena eficácia das normas jurídicas produzidas. Para Copetti (2017), o Estado seria o elemento constituinte fundamental. Em outras palavras, o direito passa a ser uma produção da vontade humana a partir de sua criação pelo Estado por meio da lei.

Com o passar dos anos, esse modelo de Estado Moderno, regido pelo direito positivado passou a ser a regra, e no Brasil não foi diferente. Por ser considerado dinâmico e flexível, o sistema positivista fora elegido como modelo de criação das normas jurídicas em

nossa nação, o que, como veremos a seguir, frente a um caso concreto, pode acabar resultando num processo de subjugação das populações minoritárias.

Entretanto, é imprescindível salientar que não só de Direito Positivado se sustenta uma nação. Ainda que possua um papel subsidiário, o Direito Consuetudinário (ou costumeiro) é um importante ator em meio a sociedade. Diferindo-se do Direito Positivado, o qual se funda na figura estatal, o Direito Consuetudinário opera em meio a sociedade de forma independente.

Em outros termos, o Direito Consuetudinário tem seu alicerce em costumes e hábitos tradicionais de determinada comunidade, que se mantém vivo ao longo dos anos por meio do uso reiterado, e que, apesar de não estar escrito, seu uso se faz lei sobre tal povo. Em território brasileiro, esse direito costumeiro possui uma ligação direta à identidade cultural de um determinado povo, isto pois, parte do pressuposto de repetição dos costumes por um grupo social, com vistas a preservação e respeito à diversidade cultural aqui existente.

O Direito Consuetudinário, apesar de pouco falado, é o direito que rege o convívio das populações indígenas, representando a seu modo, um patrimônio cultural, e apresentando soluções diferentes das estabelecidas pela legislação positivista à conflitos individuais e coletivos postos envolvendo tais povos.

Apesar da adoção do sistema positivado, e do mesmo, em regra, não ser compatível com nenhum outro, o avanço sofrido por nossas populações tem permitido a convivência desses dois sistemas, Direito Positivo e o Direito Consuetudinário Indígena, apesar das diferenças que existem entre eles.

Em tópico oportuno, veremos como a vigente Constituição Federal de 1988, passou a abarcar esses dois sistemas, o que serviram como base para o desenvolvimento de novas linhas de pensamento e análises das normas já existentes.

3.2. A CONVIVÊNCIA ENTRE AMBOS OS SISTEMAS: O PLURALISMO JURÍDICO E O MULTICULTURALISMO ABARCADO NA CF/88

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como já explorado em tópico anterior, foram reconhecidos inúmeros direitos aos povos indígenas, tais como, organização

social, costumes, línguas, crenças e tradições, o que passou a significar a aceitação do Pluralismo Jurídico e o reconhecimento de valores e direitos.

Ao reconhecer tais direitos aos indígenas, o Estado deu início a um dilema, onde a Teoria do Sopesamento, não é capaz de sanar o conflito, que se acentua quando há de um lado o direito à vida. Desse modo, a abertura de brechas para debates de casos não solucionados, ou mesmo solucionados, porém de maneira não satisfatória, se mostrou uma questão problemática e longe de ter um fim.

Antes de mergulharmos no assunto deste capítulo, é de extrema importância que alguns conceitos sejam tratados, com vistas a situar o leitor no desenvolvimento de todo o trabalho daqui para frente.

Observando o conceito de Pluralismo Jurídico segundo Norbert Rouland (1999), pode-se afirmar que o sistema jurídico não é uno, mas sim, composto por diversos sistemas jurídicos que se relacionam entre si. Neste, inexistente a ideia de que um sistema é melhor que o outro, priorizando por fim, a boa convivência entre os jurisdicionados. O multiculturalismo, por sua vez, está pautado na convivência de diferentes culturas e tradições dentro de um mesmo espaço. Nestes casos, há um diálogo de culturas, uma mescla de visões e valores de vida, resultando numa convivência pacífica e com resultados positivos para todos.

O multiculturalismo pode ser tanto relativista, quando não se estabelecem critérios mínimos para o diálogo entre culturas, ou seja, tudo é aceito e tudo é correto, quanto universalista, quando apesar de permitir a difusão e o convívio de diferentes ideias, há o estabelecimento de critérios mínimos (valores universais) com vistas a manter o bom convívio entre as partes.

Esses critérios mínimos estabelecidos no multiculturalismo universalista tem sua base nos direitos humanos universais, isto é, as conquistas advindas da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) são pilares aplicados a todos os indivíduos, em qualquer tempo, sem distinção de classe social, raça, religião, origem, e etc., com vistas a garantir uma igualdade na aplicação do ordenamento jurídico vigente.

Ambos os conceitos, pluralismo jurídico e multiculturalismo, foram abarcados na formulação do nosso ordenamento jurídico, ainda que intrinsecamente, e como exemplo maior tem-se o preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a **assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das**

controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.
(g.n.)

Como visto acima, há a possibilidade de coexistência pacífica entre pensamentos diferentes, e esta tem sido a base da relação do nosso Estado para com os indígenas. Em outras palavras, nosso ordenamento busca permitir, por meio de garantias de direitos, que a população indígena possa manter-se fiel a seus preceitos culturais coexistindo de modo harmonioso com o resto da sociedade.

Essa convivência só é possível por meio da definição de hierarquia entre os níveis jurídicos, em outros termos, temos que, apesar do texto legislativo estabelecer determinada autonomia aos povos indígenas, estes devem se manter submissos ao Estado, mantendo a supremacia da Constituição Federal e a obediência as normas constitucionais impostas aos não indígenas.

Dentro da perspectiva da vigente Constituição, os povos indígenas sofreram um grande impacto, dividindo os direitos dos mesmos em dois momentos distintos e originando grandes dilemas jurídicos e amplos debates. Desde a Constituição de 1988, se instaurou um novo marco conceitual na relação do Estado com os povos indígenas, substituindo o modelo político pautado nas noções de tutela e de assistencialismo por um modelo que afirma a pluralidade étnica como direito e estabelece relações protetoras e promotoras de direitos.

Estando face ao avanço sofrido por essas populações e as consequentes transformações, a sociedade passou a não admitir certos preceitos culturais, ocasionando desse modo, um choque entre as várias visões de mundo. Nesta premissa, analisando-se as diversas notícias veiculadas envolvendo indígenas, percebe-se que a dificuldade em definir uma concepção inicia-se pela complexidade dos casos concretos e dificuldade de tomada de parte pelo próprio Estado.

Diante das novas vertentes jurídicas, surgiram diversas análises dos paradigmas sociais e da maneira como devem ser abordados tais assuntos e aplicados os direitos dos atores nos processos jurídicos. Partindo deste ponto, buscamos embasar nosso trabalho com estudos bibliográficos que nos permitissem entender o funcionamento de cada fragmento que compõe o direito penal e processual penal e a forma como este pode ser aplicado nos casos concretos.

3.3. AS PRÁTICAS INDÍGENAS E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

3.3.1. O reconhecimento do paradigma

Os indígenas são grupos sociais autônomos e independentes, que tem as suas próprias leis e regramentos internos, com práticas e costumes próprios. Os mesmos ainda compreendem que cada povo tem uma visão de mundo, sobre assuntos como a religião, a vida e a morte do ser humano. Ocorre que nem sempre essas visões estão em sincronia com a visão de mundo que um ‘civilizado’ possui.

Na crença de algumas etnias, como por exemplo os Yanomami, crianças com deficiências físicas, gêmeos, filhos de mãe solteira ou frutos de adultério podem ser vistos como amaldiçoados, e em algumas tribos, acabam sendo envenenados, enterrados ou abandonados na selva, esses atos podem tanto ser praticados pela própria mãe, infanticídio, quanto por terceiros, homicídio.

Essa prática apesar de ser considerada uma grande barbárie aos olhos de grande parte da sociedade, é algo considerado normal dentro de algumas tribos indígenas, sendo uma prática recorrente dentro das mesmas. Este método é utilizado comumente como um mecanismo de controle populacional, ou ainda, de autoafirmação dos membros na comunidade, e até mesmo uma forma de garantir o respeito coletivo às crenças e às divindades cultuadas pela tribo (CRUZ *apud* MATSUURA, 2011).

De acordo com Mapa da Violência elaborado pelo Ministério da Justiça no ano de 2014, somente no município de Caracaraí, considerada a cidade mais violenta do Brasil à época, foram registradas foram 37 mortes de crianças indígenas recém-nascidas. A causa básica apontada para as mortes são a desnutrição e ‘outras causas indefinidas’. Os dados estatísticos sobre tal assunto podem não ser precisos e isto ocorre pois inexiste fontes confiáveis, bem como muitas mortes acabam por ser encobertas (SILVA; DIAS, 2020).

No ordenamento jurídico brasileiro o tipo penal de infanticídio está disciplinado no artigo 123 do Código Penal e apresenta a seguinte redação, “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após, sob pena de detenção, de dois a seis anos.” Ressalta-se que, o estado puerperal consiste somente no período pós-parto ocorrido entre a expulsão da placenta e a volta do organismo da mãe para o estado anterior a gravidez.

Paralelamente, o crime de homicídio doloso praticado contra menor de 14 (catorze/quatorze) anos, após a promulgação da Lei nº 14.344/2022, tornou-se um crime hediondo, isto é, quem o pratica torna-se insuscetível de graça, indulto ou anistia, fiança e liberdade provisória, com pena de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, aumentada de 1/3 (um terço) à metade se a vítima é pessoa com deficiência ou tem doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade, ou ainda com aumento de 2/3 (dois terços) se o autor for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.

O infanticídio é classificado como um crime próprio, isto quer dizer que somente a mãe pode ser autora da conduta criminosa descrita no tipo, pois exige-se a qualidade especial de "ser mãe", assim como só o recém-nascido pode ser sujeito passivo. Tais apontamentos acabam por levantar discussões sempre que nos encontramos frente a um caso que envolva um menor indígena, tendo em vista que nem sempre podemos precisar quem de fato pôs fim a vida da vítima.

Aqui ainda devemos pontuar o peso da cultura de cada tribo na tomada de decisão no que tange o sacrifício de uma criança. O grupo, dentro da estrutura social das aldeias, possui maior relevância, e por consequência, exerce opressão sobre os valores individuais de seus integrantes. Em outras palavras, temos que muitas das vezes, a ordem que leva a morte das crianças indígenas se dá por meio de deliberação da comunidade, não necessitando assim, de anuência dos pais.

Tendo em vista que a questão do infanticídio e do homicídio infantil se caracteriza uma prática cultural enraizada em algumas tribos, deve-se compreender o que é cultura. Segundo Laraia (2001), alguns antropólogos concordam que “Culturas são sistemas de padrões de comportamento que servem para adaptar as comunidades humanas aos seus embasamentos biológicos”.

Dessa forma, não podemos deixar de pensar em grupos indígenas brasileiros sem sentir o peso histórico do processo de exploração a que foram submetidos, não apenas em contato com os colonizadores, mas também com outros grupos que sempre buscaram lucros e vantagens.

Apesar do encontro intercultural entre colonizadores e povos indígenas ter marcado um tempo de dominação daqueles sobre estes, houve sem dúvida, uma relação de troca de elementos culturais e de mudança, em que as etnias em contato assimilaram determinados valores e costumes umas das outras, num processo intenso e dinâmico.

Em relação a diversidade cultural, *como trabalhado outrora no tópico 2.3. O indígena e a Constituição Federal de 1988*, restou claro que a vigente Constituição reconheceu este direito aos indígenas em seu art. 231. Por oportuno, sobre o direito à diversidade cultural, expõe Paulo Bonavides:

O direito à diversidade cultural é uma garantia concedida a determinados grupos culturalmente diferenciados de que suas tradições, crenças, e costumes possam ser preservados e protegidos frente a movimentos de interculturalidade, ou seja, ninguém pode ser obrigado a abster-se de possuir suas próprias tradições, crenças e costumes, ou mesmo de ser obrigado a aderir às tradições, crenças e costumes de outros grupos. (BONAVIDES, 1999, p.488)

Mesmo sabendo de tais teses, ao nos depararmos com casos de infanticídio/homicídio infantil é comum que haja o choque emocional e a repressão social, uma vez que se trata de um comportamento alheio aos parâmetros da “sociedade moderna”. Esse choque ocorre pois o comportamento do ser humano está ligado ao cognitivo, ao que lhe é ensinado, ao ambiente em que vive, assim, toda reação ou atitude, traz consigo uma carga valorativa de um espaço temporal, visto que esta somente foi possível em decorrência da estrutura em que este indivíduo está inserido (TOREN, 2012).

À face do exposto, nos encontramos por fim, frente a uma contraposição do direito à vida, garantido constitucionalmente no Brasil e por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, e o direito à preservação dos costumes pelos povos indígenas, também garantido pela Constituição Brasileira e legislação internacional, o que acaba por gerar grande pluralidade jurídica e intensos debates, como veremos a seguir.

3.3.2. Direito penal brasileiro: o posicionamento estatal frente aos paradigmas

A teoria do Multiculturalismo admite a coexistência de várias culturas num mesmo território. Desse modo, é possível afirmar que no território brasileiro, diversos povos indígenas, cada qual com sua cultura, representam o braço de um todo, ou seja, cada sistema individual contribui para a formação do Estado nacional.

Historicamente, devemos muito a essa população que ainda hoje, nos ensina como lidar com alguns aspectos da vida cotidiana, todavia, a forma de abordagem no tratamento dos

direitos e deveres dos mesmos em relação ao direito constitucional, é motivo de grandes debates, tanto no âmbito nacional, quanto internacional.

O pluralismo jurídico é composto pela diversidade de normas que vigem em uma determinada sociedade de forma simultânea. Assim, ele é um grande fenômeno universal em vista que toda sociedade é pluralista e pratica vários sistemas de direito. O mesmo não é obrigatoriamente antagônico ao Direito Estatal/Constituição, pois esse direito pode reconhecer e tolerar esse pluralismo e até se fazer autoritário perante ele. Todavia, é de sum importância ressaltar que, quanto mais o direito se unifica, mais se democratiza a sociedade e mais se civiliza o Estado, o que gera riscos.

O Estado de direito só é limitado por ele próprio, o que o torna um sistema não muito confiável. Para um antropólogo a limitação jurídica de um Estado não pode ser oriunda a ele mesmo. Assim, a experiência antropológica sugere uma saída, o Pluralismo Jurídico, que rompe a visão clássica do Estado de direito que zera diante do monismo jurídico e apresenta a teoria pluralista que tem cunho de explicar melhor uma limitação do Estado pelos direitos. (Felício, 2015)

Como o Pluralismo Jurídico é decorrente da existência de dois ou mais ordenamentos jurídicos, com eficácia em um mesmo ambiente espaço-temporal, que reconhece os direitos extra estatais, surge assim, a questão da regulação jurídica dos indígenas que expressa claramente esse pluralismo. (Felício, 2015)

Ao aceitar a teoria do Pluralismo Jurídico, se tomada de forma “branda”, o Estado toma para si a função de aliviar as tensões sociais por meio da tolerância e até incentivo, através da flexibilização das normas, trabalhando-as sob a perspectiva de orientar a conduta humana. Porém, se tomada de forma radical, dá-se início aos dilemas, pois desse modo, a dualidade de “maleabilidade/caos” presente no Pluralismo, se choca com a certeza jurídica do Positivismo, criando conflitos diretos com a normal estatal.

Apesar de atualmente existirem leis que garantem a proteção aos grupos indígenas, pelo fato de existir uma diferença entre culturas, estes acabam indo contra os requisitos legalmente impostos. Tomaremos como exemplo o ponto inicial da vida. Para muitas tribos, a definição social de vida, baseia-se na ideia de que o nascimento biológico de uma criança não implica necessariamente em seu nascimento social.

Lima e Lima (2016) nos traz que, na tribo Yanomami o parto acontece dentro do mato, fora da aldeia e a mãe tem duas opções. A primeira, não encostar no bebê e nem o

levantar em seus braços, deixando-o na terra onde caiu. E a segunda, encostar no bebê, levanta-lo em seus braços e o levar para a aldeia para um processo de humanização.

Se caso a primeira for realizada, significa que ele não foi acolhido no mundo da cultura e por isso não se tornará humano, posto que para eles, a humanidade é um aspecto de coletividade, onde passa por uma construção coletiva, e sem esta não se torna humano. Caso a segunda opção fosse realizada, haveria vida. Deste modo, quando se ocorre a primeira opção, o que caracterizamos como um homicídio, para eles não é. Pois para a tribo, o ser abandonado não teria ainda constituído uma vida, então não haveria que se falar em homicídio ou infanticídio.

Um fato semelhante a este relatado acima, segundo notícia veiculada pelo site G1, ocorreu na cidade de Canarana, no estado de Mato Grosso, no ano de 2018, e teve grande repercussão nacional. Conforme noticiado pelos veículos de comunicação à época do ocorrido, a bisavó e a avó teriam enterrado a recém-nascida numa cova, sob a justificativa de que a mãe da bebê seria mãe solteira e a cultura das mesmas não permitia.

Após instaurado o inquérito policial e superada a fase investigativa, fora aberta uma ação penal onde constatou-se um conflito de normas positivadas, onde de um lado a Funai defendia os direitos das indígenas e tentava pôr as acusadas em liberdade, sob o fundamento de que seus direitos, e consequentemente suas ações, possuíam “autonomia” e resguardo jurídico dentro do nosso ordenamento.

Face ao avanço sofrido por essas populações e as consequentes transformações, a sociedade acaba por não admitir certos preceitos culturais. Tomando por exemplo constante o caso referido acima, percebemos que a dificuldade em definir uma concepção inicia-se pela complexidade de tomada de parte pelo próprio Estado. Isso ocorre por ambiguidades presentes na Constituição e pelo histórico de mudanças ocorridas ao longo do percurso jurídico nacional.

Em outras palavras, o Estado tem por obrigação garantir o direito à vida, art. 5º da CF/88. Logo, a criança tinha o direito de ser mantida viva e receber todos os cuidados necessários. Porém, esta mesma Constituição, no caput do art. 231, reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, dando assim, autonomia a avó para a execução do ato.

Posto claro este conflito, e dada à repercussão e impacto do caso ocorrido em Canarana, dois órgãos dados como protetores dos Direitos Humanos entraram em cena. De um lado o Ministério Público, que defendia a necessidade de prisão da avó e bisavó da criança,

conforme o corrente Código Penal, e de outro o Tribunal de Justiça, por meio do desembargador Luiz Ferreira da Silva, que defendia a liberdade da mesma, tendo dentre os motivos, especificidades culturais que tornariam difícil o convívio social fora da tribo.

De um lado o direito à vida e de outro o direito a autonomia de organização social. Em sua defesa, as rés tinham a justificativa de que foi tudo por manutenção da ordem cultural, porém, em sua acusação, tiveram o depoimento de uma enfermeira da Funai que alegava o conhecimento das mesmas a respeito das leis vigentes. Na tentativa de solucionar o caso, que é respondido em vara criminal e civil, foi pedido um estudo antropológico e psicossocial dos envolvidos.

As alegações de que as mesmas praticaram o ato visto que era um ‘posicionamento’ cultural, possuem fortes questionamentos contrários, dado ao fato de que as rés estavam inseridas em comunidade ‘civilizada’, ditando dessa forma, um paradigma o qual impõe-se a necessidade de trabalhar possíveis resoluções, tendo em vista que o mesmo também está presente como um conflito de normas.

4. DO POSICIONAMENTO ADOTADO NAS RESOLUÇÕES DOS CONFLITOS POSTOS

É sabido que as condutas das populações indígenas possuem autonomia e resguardo jurídico, e dessa forma geram certa polêmica no meio jurídico e social, principalmente quando estes figuram o polo passivo da demanda. Isto ocorre, pois a grande maioria dos crimes envolvendo a população indígena são crimes contra a vida.

No presente capítulo analisaremos o modo como Estado se posiciona com vistas a solucionar os conflitos postos em âmbito penal, e para isso, nos dedicaremos a estudar assuntos correlatos.

4.1. DA CAPACIDADE CIVIL

Para explorarmos mais sobre esse assunto, primeiro precisamos esclarecer que o índio é considerado brasileiro nato, conforme se pode extrair do art. 12, inciso I, alínea ‘a’, da Constituição Federal de 1988. Todavia, contrário do que ocorre com o restante da população nacional, o exercício de direitos civis e políticos por estes povos é regulamente pela Lei nº 6.001/73, segundo art. 5º, *parágrafo único*.

Apesar da lei resguardar os direitos do nascituro desde a concepção, o Código Civil, em seu art. 2º, preleciona que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida. Ressalta-se que não há distinção entre índios e não índios, logo, desde que nascido vivo, toda pessoa passa a ser capaz de direitos e deveres na vida civil.

A capacidade mencionada acima trata-se de uma capacidade de direito, isto é, apesar de adquirir direitos e deveres na vida civil, não há garantia que o adquirente possuirá aptidão para exercer os mesmos pessoalmente na vida cotidiana, ficando a cargo do Código Civil regular o exercício dessa capacidade.

Não há legislação especial que trate sobre a capacidade civil do índio após a adoção Código Civil de 2002, por este motivo, com base no princípio da especialidade (*Lex posterior generalis non derogat priori speciali*), o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, é o responsável por tratar o tema, à vista disso, usaremos o mesmo para explorar tal assunto.

O Estatuto do Índio, como já mencionado anteriormente, fora desenvolvido sob uma política integracionista que buscava a inserção dos índios à comunhão nacional, daí o motivo da subdivisão adotada no art. 4º da Lei nº 6.001/73. O referido artigo subdivide os índios em três grupos: isolados, em vias de integração e integrados.

Segundo tal divisão, os índios isolados seriam aqueles que vive em grupos desconhecidos ou dos quais se tem poucas informações, obtidas através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional.

Os índios em vias de integração, por sua vez, são aqueles que em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, guardam consigo traços das condições de sua vida nativa, aceitando, eventual e gradativamente, algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, das quais culminam necessitando cada dia mais para manutenção do próprio sustento.

Por fim, os índios integrados são aqueles que, quando incorporados à comunhão nacional, passam a ter o exercício pleno de seus direitos civis, ainda que conservem consigo usos, costumes e tradições característicos de sua cultura.

Independente de qual seja a fase de integração do índio, apesar de todas as discussões acerca da aplicação do vigente Estatuto, os índios não integrados ou em vias de integração estão sujeitos ao regime tutelar, cabendo ao Estado regular por meio de leis e normas específicas, quais os pontos estariam sob amparo, proteção e auxílio da autoridade nacional.

Também ficou sob responsabilidade do Estado, por meio da figura do juiz, a requerimento do interessado, após instrução sumária e oitiva dos órgãos de assistência ao índio e o Ministério Público, investir o índio na plenitude da capacidade civil, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 9º da Lei nº 6.001/73, quais sejam:

- I - Idade mínima de 21 anos;
- II - Conhecimento da língua portuguesa;
- III - Habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;
- IV - Razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Neste ponto, há grande divergência doutrinária, pois, a leitura do *caput* do referido artigo deixa claro a necessidade de requerimento por escrito do índio, logo, ainda que o mesmo tenha preenchido todos os requisitos, não poderá o juiz, *ex officio*, investi-lo na plenitude de sua capacidade civil, liberando-o do regime tutelar. Essa divergência trata-se do fato de que, estando o índio absolutamente integrado à comunhão nacional, restariam revogados os artigos que tratam da tutela indígena e da necessidade de requerimento do índio interessado.

O regime tutelar será exercido pela União, através do órgão federal de assistência aos índios competente, qual seja atualmente, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, que ficará responsável por representar ou prestar assistência jurídica aos indígenas, conforme §1º, do art. 8º, da Lei nº 6.001/73. Salienta-se que, os atos praticados por índios não integrados serão considerados nulos. Aqui origina-se outra discussão.

De um lado, subtede-se que, se o índio tiver discernimento quanto a prática do ato e a consciência dos efeitos causados por este o mesmo terá validade. Por outro lado, entende-se que, se o ato cometido for prejudicial ao índio autor do fato, essa validade poderá ser mitigada, diminuindo ou mesmo absolvendo o réu das consequências e danos oriundos de uma sentença.

Por todo o exposto, conclui-se que, quanto aos índios não integrados ou em vias de integração, os mesmos devem ser tutelados pelo órgão competente, podendo, a requerimento do mesmo, ser emancipado desde que ouvidos os necessários e preenchidos os requisitos. Já os índios integrados, conclui-se que os mesmos são plenamente capazes para os atos da vida civil, estando submetidos ao Código Civil.

4.2. DA CULPABILIDADE PENAL INDÍGENA

Agora passaremos a exploramos da culpabilidade penal indígena.

A sociedade como um todo converge aos indígenas um julgamento baseado no etnocentrismo, com preceitos regidos pela nossa cultura, com características próprias e enriquecidas por valores da nossa etnia (MARCOVICZ, 2010, p.7). Este é um dos muitos motivos que tornam ainda mais complexas as discussões relacionadas aos delitos cometidos por indígenas, em especial o infanticídio e o homicídio infantil.

Outro ponto trazido por Matsuura (2011) como sendo um grande desafio na erradicação do infanticídio e homicídio infantil indígena é a falta de fontes confiáveis para o levantamento de dados. Tendo em vista ser um tema polêmico para a sociedade não índia, que gera debates acalorados e risco de retaliação a população indígena, o governo busca minimizar os problemas oriundos destas práticas. A FUNAI em consonância com as demais autoridades, também busca encobrir a dimensão do problema, alegando não possuir resultados precisos, e por isto não podendo fornecer dados oficiais acerca deste tema.

Como buscamos deixar claro ao longo de todo este trabalho, a prática do infanticídio e homicídio infantil pelas tribos indígenas é tomada com base em preceitos diversos, tais como, cultura, crenças, tradições, sendo uma decisão tomada em grupo. É importante que tal ponto fique claro pois, para que a finalidade da pena (retribuição, prevenção, reeducação e ressocialização) seja devidamente atingida, é necessário que o autor da conduta compreenda onde, como e quando errou.

Dito isto, constata-se que, para um indígena não integrado ou em vias de integração, o objetivo da pena (que a pessoa submetida a ela não volte a delinquir) jamais seria atingida, isto pois, sob seu ponto de vista, não há que se falar em erro ou crime em sua conduta. Logo, em um mundo ideal, o Estado deveria tão somente ficar responsável pela mediação, tendo em vista não caber a intervenção punitiva estatal.

Infelizmente, não é desta forma na vida prática e por não haver legislação especial que trate da culpabilidade penal indígena, aplica-se, no que couber, as regras do Direito Penal Brasileiro.

Quanto do foro de competência, para os crimes que índios afiguram como réus (ações penais), cabe as mesmas regras que aos demais cidadãos, restringindo a competência federal aos casos em que há disputa sobre direitos (terras) indígenas. Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal de Justiça em súmula de nº 140, a qual salienta que, apesar da defesa dos interesses indígenas conferidas pela CF/88, o privilégio do foro federal não alcança o processo e julgamento do crime de homicídio praticado por um índio.

Quanto aos índios integrados, não há tratamento especial, por isso aplica-se, no que couber, o Direito Penal Brasileiro. Já em relação aos índios não integrados ou em vias de integração, faz-se necessário estudado aprofundado do caso, isto pois, a tríplice finalidade da pena (retributiva, preventiva geral e especial e reeducativa ou ressocializadora) precisa ser garantida em cada caso concreto.

A priori, ressalta-se haver diferença entre capacidade penal e imputabilidade penal. A primeira se refere ao momento anterior ao crime, enquanto que a segunda diz respeito ao momento contemporâneo ao crime.

Para que um indivíduo seja considerado imputável penalmente é imprescindível que o mesmo possua capacidade de ser julgado judicialmente pelo fato punível que lhe é imputado. Diversamente, a inimputabilidade é a incapacidade do indivíduo para apreciar o caráter ilícito do fato por ele cometido, ou ainda, de determinar-se de acordo com a apreciação da ilicitude deste fato.

Quanto da imputabilidade penal, o art. 26 do Código Penal prevê a isenção de pena ao agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (ao tempo da ação ou omissão), não possuía capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. O menor de 18 anos, seja ele índio ou não, está inserido nesse conceito.

O parágrafo único do art. 26 do Código Penal, a seu tempo, traz considerações acerca da imputabilidade relativa, dispondo também da possibilidade de redução da pena (de um a dois terços), se o agente, a época do fato, não era capaz de entender o caráter ilícito de suas ações, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, seja por perturbação de sua saúde mental, seja por desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Segundo o art. 56 da Lei nº 6.001/73, no caso de uma condenação de índio por cometimento de infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz deverá se atentar ao grau de integração do mesmo. Por meio deste, podemos concluir que o tratamento destinado aos indígenas é o mesmo dedicado aos relativamente imputáveis e seguindo tal linha de pensamento, a pena do agente será atenuada de um a dois terços.

Mirabete (2006) entende que os mesmos estariam inclusos na cláusula do desenvolvimento mental incompleto, desde que comprovado por meio de perícia, que o mesmo resta inadaptado à vida no meio civilizado, desconhecendo assim o caráter ilícito de suas ações, não podendo determinar-se de acordo com esse entendimento.

O parágrafo único do art. 56 do Estatuto do Índio, dispõe que as penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade e no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do índio condenado.

Neste sentido, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, em seu art. 10, promulgada no Brasil em 2004, determina que deverá se dar preferência a outros tipos de punição que não o encarceramento. Ademais, o mesmo artigo ainda prevê que quando as sanções penais forem as mesmas impostas a população em geral, deverá ser levado em conta as características econômicas, sociais e culturais do agente.

Ao final, constata-se que os índios integrados, integração esta devidamente comprovada por meio de perícia, são considerados imputáveis, podendo responder por seus atos de acordo com o previsto no Código Penal, assim como qualquer outro cidadão nacional, desde que respeitada o tratamento privilegiado concedido pela legislação especial e convenções das quais o Brasil é signatário.

Quanto do infanticídio e homicídio infantil indígena, ainda que houvesse uma tentativa de punição por parte do Estado para com os índios isolados ou em vias de integração, com vistas a atender o clamor da sociedade nacional não índia, ainda seria cabível a aplicação do instituto do erro sobre a ilicitude do fato, conforme *caput* do art. 21 do Código Penal, o qual, se inevitável, isenta de pena, e se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Caberia ainda a aplicação do instituto do erro de proibição, quando o sujeito, diante do erro, supõe que o fato por ele cometido é lícito, sob a ótica de inexistência de regra que proíba o cometimento de tal prática. Este é exatamente o caso dos índios isolados, que possuem consciência de sua conduta, no entanto desconhecem que aquilo constitui crime segundo nossa concepção.

Quanto aos índios em vias de integração (semi-integrados), a decisão dependerá do nível de compreensão e discernimento quanto à ilicitude de seus atos, podendo estes, responder ou não, penalmente por eles. O grau de discernimento do agente deverá ser necessariamente ser comprovado por meio da realização de laudo antropológico, pois este é o único instrumento capaz de aferir o grau de conhecimento dos indiciados acerca da ilicitude das condutas praticadas.

Se o laudo antropológico classificar o índio como semi-integrado, com consciência relativa, deverá ser aplicada sanção do Direito Penal, com a diminuição de pena prevista (art. 26, *parágrafo único*, Código Penal). A seu turno, se o agente for classificado como isolado, isto é, sem conhecimento algum da ilicitude da conduta praticada, torna-se imprescindível a absolvição, como medida de justiça, também devidamente amparado pelo Código Penal vigente.

5. CONCLUSÃO

Durante o processo de colonização, inúmeras leis e cartas vieram à tona com o objetivo de melhorar o relacionamento entre colonizadores e colonizados, essas, ao mesmo tempo em que garantiam direitos na teoria, institucionalizavam os abusos na prática, visto que estas nunca chegavam aos colonizados como deviam, tornando-se obsoletas, logo, passamos por períodos de falsa paz até a perseguição declarada.

Somente no ano de 1988, com a promulgação da vigente Constituição Federal é que tivemos, em tese, uma mudança no cenário relacionado aos indígenas, passando de uma política integracionista, que visava a inserção do índio à comunhão nacional, para uma política protecionista, que visa a proteção da cultura, costumes, tradições, crenças, línguas e terras tradicionalmente por eles ocupadas, por meio das mais diversas medidas.

Esse posicionamento do constituinte somente fora possível através da adoção de algumas vertentes jurídicas, tais como o Multiculturalismo, quando admitida à existência de várias culturas em uma só nação, e o Pluralismo Jurídico, quando o sistema jurídico passa a ser formado por sistemas jurídicos que se relacionam entre si, deixando de ser uno.

A hierarquização dos níveis jurídicos por meio do Pluralismo Jurídico defende que cada população tenha um critério de justiça e o direito de exercer-la. Todavia, esse direito deve submeter-se ao direito maior, normas constitucionais, a fim de preservar a identidade e o bom convívio cultural, garantindo a manutenção da cidadania e do bem comum através de Legislações que abordem o Multiculturalismo e suas bases.

Ao longo do presente, ressaltamos que as condutas das populações indígenas possuem autonomia e resguardo jurídico, o que na prática torna trabalhoso lidar com os casos, já que, em sua maioria, eles dizem respeito a crimes contra a vida e dessa forma geram certa polêmica no meio jurídico e social, tendo em vista que de um lado encontra-se o direito à vida e do outro, o direito à preservação dos preceitos culturais que compõem a identidade indígena.

Isto posto, para que fosse possível decidir nas ações que índios figurem como réus, fora necessário adotar, por meio do princípio da especialidade, a classificação feita pelo Estatuto do Índio sob a égide da política integracionista que vigia em 1973, que subdividiu os índios em integrados, em vias de integração e isolados.

Ainda nos dias atuais, essa subdivisão não é descabida, isto pois, nas tomadas de decisões, o sistema penal solicita a elaboração de um laudo antropológico que classificará

com base no conhecimento do índio sobre as práticas por ele cometidas, bem como seu grau de discernimento sobre a ilicitude do ato, se o mesmo é integrado, semi-integrado ou isolado, o que por sua vez, definirá os critérios de fixação da pena a ser aplicada ao índio indiciado.

Portanto, questões complexas, que envolvem cultura, estruturas sociais e normas jurídicas, devem ser abordadas com viés pluralístico, onde critérios e fatos de cada caso devem ser sopesados, para que se torne viável a resolução de conflitos, aplicando-se as penalidades cabíveis ao caso concreto de acordo com o que fora ponderado.

6. REFERÊNCIAS

ALENCAR, A. V. **Evolução histórica dos direitos indígenas.** (2015). Acesso em 29 de outubro de 2018, disponível em Jus Navigandi: ><https://jus.com.br/artigos/35348/evolucao-historica-dos-direitos-indigenas/1><

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Estatuto do Índio.** Diário Oficial da União, 21 de dezembro de 1973. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm.

COPETTI, Saionara do Amaral. **OS POVOS INDÍGENAS NO CENÁRIO NACIONAL: dos conflitos entre o Direito Positivo Brasileiro e o Direito Consuetudinário Indígena /** Saionara do Amaral Copetti. – Foz do Iguaçu, 2017. Disponível em:
<https://dspace.unila.edu.br/handle/123456789/2007;jsessionid=D1C3BB19F86AF57C91BD1F2B109739CB>.

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP, TOMO XII (RECURSO ELETRÔNICO): DIREITOS HUMANOS / coords. Wagner Balera e Carolina Alves de Souza Lima – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. Acessível em:
<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/540/edicao-1/direito-dos-povos-indigenas>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LARAIA, Roque de Barros, 1932. **Cultura: um conceito antropológico.** 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge "Zahar" Editora, 2001.

LIMA, Jhêssica Luara Alves de; LIMA, Carmem Tassiany Alves de. **Cultura indígena e pluralismo jurídico em Rita Segato,** 01 de outubro de 2016. Fonte: Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/cultura-indigena-e-pluralismo-juridico-em-rita-segato/>.

MARCOVICZ, C; OLIVEIRA, O. **A questão indígena e a identidade cultural.** In: Salão

De Extensão e Cultura Da Unicentro. 2012. Irati-PR. Anais. Irati-PR. Disponível em:

https://anais.unicentro.br/sec/iiisec/pdf/trabalho_98.pdf.

MATSUURA, Aline Jacomeli. **UMA ANÁLISE DO INFANTICÍDIO INDÍGENA E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO**. Brasília – DF. 2011. Disponível em:

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/540/3/20718061.pdf>.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

Santos, R. M. (2005).

REBESCHINI, Thiago Cotes de Oliveira. **Infanticídio indígena: limite entre direitos humanos e a cultura indígena**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 jun. 2018. Disponível em: ><http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590826&seo=1><. Acesso em: 12 abril 2019.

PLURALISMO, MULTICULTURALISMO E RECONHECIMENTO UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS AO

RECONHECIMENTO. REVISTASUFPR. Disponível em:

<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7050/5026>.

ROULAND, N. **Pluralismo jurídico**. In: ARNAUD, A.-J (Dir.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OIT, **Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais**, 1989. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#anexo72.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, 2007.

Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000185079>.

ROBERTO, I. (11 de 09 de 2018). **Bebê indígena enterrada viva: estudo psicossocial definirá futuro**. Acesso em 16 de outubro 2018, disponível em Interativa

FM: ><http://www.iappe.com.br/portal/policial/11761-policias-encontram-bebeindigena-enterrado-vivo><.

SANTOS, R. M. **PLURALISMO, MULTICULTURALISMO E RECONHECIMENTO UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS AO RECONHECIMENTO**. Revistas UFPR. (2005).

SEREGATTE, S. S; SILVA, Palloma Massette. **INFANTICÍDIO INDÍGENA, O**

Relativismo Cultural e o papel dos Direitos Humanos. Jus.com.br. 2018. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/61370/infanticidio-indigena>.

SILVA, A. F., & DIAS, R. H. 01 de março de 2020. **Infanticídio indígena: o conflito entre o direito à vida e o direito de proteção à cultura.** Fonte: Âmbito Jurídico:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/infanticidio-indigena-o-conflito-entre-o-direito-a-vida-e-o-direito-de-protecao-a-cultura/>

SOARES, Denise. 06 de junho de 2018. **Índia recém-nascida é resgatada após ser enterrada viva em MT; veja vídeo.** Acesso em 08 de novembro de 2022. Disponível em:

<https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/indio-recem-nascido-e-resgatado-apos-ser-enterrado-vivo-por-familia-que-achou-que-ele-estava-morto-em-mt-veja-video.ghtml>

TARGINO, R. 23 de agosto de 2018. **No passado era o ouro, agora são as terras indígenas que estão no alvo.** Fonte: Biblio – Cultural Informativa. Acesso em:

<https://biblio.info/no-passado-era-o-ouro-agora-sao-as-terras-indigenas-que-estao-no-alvo/>.

TOREN, C. **Antropologia e psicologia.** RBCS São Paulo. Vol. 27 n° 80. p. 1-16, out./2012.

TORQUATO, J. P. (2016). **Pluralismo jurídico e os indígenas brasileiros.** Acesso em 16 De outubro de 2018, disponível em

Jusbrasil: ><https://0culos.jusbrasil.com.br/artigos/372023640/pluralismo-juridico-e-os-indigenas-brasileiros><.