

A necessidade de perícia antropológica de acusados indígenas

Tédney Moreira da Silva (Centro Universitário de Brasília)

Sumário:

1. Introdução; 2. Elementos históricos do tratamento jurídico-penal de indígenas; 3. Análise dogmática da culpabilidade de indígenas e a jurisprudência do STF; 4. Garantias processuais de indígenas no projeto de novo Código de Processo Penal; 5. Considerações finais; Referências.

Resumo:

A invisibilidade de investigados, acusados e condenados indígenas no Brasil, como decorrência de uma ausência de parâmetros legais, jurisprudenciais e doutrinários para seu adequado tratamento (com supedâneo, ao menos, na garantia fundamental de individualização das penas, expressa no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal), denota o racismo institucional acerca da diversidade étnica e, por sua vez, a não compreensão das circunstâncias provenientes de um contato interétnico conflituoso. No cerne desse silêncio discursivo encontra-se, porém, uma tática política etnocida de supressão desta diversidade, considerando-se, em termos críticos criminológicos, que não há exercício de poder punitivo que não se vincule a funções políticas, expressas ou veladas. O (não) reconhecimento de indígenas no pólo ativo do processo penal reflete tais conclusões, principalmente quando realizado sem prova antropológica que defina, com rigor técnico, a etnia, a língua, os costumes e tradições do criminalizado, bem como as circunstâncias do crime. Visa este artigo, portanto, a debruçar-se sobre tais invisibilidades e silêncios (normativos, jurisprudenciais e doutrinários) acerca do tratamento jurídico-penal de acusados indígenas no processo penal brasileiro, partindo-se da análise da perícia antropológica como prova indispensável para a adequada aferição do crime imputado ao indígena e considerando-a garantia processual justificada pela identidade étnica diversa.

Palavras-chave: indígena – contato interétnico – racismo institucional – perícia antropológica – garantia processual penal.

1. Introdução

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

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

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

A perícia antropológica deve ser a base epistêmica a partir da qual o juízo criminal produz sua análise acerca de delitos que envolvam indígenas, seja no pólo ativo, seja no pólo passivo da ação penal. Sem aquela, resgata-se e reforça-se o olhar etnocêntrico que moldou as relações interétnicas até então produzidas, em evidente conflito com os ditames constitucionais vigentes que reconhecem a diversidade étnica dos povos indígenas no Brasil.

No entanto, de acordo com pesquisas jurisprudencial e doutrinária por nós realizadas, a criminalização de indígenas ignora esta diversidade étnica – e não sem razão: a invisibilidade de acusados indígenas no curso do processo penal revigora o projeto assimilacionista do indigenismo tardio do século XIX, que se estende por todo o século XX e mantém-se com pleno fôlego nas práticas judiciais e administrativas indigenistas do século XXI, fazendo com que a Constituição Federal e tratados internacionais relativos aos povos indígenas (já ratificados e promulgados, que determinam o respeito a tais diferenças) tornem-se meras aspirações um tanto utópicas. Ao ressaltar-se o racismo das construções teóricas, culturais e sociais sobre os índios, que dão suporte à política indigenista assimilacionista (voltada à eliminação da diferença), evidencia-se o exercício de uma função política que

promove o controle social de identidades étnicas autônomas, o que definimos como sendo o exercício de uma penalidade civilizatória.

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

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

Visões de mundo trasladaram os mares e se fizeram impor pela força política e, assim, pelo poder punitivo. Segundo o sociólogo peruano Aníbal Quijano (1928-2018), a invasão das terras americanas dá início à formulação do conceito de raça, como compreendido até metade do século XX e que desaguou na teoria evolucionista spenceriana do século XIX: haveria humanidades distintas, umas melhores que outras e, portanto, hierarquizadas e submetidas ao jugo do mais forte. A posterior miscigenação entre povos indígenas e africanos destribalizados, por exemplo, seria usada como argumento para a não evolução das terras americanas – argumento utilizado apenas como estratégia política de manutenção da dominação europeia, realizada por meio de um discurso racista.

No Brasil, o primeiro dos documentos legais concernentes aos indígenas, em processo de integração à sociedade nacional, foi o Alvará de 4 de abril de 1755, pelo qual se declarava que os “vassalos do Reino” que se casassem com índias não ficariam com infâmia alguma, mas seriam preferidos nas terras em que se estabelecessem “[...] para aqueles lugares, e ocupações, que couberem na graduação das suas pessoas” (Nizza da Silva, 1986, p. 225).

O “Directório que se deve observar nas povoações dos índios do Pará e Maranhão” (Diretório pombalino), datado de 3 de maio de 1757, além de abolir a interferência jesuítica, proibiu também a utilização do nheengatu (língua geral) e estabeleceu critérios para ocupação

dos aldeamentos pelos “moradores” (assim chamados os colonizadores), estimulando o casamento entre índias e brancos, como forma de miscigenação forçada.

O Diretório pombalino só foi abolido por meio da Carta Régia de 12 de maio de 1798, que declarava os indígenas como “vassalos livres”, permitindo-se a retomada das descidas (escravização de indígenas encontrados no curso de expedições bandeirantes). Neste momento, porém, para Ísis Kantor (*in* Koerner, 2006, p. 36), “[o]s índios passavam a ser considerados como órfãos perante a lei, deixando de ser tutelados por diretores nomeados pelo governador para ser tutelados pelos ouvidores e juizes de paz”.

Nova alteração provém com a Carta Régia, de 5 de novembro de 1808, que permitia a qualquer morador o aprisionamento de indígenas por até quinze anos, destinando-os aos serviços que se quisessem – com ulterior revogação pela Lei de 27 de outubro de 1831, que desonerava da servidão todos os indígenas (Nizza da Silva, 1986, p. 43). As constantes inovações e revogações legislativas no que concerne ao tratamento jurídico dos indígenas demonstram como a Coroa era constantemente pressionada por setores diversos nesta questão, em especial, pela Igreja Católica, voltada à catequização forçada dos indígenas, e por grupos de bandeirantes, interessados na expansão e exploração dos territórios brasileiros. Nesse vai-e-vem normativo, pesava ora a humanidade, ora a selvageria no estereótipo de quem é o índio. Sedimentadas, estas práticas deságuam nos regimes monárquico e imperial do século XIX, desembocando, também, na legislação republicana do século XX¹.

A política assimilacionista será reproduzida no Estatuto do Índio – Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que já em seu artigo 1º prevê que “[e]sta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. São definições do Estatuto do Índio:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

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

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Art 4º Os índios são considerados:

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

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

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

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

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

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

A taxonomia de graus de integração provém dos ensinamentos do Positivismo, no século XIX, que postulava a marcha evolutiva das sociedades, segundo uma fraca compreensão da teoria da evolução das espécies em biologia. No campo criminológico, o positivismo foi traduzido de modo a identificar na natureza humana ou comportamental os traços de uma criminalidade evidente.

Criminólogos italianos, nesse período, foram fundamentais para a disseminação das ideias de evolucionismo social no campo do direito penal e da política criminal. Segundo Lombroso, o “criminoso nato” seria aquele afetado por atavismo, não plenamente desenvolvido na escala humana e, portanto, ainda selvagem. Foi Raffaele Garofalo (1851-1934), entretanto, quem explicitamente vinculará a imagem do atraso evolutivo das espécies à existência de indígenas. Para ele, por não possuírem o senso moral da civilidade européia, os indígenas são afetados por um grau de “monstruosidade” atribuída ao atavismo (Garofalo, p. 33-34).

As ideias evolucionistas foram recebidas no Brasil com entusiasmo, na tentativa de modernizar a recém constituída República. As Faculdades de Direito de Recife e de São Paulo são pioneiras na utilização deste arcabouço teórico. Assim, João Vieira de Araújo introduziu, na Faculdade de Direito do Recife, as conclusões da escola positiva italiana que, para o catedrático, desempenhava a crítica à legislação de cunho liberal (Código Criminal, de 1830). Viveiros de Castro, por seu turno, foi quem divulgou as teses do positivismo penal, afirmando que uma classificação dos delinquentes deveria levar em conta não apenas aspectos biológicos, mas também jurídicos e sociais.

O professor Laurindo Leão, da Faculdade de Direito do Recife, estudou a questão da responsabilidade criminal de acordo com os princípios do livre-arbítrio e do determinismo biológico e afirmou que os indígenas carecem de uma “vontade tenaz e vigilante”, típica do homem adulto e, especialmente, do homem civilizado, “(...) porque o selvagem é quasi um animal que vive entregue a seus instintos, sem depender da sua intelligencia e da sua vontade”, que é o privilégio de alguns humanos (1913, p. 53).

A sugestão de taxonomia dos indígenas, de seus graus de integração para aferição de capacidade mental, no entanto, partem dos escritos de Raymundo Nina Rodrigues, professor em Medicina Legal que se tornou conhecido pela publicação, em 1894, de seu ensaio de psicologia criminal intitulado “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil”. Para Nina Rodrigues, as “raças não desenvolvidas” (atávicas ou sobreviventes) são representadas pelos negros, mestiços e indígenas, já que têm lento e gradual aperfeiçoamento da atividade psíquica (1894, p. 31).

Todo esse conhecimento criminológico, que importara as ideias, principalmente, da escola positivista italiana, já em derrocada na Europa, fecundara uma legislação, dogmática e jurisprudência penais racistas e etnocidas, habituadas à criminalização promovida de acordo com critérios etnocêntricos de seu aplicador e que tinham por objetivo promover a integração do indígena à sociedade de Estado.

2. Elementos históricos do tratamento jurídico penal de indígenas

O tratamento jurídico e político de indígenas no Brasil concretiza-se, historicamente, como uma verdadeira política etnocida, posto que “(...) a alteridade cultural nunca é apreendida como diferença positiva, mas sempre como inferioridade segundo um eixo hierárquico”². Sua constituição, no entanto, é secular e encontra-se amparada por um viés político que enaltece os Estados nacionais como únicos meios válidos de coexistência social. Afinal, a modificação de “nações aristocráticas” em “nações populares”, propiciada pelas revoluções de cunho político liberal em fins do século XVIII, permitiu, igualmente, a transformação dos objetivos do Estado, a partir de então considerado um “(...) eficiente mecanismo de defesa contra tudo o que fosse estrangeiro, mecanismo de despreço de outras nações e de exclusão de minorias nacionais, étnicas e religiosas”³.

O caráter etnocêntrico, etnocida e genocida de toda formação estatal, voltada que está para a adoção de estratégias de unificação das diferenças culturais, resulta, segundo Pierre Clastres, na dissolução do múltiplo no Um, haja à vista o fato de ser o Estado “(...) uma força centrípeta que tende, quando as circunstâncias o exigem, a esmagar as forças centrífugas inversas. O Estado se quer e se proclama o centro da sociedade, o todo do corpo social, o mestre absoluto dos diversos órgãos desse corpo. Descobre-se assim, no núcleo mesmo da substância do Estado, a força atuante do Um, a vocação de recusa do múltiplo, o temor e o horror da diferença”⁴.

3. Análise dogmática da culpabilidade de indígenas e a jurisprudência do STF

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

² CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. São Paulo: Cosac Naify, 2005. p. 86.

³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 133.

⁴ CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. São Paulo: Cosac Naify, 2005. p. 87.

Brasileiro de Ciências Criminais)⁵, atualizado até dezembro de 2018. Analisamos, ao todo, 15 julgados do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de verificar os argumentos centrais para atribuição da identidade étnica e a dispensabilidade de produção do laudo de exame antropológico. Como veremos, a esta demanda da defesa técnica somam-se outras, como o reconhecimento de nulidade processual por sua não realização e, subsidiariamente, a aplicação de atenuante de pena, prevista genericamente no caput do artigo 56 do Estatuto do Índio. Apenas quando noticiadas no corpo dos julgados, destacamos as etnias dos indígenas acusados e os crimes imputados.

No Supremo Tribunal Federal – STF⁶ foram encontrados quinze casos de criminalização de indígenas (um deles anterior à Constituição Federal em vigor). Foi analisada pela Corte a culpabilidade de indígenas sob o critério de imputabilidade, que, segundo seu entendimento, poderia ser atestada sem a prova pericial antropológica, se presentes indícios de integração (conforme o Estatuto do Índio). Neste sentido, os autos do HC nº 45.349, julgado em 1969, em que o STF decidiu que “[n]a cláusula de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, prevista no art. 22 do CP, pode situar-se o silvícola. In casu, não há comprovação de tratar-se de réu silvícola. Ademais, ainda que silvícola, não ficou demonstrada a sua inadaptação à vida do meio civilizado”⁷. Também os autos do HC nº 64.476-7/MG⁸, que dispõem que o índio já “aculturado” e com desenvolvimento mental completo, é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta, sendo, portanto, imputável.

Verifica-se, desde já, como a dispensabilidade de produção de laudo antropológico interfere negativamente na aferição da culpabilidade do acusado, considerando-se que, no âmbito deste elemento da teoria do delito, não se encontra apenas o critério de imputabilidade, mas, igualmente, os critérios de potencial consciência da ilicitude do ato e de inexigibilidade de conduta diversa – que demandariam, portanto, uma análise detida da conduta do agente, contextualizada na cultura, ambiente, costumes e intencionalidades do acusado indígena. Esse entendimento, contudo, pouco foi alterado, mesmo após a promulgação da Constituição Federal, de 1988. No julgamento do HC nº 79.530-7/PA⁹, impetrado em favor de Paulinho

⁵ SILVA, Tédney Moreira da. *No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso 20.fev.19.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 45.349/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Djaci Falcão. Data de julgamento: 11.out.68. Data da publicação: 10.nov.06.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 64.476-7/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Djaci Falcão. Data de julgamento: 10.out.86. Data da publicação: 31.out.86.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 79.530-7/PA. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Data de julgamento: 16.dez.99. Data da publicação: 25.fev.00.

Paiakan, indígena Kayapó acusado de estupro de uma não-indígena, o STF entendeu que sua alfabetização, o porte de documentos públicos e a fluência na língua portuguesa dispensavam a necessidade de prova antropológica pericial. No mesmo sentido, os autos do HC nº 85.198-3/MA¹⁰, julgou-se ser dispensável a prova pericial quando o juiz afirma a imputabilidade plena do acusado tendo por base o grau de escolaridade, a fluência na língua portuguesa e a própria prática do crime.

Também a prática do crime, em si mesma, foi utilizada como argumento pelo STF para reconhecer, de pronto, a periculosidade do agente (HC nº 137.956/MS¹¹).

Orientação diversa possui o julgamento dos autos do HC nº 84.308-5/MA, em que o STF julgou que constitui cerceamento de defesa de acusado indígena a não realização de perícias antropológica e biológica (de “sanidade mental”), quando esta prova for exigível pelas circunstâncias do caso concreto, o que permitiria o reconhecimento de nulidade processual não coberta pela preclusão¹². A maior parte dos julgados no STF sobre criminalização de indígenas, no entanto, volta-se à discussão de outra pauta – a definição de competência para o julgamento de causas que envolvam indígenas.

Segundo o artigo 109, inciso XI, da Constituição Federal, compete à justiça federal o processamento e julgamento de causas que envolvam “disputas” por direitos indígenas. A terminologia suscita debate na medida em que não esclarece se tais disputas são constatadas apenas na luta pelo reconhecimento de terras indígenas ou se abarcam quaisquer direitos indígenas, marcados, portanto, pela diversidade étnica em geral. Dado, porém, o fato de que crimes comuns são processados e julgados pela justiça estadual, há um constante debate acerca do deslocamento da competência para julgar crimes que envolvam indígenas (no pólo ativo ou passivo da ação penal) de uma instância para outra. Tais incidentes de competência no curso do julgamento não apenas prolongam a ação penal (ferindo-se, por vezes, a garantia fundamental de celeridade da prestação jurisdicional, conforme o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), como também aumentam o grau de insegurança jurídica no que tange à proteção dos interesses dos povos indígenas, cujas demandas judiciais são, quase literalmente, empurradas de uma Corte a outra.

Logo, ressaltamos como as omissões legislativas e conceituais prejudicam o exercício da defesa técnica; além da ausência de previsão do laudo antropológico pela legislação

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 85.198-3/MA. Primeira Turma. Relator: Min. Eros Grau. Data de julgamento: 17.nov.05. Data da publicação: 9.dez.05.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 137.956/MS. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 26.set.17. Data de publicação: 7.nov.17.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 84.308-5/MA. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Data de julgamento: 15.dez.05. Data da publicação: 24.fev.06.

processual penal, a indefinição do termo “disputas” para delimitação da competência da justiça federal engendram um quadro de instabilidade que viola não apenas os direitos fundamentais de indígenas, mas também de não-indígenas, dado que a segurança jurídica a todos importa numa sociedade democrática.

Isso posto, no julgamento do HC nº 71.835-3/MS¹³, o STF concedeu ordem para o deslocamento de competência para a justiça federal do julgamento de homicídio praticado por indígenas contra outro indígena, na reserva de Caarapó/MS; porém, no julgamento do HC nº 85.737-0/PE¹⁴, não deu provimento ao pedido subsidiário da defesa técnica de reconhecimento da incompetência da justiça estadual no julgamento de crime de roubo qualificado, imputado a indígena da etnia Truká, sob o fundamento de que a suposta prática de crime patrimonial não representa ofensa a bem jurídico que demande a apreciação da justiça federal, que só caberia em caso de afronta à cultura indígena, ao direito sobre suas terras ou quando envolvidos interesses da União. Mesma fundamentação aplicada para o julgamento do HC nº 81.827-7/MT¹⁵, do REx nº 263.010-1/MS¹⁶, do Agrv. RE nº 845.645/DF¹⁷, do Agrv. REx nº 844.036/ES¹⁸,

Segundo o STF, o fato de o crime ter sido cometido por indígena contra outro, dentro de reserva indígena, não configura interesse da União¹⁹, não cabendo à análise de crimes cometidos por índios contra índios²⁰, que só geraria a competência da justiça federal na hipótese de crime de genocídio ou quando tivesse havido disputa sobre direitos indígenas²¹.

Tais decisões demonstram como, em que pese o abandono do paradigma assimilacionista com a promulgação da Constituição Federal, de 1988²², tende-se, ainda, no

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 71.835-3/MS. Segunda Turma. Relator: Min. Francisco Rezek. Data de julgamento: 4.abr.95. Data de publicação: 22.nov.96.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 85.737-0/PE. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 12.dez.06. Data de publicação: 30.nov.07.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 81.827-7/MT. Segunda Turma. Relator: Min. Maurício Corrêa. Data de julgamento: 28.mai.02. Data de publicação: 23.ago.02.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 263.010-1/MS. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Data de julgamento: 13.jun.00. Data de publicação: 10.nov.00.

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

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário* nº 844.036/ES. Segunda Turma. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de julgamento: 1º.dez.15. Data de publicação: 4.fev.16.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 351.487-3/RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Data de julgamento: 3.ago.06. Data da publicação: 10.nov.06.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 496.653-7/AP. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 6.dez.05. Data de publicação: 3.fev.06.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 419.528-3/PR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 3.ago.06. Data da publicação: 9.mar.07.

²² A Constituição Federal rompeu com o paradigma assimilacionista, ao garantir o direito à diferença (étnica, cultural, política, social e econômica), pouco importando os níveis de contato interétnico eventualmente estabelecidos com os não-indígenas (se constantes ou não).

campo da criminalização, a avaliar-se o grau de integração do acusado indígena (segundo os parâmetros do Estatuto do Índio) para aferição de sua culpabilidade – o que denota a dificuldade (ou desinteresse) de plena superação do paradigma racista e etiológico da lei infraconstitucional, o que, ao fim, permite o exercício de uma tática política de controle da etnicidade considerada desviante.

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

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

A realização de perícia antropológica constitui-se em garantia fundamental dos acusados indígenas, levando-se em conta que é a partir da realização desta prova que se pode, de modo imparcial, atestar efetivamente a responsabilidade criminal do agente, sem os vícios de leitura etnocêntrica a que nos acomodamos.

A exigência desta prova não se dá necessariamente para constatar apenas a capacidade mental do acusado indígena (sua imputabilidade), mas para contextualizar sua ação no bojo das práticas culturais por ele assumidas em sua identidade étnica *sui generis*, bem como para eventualmente justificá-la no confronto por disputas indígenas, estejam estas vinculadas à posse da terra ou não.

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

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

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

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

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

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

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

Do mesmo modo, já no curso da ação penal, propõe-se alterar o artigo 185 do Código de Processo Penal, para fins de estabelecer que o réu deva ser indagado se for indígena e, em caso positivo, verificar qual seu povo ou etnia, aldeia e sua língua materna, devendo-lhe, ainda, ser fornecido o acompanhamento de tradutor e todas as informações constarem dos autos.

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

Além disso, para o relator, “[n]ote-se que até mesmo em razão das dificuldades práticas decorrentes do quadro de oitiva ou outra medida persecutória relativamente ao indígena não integrado que as autoridades tomarão as medidas para a sua compreensão”²³.

²³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Penal” (Revoga o Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-Lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965; 7.210, de 1984; 8.038, de

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

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

Verifica-se, assim, um ligeiro (e, logo, ineficaz) avanço: a discricionariedade do juízo em convocar antropólogo ou indigenista para a produção da prova e a limitação desta convocação que servirá para a contextualização dos fatos e interpretação da língua nativa demonstram, ainda, uma dificuldade em se compreender conflitos entre indígenas e não-indígenas como fatos normalmente eivados pela disputa por direitos indígenas que, se não exculpar a conduta típica e ilícita por inexigibilidade de conduta diversa ou erro de proibição, poderia, ao menos, direcionar o cálculo de pena de modo mais razoável.

No que tange à oitiva de testemunha, o substitutivo ao PL nº 8.045, de 2010 determina que, quando esta não conhecer a língua nacional, ser-lhe-á nomeado um intérprete para traduzir as perguntas e respostas, mesmo tratamento assegurado à testemunha que seja muda, surda, surda-muda ou indígena que não se comunique em língua portuguesa (art. 214, parágrafo único)²⁴.

5. Considerações finais

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

Aliás, quanto ao indigenismo, é preciso concordar-se com Manuela Carneiro da Cunha, para quem a sua história “(...) foi por muito tempo confundida com a história

1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. p. 211-212. Relatório disponível em: <http://www.camara.leg.br/> Acesso 20.jan.19.

²⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Penal” (Revoga o Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-Lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965; 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. p. 304. Relatório disponível em: <http://www.camara.leg.br/> Acesso 20.jan.19.

indígena: ou seja, os índios apareceram frequentemente como vítimas de um processo no qual se supunha que não interviessem como atores. Por sua vez, o indigenismo foi muitas vezes reduzido à legislação que, embora importante e reveladora, não pode ser pensada como realidade completa. A história do indigenismo não é, portanto, dissociável da história indígena, simplesmente engloba mais atores”²⁵.

A manutenção da invisibilidade das diferenças étnicas no processo penal cobre, apenas de modo parcial, a marca do racismo e do etnocídio brasileiros, pontos centrais a partir dos quais é construída uma política indigenista ainda assimilacionista. No que tange à criminalização dos indígenas, por medida de justiça, caberia ao Judiciário a análise contextualizada de sua conduta e não o referendar do etnocentrismo do julgador que, ao ver o acusado responder as perguntas do juízo em língua portuguesa, afere, rápida e serenamente, tratar-se de acusado com potencial consciência da ilicitude de sua conduta ou que poderia ter agido de modo diverso, exigindo-se dele conduta conforme o Direito.

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

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

6. Referências

²⁵ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 130.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SILVA, Cristhian Teófilo da.; LIMA, Antonio Carlos de Souza; BAINES, Stephen Grant (Orgs.). *Problemáticas sociais para sociedades plurais: políticas indigenistas, sociais e de desenvolvimento em perspectiva comparada*. São Paulo: Annablume; Distrito Federal: FAP-DF, 2009.

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