ISA

NÚCLEO DE DIREITOS INDÍGENAS

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
Data ___/___/___
Cod. I5DØØØ45

Carlos Frederico Marés de Souza Filho

O DIREITO ENVERGONHADO

Trabalho preparado para o Encuentro-Taller sobre la Administración de la Justicia Penal y lo Pueblos Indígenas en America.
San José, Costa-Rica, 1990.

Curitiba, agosto de 1990
Brasil

SCS, Q. 06. BL. A. Ed. José Severo sala 303 Cep 70300 Brasilia DF
telefone (061) 226-3360 fax (61) 224-0261

O DIREITO ENVERGONHADO

Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Núcleo de Direitos Indígenas - Brasil

1. INTRODUÇAO

Nada é mais dramaticamente parecido com a realidade dos direitos dos povos, escravos, índios, camponeses, mulheres e outros segmentos discriminados da sociedade do que o conto de Kafka, "Diante da Lei". Um homem passa a vida inteira diante da porta da Lei esperando para entrar, sempre há um impedimento, uma ressalva, uma proibição momentanea, uma ameaça, até que o homem morre. No momento de sua morte, vê que o porteiro fechará a porta e, interrogando a razão do fechamento, descobre que a porta estivera aberta somente para ele durante todo o tempo, e já que ele não entrara, não havia mais razão para a porta permanencer aberta.

Assim os oprimidos quando chegam à porta da lei encontram um obstáculo, dificuldade, impedimento ou ameaça, mas o

Direito continua afirmando que a porta está aberta, que a lei faz de todos os homens iguais, que as oportunidades, serviços e possibilidade de intervenção do Estado estão sempre presente para todos, de forma isonômica e cega. E a sistemática e usual injustiça da sociedade é apresentada como exceção, coincidência ou desventura. O Estado e seu Direito não conseguem assumir as diferenças sociais e as injustiças que elas engendram e na maior parte das vezes as omitem ou mascaram, ajudando em sua perpetuação.

Aos olhos da lei a realidade social é homogênea e na sociedade não convivem diferenças profundas geradas por conflitos de interesse de ordem econômica e social. O Sistema Jurídico os transforma em questões pessoais, isola o problema para tentar resolvê-lo em composição de partes, como se elas não tivessem, por sua vez, ligações profundas com outros interesses geradores e mantenedores dos mesmos conflitos. O Estado, quando legisla, executa políticas ou julga, não trata os conflitos de terra, por exemplo, como o choque de interesses de classes, segmentos sociais ou setores da sociedade, mas como o conflito entre o direito de propriedade do fazendeiro tal contra o direito subjetivo do posseiro qual. Tudo fica reduzido a desafetos pessoais e a Lei, geral e universal em princípio, se concretiza apenas nos conflitos individuais, podendo ser injusta na aplicação, mas mantendo sua aura de Justiça na generalidade.

Se a distância entre o justo e o legal em matéria de Direito Civil, marcado pela hegemonia da propriedade privada,

que se transforma em seu parametro e paradigma, e claramente verificável apenas surja o conflito entre individuos de classes sociais diferentes e o Estado seja, através do Juízo, chamado a compô-lo, no Direito Penal, que tem teoricamente o primado da Justiça e a recuperação do delinquente como fundamento, as coisas não são assim tão claras, porque a relação não se estabelece diretamente entre desiguais, mas entre o Estado (portador da Justiça) e o individuo presumivelmente inocente. Mas, contraditoriamente, é na aplicação das penas que se pode verificar o profundo conteúdo de classe do Direito, talvez porque, enquanto o Direito Civil é voltado para as relações juridicas da minoria da população que contrata, distrata, discute o patrimônio, disputa a herança e busca indenização, o Direito Penal é criado como forma de coibir a violência pessoal,não pouca vezes filha da violência social, intimidando e desistimulando a grande maioria de injustiçados de procurar a justiça por suas próprias mãos, porisso o Direito Penal é voltado para a grande maioria da população,e por ela conhecido como instrumento de intimidação. O Direito Civil é o direito dos poderosos, o Penal dos oprimidos, aquele para garantir seus bens, este para intimidar ação socialmente reprovável.

Quando se estuda o Direito brasileiro em relação aos povos indígenas ou negros estas contradições se revelam muito facilmente, e fica claro este sentido da Lei que ora se omite para não consagrar direitos, ora tergiversa para esconder injustiças.

No Brasil hoje vivem mais de duzentos e cinquenta

mil índios distribuidos em mais de cento e oitenta grupos étnicos, com profundas diferenças sociais e organizativas. Cada um destes grupos tem um Direito próprio, não escrito, mas rigidamente obedecido. São normas civis, de organização da família, sucessões, negócios e propriedade, normas públicas de organização e respeito pelo poder político e de punibilidade dos atos inaceitáveis. São raros os estudos destas diversas expressões jurídicas e quase todos genéricos e, consequentemente, pouco profundos. Por outro lado, a simples existência destes povos, com sua realidade e direito próprios, é um complicador para o mecânico raciocínio do Direito Estatal, o conceito de sociedade indígena lhe é incompatível: como enquadrar a idéia de território indígena aos limites individualistas do direito de propriedade? como conter o conceito de povo nas restritas concepções de personalidade jurídica privada? como impor a representação -fundamento democrático da sociedade estatal- a grupos humanos cujo poder é exercido por aceitação coletiva e necessariamente consensual?

Para responder a estas inquietantes questões, preenchendo lacunas perigosamente abertas, o Direito Estatal se vê na contingência de criar regras legais capazes de aproximar conceitos, buscar analogias, estabelecer parâmetros que enquadrem a sociedade indígena ao desenho de sua lei. São poucos os Estados latino americanos que já elaboraram suas leis na questão indígena, o Brasil está entre eles. Por vezes não basta a elaboração da lei, há uma distância entre a decisão legislativa e a execução de políticas de acordo com a lei vigente e, ainda, a aplicação judicial para solução de conflitos. O Caso do Brasil é exemplar.

Atualmente, desde 1988, a Constituição da República dedica um capítulo para os índios, reconhecendo seus direitos, suas terras, seus costumes, suas línguas, já o braço executor do Estado nega esses direitos, invade suas terras, desrespeita seus costumes, omite suas línguas, e o Judiciário ou se omite ou simplesmente não é obedecido.

E dentro deste quadro e analisando historicamente a evolução do direito brasileiro que se pode ter a dimensão das omissões do Estado e de seu Direito.

2. A MANUMISSAO SILENCIOSA

O estudo das leis brasileiras sobre a escravidão e, especialmente sobre os escravos é tão interessante quanto revelador das vergonhas que sente o direito em tratar de assuntos que exponha as injustiças da sociedade.

Manuela Carneiro da Cunha, em brilhante estudo publicado originalmente pela UNICAMP -Universidade de Campinas- intitulado "Sobre os silêncios da lei. Lei costumeira e positiva nas alforrias de escravos no Brasil no século XIX", relata, visitando os historiadores, viajantes e cronistas da época, que os escravos podiam obrigar o seu senhor a manumiti-lo, se pagassem o preço pelo qual foram comprados. Ainda que fosse difícil para o escravo fazer valer este direito diante de eventual recusa do seu senhor, contam os cronistas que era um direito reconhecido por todos, de tal forma que, dizia Koster em 1816, deveria estar

consagrado em lei.

Demonstra a Profa Manuela Carneiro da Cunha que tratava-se de um equívoco de Koster, em realidade, ainda que amplamente reconhecido este direito do escravo, somente viria a se tornar lei em 1871, com longo regulamento editado em 1972, antes disso era um costume, respeitado como lei, mas singelamente omitido de expressão legal. Quer dizer, era um direito costumeiro que convivia num sistema de direito positivo.

Na realidade não fazia muita diferença a existência de norma legal escrita, desde que a manumissão fosse garantida, apesar de que a inexistência da norma facilitava a não observânvcia do direito pelos senhores de escravos. O que chama mais a atenção é o fato de não haver regulamentação escrita para uma prática tão jurídica e tão comum como a manumissão, que foi objeto de uma complexa lei (com 100 artigos) imediatamente se iniciou o processo de libertação dos escravos, em 1971. Por certo não se pode creditar este silêncio ao pouco desenvolvimento da legislação brasileira oitecentista. Deve ser lembrado que em 1824 foi promulgada a Constituição Imperial, a primeira do Brasil, e em 1830 o Código Criminal, e ambos silenciavam sobre a existência de escravos, ambos deixavam de reconhecer a sociedade escravagista para a qual haviam sido elaborados. Significa este trabalhao legislativo, somado a muitos outros que não era pequena nem insipiente a elaboração legislativa do Brasil no século passado, mas singularmente omissa em relação à manumissão dos escravos.

O estudo da Profa Manuela Carneiro da Cunha con-

clui: "O silêncio da lei não era certamente esquecimento." "...a par de sua função política, vincula-se também a fontes ideológicas. Nos seus níveis mais abstratos, da Constituição aos Códigos, o direito do Império teve de se acomodar com a contradição que era se descreverem as regras de uma sociedade escravista e baseada na dependência pessoal com a linguagem do liberalismo".(1)

3. OS INDIOS E RECONHECIMENTO CIVIL

Se assim era o tratamento do Direito positivo dado aos escravos, por imposição ou vergonha da sociedade, muito outro era, nessa época, o tratamento dispensado aos índios. O mesmo discurso liberal incompatível com a manutenção do escravismo, ficava enaltecido com a defesa e proteção das populações indígenas. O Direito oitocentista e até mesmo anterior, reconhece aos índios que vivem em território brasileiro o direito a usufruir da sociedade dita civilizada, e se propõe a receber os índios como integrantes desta sociedade. Revelador é o Alvará de 1775, 4 de abril, do rei de Portugal: "Eu El-Rei, sou servido declarar que os meus vassalos deste reino e da América que casarem com as índias dela não ficam com infâmia alguma, antes se farão dignos de real atenção. Outrossim proibo que os ditos meus vassalos casados com índias ou seus descendentes, sejam tratados com o nome de caboclos ou outro semelhante que possa ser injurioso. O mesmo se praticará com portuguesas que se caserem com índios." (ortografia atualizada)

Estava aberto assim o caminho da política integra-

cionista praticada até nossos dias, com variantes legais, mas com a mesma idéia de que aos índios se oferece a extrema felicidade de poder ingressar na sociedade que os envolvia, oprimia, roubava suas terras e os matava.

Apesar de relativamente vasto o número de dispositivos legais que falam em índios, na verdade é muito difícil visualizar o desenho da concepção jurídica que o direito do século passado tinha destes povos. Poucos, raríssmos dispositivos, tratam da pessoa do índio, normalmente se referem a limitacões e garantias de direito alheio, como neste Alvará de Lei acima citado, onde o que está em jogo não é exatamente a pessoa do índio, mas sim a do portugues ou portuguesa que com ele se casa. Grande parte dos dispositivos trata das questões de terras, mais como a limitação que a ocupação indígena exerce sobre a disponibilidade das terras do Estado e de particulares do que como garantia das terras aos índios. O Código Criminal do Império, de 1830, é singularmente omisso e de sua leitura isolada se pode deduzir da inexistência de índios no Brasil.

Para entender o caráter das leis brasileiras sobre índios é fundamental contar a história da Carta de Lei de 27 de outubro de 1831, que passou a considerar todos os índios do Brasil como órfãos e sujeitos a uma uttela orfanológica, de caráter civil. Tudo começou em 1908, com uma Carta Régia que declarava guerra aos índios botucudos do Paraná, então província de São Paulo e determina que os prisioneiros fossem obrigados a servir por 15 anos aos milicianos ou moradores que os apreendes-

sem, abrindo a oportunidade àqueles que depussem armas e se submetessem às leis reais e se aldeassem, "gozarem dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce debaixo das justas e humanas leis que regem os meus povos."

Em maio do mesmo ano de 1808 outra Carta Régia declarava guerra aos Botucudos do Vale do Rio Doce, garantindo aos milicianos que os aprisionassem 10 de anos prestação de serviço, que poderia se estender até que fossem pacificados. No mesmo ano, em dezembro, outra Carta Régia determinava que os índios do Vale do Rio Doce que se dispusessem a ficar sob o jugo das "justas e humanas" leis do reino, seriam entregues, em pequenos grupos aos fazendeiros que os educariam, podendo, como pagamento, usufruir de seu trabalho gratuitamente. Não se tratava de escravizar os índios, mas de educá-los à convivência da sociedade "doce e pacífica".

Vinte e tres anos depois destas declarações de guerra e escravização simulada, envergonhada, em 1831, a citada Carta de Lei de 27 de outubro revogava estes dispositivos, reconhecendo que aquilo era efetivamente servidão e declarava que todos os índios que vivessem em servidão seriam dela exonerados a partir daquele momento. Esta carta de lei, em seus seis singelos artigos é a declaração de liberdade dos índios, e um reconhecimento formal de que, embora já proibida, existia a sua escravização legal. Entretanto, a solução que aquela Carta de Lei encontrou para reparar os danos causados aos índios em cativeiro, foi declarar-lhes órfãos para que os Juízes respectivos os depositassem onde viessem a ter trabalho ou ofício fabril. A liberdade dos

índios, portanto, não significava para aquele momento e lei a possibilidade de voltarem a ser índios, mas tão somente homens livres capazes de disputar o salário e aprender um ofício, como qualquer homem branco pobre. O sentido da lei era tão somente declarar órfão os índios que estivessem ainda em cativeiro por força daquelas declarações de guerra e, por extensão, de qualquer índio em cativeiro (o que já era proibido).

Embora fique claro que a Carta de Lei de 27 de outubro de 1931 transformava em órfãos apenas os índios cativos, não foi assim que a sociedade e o Estado passou a entendê-los. Os Tribunais, nas raras vezes que se viu na contingência de decidir sobre coisas indígenas interpretou extensivamente este dispositivo, passando a considerar que todos os índios não integrados no serviço como trabalhadores livres seriam órfãos. E estranho mas perfeitamente compreensível o raciocínio e a comparação: os índios arrrancados de seu território, agredidos em sua cultura, violentados em sua vontade e religião são perfeitamente comparáveis aos órfãos, como se houvessem perdido os próprios pais, até que, integrados pela trabalho como trabalhadores livres, deixassem de ser índios e, portanto, reencontrassem seus pais na sociedade "doce, justa, humana e pacífica" que se lhes oferecia.

Abolida a escravatura e proclamada a república, o Estado brasileiro continuava a aplicar o que a velha Carta de Lei de 1931 não dizia: que todos os índios são reputados como órfãos. Textualmente, o Superior Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em 25 de outubro de 1898, no limiar do século XX, afirma:

"Os Juizes de órfãos têm atribuições especiais em relação às pessoas e bens dos índios, sendo que estes são reputados como órfãos (Lei de 27 de outubro de 1831)".(2)

Assim, o Direito positivo oitocentista, se bem que autoritário, etnocêntrico e integracionista em relação à população indígena, não é totalmente envergonhado senão no que diz respeito ao Código Criminal, que absolutamente não trata nem de índios nem de escravos, embora a força da punição recaísse sobre eles com muito maior ferocidade não apenas quando desrespeitavam as leis, mas a vontade e determinação da população branca. A lei penal -dedicada integralmente aos marginais- não registra referência à mais marginal de todas as populações, os indígenas e, em relação aos escravos diz tão somente que as penas de trabalhos forçados em galés e a de morte serão substituídas pela de açoites, para que o seu dono não sofresse prejuízo, isto é, a direção da norma é a proteção da propriedade do senhor, não a pessoa do apenado.

4. O ARDIL DO CODIGO PENAL DE 1940

Quando da elaboração do Código Civil de 1916, o legislador brasileiro resolveu assumir como verdade jurídica aquilo que a lei de 1931 não dissera mas se transformara em órdem legal: a relativa capacidade civil dos índios, equiparados aos menores e sujeitos à tutela orfanológica. Com efeito, O Código Civil equipara em seu artigo 6º os silvicolas aos pródigos e maiores de 16 e menores de 21 anos, incapazes relativamente para

a prática de certos atos da vida civil. Esclarece que este regime tutelar fica sujeito a lei especial e cessará na medida em que os índios forem se adaptando à civilização do país. Este Código sedimenta juridicamente os preconceitos do século anterior de que os índios estavam destinados a desaparecer submersos na "justa, pacífica, doce e humana" sociedade dominante. Tal como El-Rei no começo do século XIX, a República do século XX se oferece aos índios como tábua de salvação à sua ignota existência; somente que a lei o diz, agora, envergonhadamente, sem a clareza da lei imperial, deixa apenas sugerido que os índios se acabarão um dia.

O Código Civil, minucioso e detalhista em todos os aspectos da vida da sociedade brasileira se cala, sintomaticamente, em relação às terras indígenas e à personalidade jurídica dos grupos e comunidades indígenas, ainda que trate com desenvoltura das terras públicas e das pessoas jurídicas de direito público. Esta omissão ainda continua presente, de certa maneira, na ordem jurídica brasileira.

Não é porém no conjunto das leis civis que o Direito brasileiro expressa seu pudor em tratar das coisas dos índios, neste século.

O Código Penal, elaborado dentro dos parâmetros da técnica jurídica, em 1940, buscando a precisão própria de sua época, mas omite a palavra índio ou silvícola, como gosta de chamar a lei brasileira. Posto que omite a palavra, admite o conceito, encontrando uma fórmula mágica para atenuar as penas eventualmente impostas aos índios, imitando a relativa capacidade

exposta no Código Civil. O artigo 22 expressa: "E isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento". Passaria desapercebido este artigo a quem estivesse procurando índios no Código Penal, se na longa Exposição de Motivos que o antecede, assinada pelo Ministro Francisco Campos, e que faz parte integrante da Lei, não se pudesse ler: "No seio da Comissão foi proposto que se falasse de modo genérico, em perturbação mental; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao `desenvolvimento incompleto ou retardado´, e devendo-se entender como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênitas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava a alusão expressa aos surdos-mudos e aos silvícolas inadaptados".(3)

Qual teria sido o escrúpulo da Comissão em fazer referência expressa aos silvícolas? Por que não dizer com todas as letras que os silvícolas ou os índios ao não serem capazes de entender o caráter delituoso de um ato deveriam ter diverso tratamento penal? Que estranha razão teria a comissão para omitir aquilo que a lei civil chamou de relativa incapacidade dos índios? Esta intrigante questão foi respondida por um dos membros da Comissão e um dos mais respeitados penalistas de sua época,

Nelson Hungria, que em seu alentado "Comentários ao Código Penal" se expressa clara e francamente: "O artigo 22 fala em `desenvolvimento incompleto ou retardado´. Sob este título se agrupam não só os deficitários congênitos do desenvolvimento psiquico ou **oligofrênicos** (idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que o são por carência de certos sentidos (surdo-mudos) e até mesmo os **silvícolas** inadaptados. ...assim, não há dúvida que entre os deficientes mentais é de se incluir também o **homo sylvester**, inteiramente desprovido das aquisicões éticas do civilizado **homo medius** que a lei penal declara responsável".(4) (grifos no original). Depois desta preconceituosa declaração, que não admite a existência de outros padrões éticos, o jurista consegue ser ainda mais claro, expressando a vergonha da lei em manifestar a existência de índios no Brasil: "Dir-se-á que, tendo sido declarados, em dispositivos à parte, irrestritamente irresponsáveis os menores de 18 anos, tornava-se desnecessária a referência ao `desenvolvimento mental incompleto´; mas explica-se: a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os **silvícolas**, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio".(5)(grifos no original).

Não se pode dizer que não seja ardiloso o Código Penal brasileiro, ao mesmo tempo que prega uma peça aos estrangeiros que o lerem (curiosa preocupação ao se elaborar uma lei nacional), que não poderão imaginar a existência de índios `infestando´ a civilização, garantes aos `infestadores´ um escondido direito, de difícil aplicação e singularmente inútil. Esta

vergonha do Direito Penal brasileiro de 1940 tem a mesma cor e fundamento da vergonha da lei em realçao aos escravos, no século XIX, o temor de mostrar ao mundo a realidade nacional, suas mazelas, injustiças e `defeitos´. Está presente, porém, neste esconderijo da lei penal a idéia de que os índios se acabarão num futuro próximo, quando encontrarem a alegria de viver na "pacífica, justa, doce e humana" sociedade dos brancos, e então o Direito Penal ser-lhes-á aplicado em plenitude, e os juristas não se envergonharão mais nos congressos internacionais. E transparente neste episódio jurídico a idéia etnocêntrica e monista de que o sonho de todo índio é deixar de sê-lo. E presente a incompreenção do direito dos povos indígenas de continuarem a ser índios ainda que em contato longo e até mesmo amistoso com a sociedade branca.

5. A PUNIÇAO A MARGEM DA LEI

Curioso é que o Decreto 5.484, de 27 de junho de 1928, de apenas doze anos antes do Código Penal, e que regulava a "situação dos índios nascidos em território nacional" tratava da aplicação das penas aos índios que cometessem crime.

Não seria verdadeiro afirmar, portanto, que o Direito Penal brasileiro tratava dos índios como uma mera referência hipotética na Exposição de Motivos que apresenta o Código de 1940. Na realidade o Código Penal teve vergonha de apresentar a forma e os requisitos especiais de punibilidade e aplicação de pena aos índios. Vergonha, que a sinceridade de Nelson Hungria nos clareia, de ser cotejado com os Códigos de

outros países e os estrangeiros notarem que no Brasil ainda viviam índios "não civilizados".

Como não tratou de índio, o Código Penal não revogou o estabelecido no Decreto de 1928, que, uma espécie de Código dos Índios, tratava de diversas questões, desde o registro civil até a gestão de bens e, dos seus 50 artigos, 5 tratam dos crimes praticados por índios. Estabelecia o Decreto que os índios com menos de 5 anos integração que cometessem crimes, seriam recolhidos, mediante requisição do inspetor de índios, a colonias correcionais ou estabelcimentos industriais disciplinares, pelo tempo que parecesse necessário ao inspetor, nunca superior a cinco anos. Dizia ainda o Decreto que se o autor do crime tivesse mais de cinco anos de convívio com a sociedade envolvente seria aplicada a lei comum, com as penas reduzidas à metade, nunca devendo ser aplicada prisão celular, que seria sempre substituída por prisão disciplinar, o que significava que o cumprimento da pena se daria em instituições penais especialmente criadas para índios.

Esta situação gerada, seguramente, pela boa vontade e humanismo dos indigenistas da década de 1920, tornou-se rapidamente em instrumento de opressão. Foram criadas prisões indígenas e a punição e o cumprimento da pena deixaram de ser controladas pelo Poder Judiciário, de tal forma que a agência indigenista oficial, na época o Serviço de Proteção ao Índio -SPI-, órgão do Poder Executivo, passou a exercer a judicatura, apenando segundo o critério do inspetor e procedendo a fiscalização do cumprimento da pena, isto é, fiscalizando a si

mesmo.

Como o Código Penal de 1940 não tratou do assunto, permitiu que essa prática se prolongasse até a década de 60, quando tantos e tão aberrantes atos de corrupção, desmandos e injustiças foram cometidos pelo SPI, que, sob pressão da sociedade civil e da comunidade científica nacional e internacional, a então ditadura militar houve por bem fechar o SPI, e com ele alguns intrumento de visivel opressão, como as prisões indígenas, criando, em 1967, um novo órgão, a FUNAI -Fundação Nacional do Indio- que vinte anos depois já estava tão corrupto e desacreditado quanto o SPI.

O sistema jurídico brasileiro não admite a existência de outros sistemas paralelos que impliquem em jurisdição e aplicação de lei fora do Poder Judiciário. Entretanto, durante quarenta anos conviveu com o sistema punitivo formas oficiais de punição aos índios, não apenas com leis próprias, mas com um completo sistema penitenciário especial, com autoridades e procedimentos alheios às leis do país, mas extremamente eficiente e temido. Ao contrário do que ocorria com os escravos no século passado, que embora não tivessem seu direito expresso nas leis do país, o tinham respeitados na jurisdição, os índios do século XX brasileiro tinham seus direitos estabelecidos em leis, mas para eles havia um sistema judiciário próprio, autoritário, marginal e cruel.

6. A LEI VIGENTE

Em 1973, seguindo o fechamento do SPI e as alterações na política indigenista oficial, o Estado brasileiro tratou de elaborar uma nova lei geral para os índios, e foi editado o Estatuto do Índio, Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Trata o Título V das normas penais, sobre os crimes praticado por índios e dos praticados contra os índios. O artigo 56 estabelece que na condenação por infração penal o índio terá sua pena atenuada a na aplicação será levado em conta o grau de integração do índio. Textualmente: "No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola".

A leitura simples e direta do dispositivo legal nos remete à vontade do legislador em dar aos índios um tratamento diferenciado no julgamento da ação ou omissão criminosa dos índios, que, pelo só fato de sê-lo, deverão ter a pena atenuada. Na aplicação da pena atenuada, deverá o juiz atender ao grau de integração. Quer dizer, em qualquer hipótese o índio terá sua pena atenuada, conforme expressamente determina o texto legal, e conforme o seu grau de integração a aplicação será minorada. Não é este o entendimento dos Tribunais como veremos adiante, nem de alguns comentaristas que procuram minorar este dispositivo de tal forma que o transforma em letra morta para o sistema jurídico nacional, como, por exemplo Ismael Marinho Falcão, que em seus comentários diz que esta atenuante somente poderá ser aplicada se outra atenuante não houver, de tal forma

que o juiz somente deve aplicar esta regra se não puder aplicar nenhuma atenuante do Código Penal(6).

Estabelece também o Estatuto do Índio que as penas de reclusão e de detenção aplicadas aos índios serão cumpridas, se possível, em regime especial de semi-liberdade, em local próximo à habitação do condenado. Novamente aqui, a interpretação dos comentaristas e dos Tribunais é no sentido de que não se aplica a qualquer índio, mas somente àqueles que não estejam integrados à "civilização".

Raro desvelo do Direito, quando a lei garante uma regalia a um índio, mesmo que se trate de uma minima melhoria na aplicação de pena, que significa uma diminuição, ou facilitação na execução, há imediatamente o intérprete e o julgador para dizer que a lei não quiz dizer isto. Que aquela regalia é um equívoco e não pode ser aplicada. Entretanto, se não se aplica a lei e se pune através de estruturas extra-judiciais, cruéis e desumanas como se fazia no antigo SPI, não há entendimento oficial discordante, e o Direito se mantém em um silência envergonhado.

Finalmente, o Estatuto do Índio tolera -e utiliza esta expressão- a plicação de penas pelos grupos tribais, desde que não tenham caráter infamante ou cruel e não sejam de morte. Esta aceitação se dá apenas quando a sanção é dirigida a membros do próprio grupo.

7. A IDEOLOGIA E A LEI

Não é comum encontrar nas coleções de julgados dos Tribunais superiores brasileiros decisões sobre crimes praticados por índios, o que demonstra que na maior parte das vezes sequer é considerado o fato do agente ser um índio. Por outro lado, a maior parte dos julgamentos se encerram na primeira instância, de tal forma que são apreciados pelos Tribunais superiores nada mais que questões formais, onde os problemas de cunho étnico não são levados em conta. Esta dificuldade é acrescida pelo fato de que durante todo o período inaugurado com a lei de 1928 até o Estatuto do Índio em 1973, os índios eram diretamente punidos pela agência indigenista oficial, praticamente sem intervenção, do sistema oficial de punição do Estado, o Poder Judiciário.

Nos poucos casos que chegaram aos Tribunais Superiores, porém, acompanhando os juristas e comentaristas, é pacífica a decisão de não serem aplicada as regalias oriundas da origem étnica, com o argumento de que, nos casos concretos, os agentes já estariam suficientemente "aculturados". Este raciocínio revela o velho preconceito claramente estabelecido nas leis imperiais de que o ideal para o índio é viver sob a proteção da "justa, humana, pacífica e doce" sociedade brasileira. Quer dizer, o índio, na medida em que vai conhecendo a "civilização", a "cultura", vai dela se abeberando e se transformando em um civilizado, deixando, por isso de ser índio.

Porém, a leitura atenta das recentes leis brasileiras sobre a matéria, especialmente o Estatuto do Índio,

de 1973, e a Constituição Federal, de 1988, no indica que a lei não adota mais o princípio assimilacionista, apesar de alguns escorregões oficiais.

Diz o Estatuto do Índio que "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 característricas culturais o distinguem da sociedade nacional" (Artigo 3º do Estatuto do Índio). Ainda que possa haver divergências quanto à precisão antropológica do conceito, não há dúvida quanto a: 1. haver sinonimia legal entre índio e silvícola: 2. independe do grau de relação com a sociedade e cultura envolvente para a pessoa ser considerado índio; 3. se define um índio, principalmente, pela sua identidade com um grupo étnico e pelo reconhecido que este mesmo grupo faz do indivíduo, desde que o grupo tenha ascendência pré-colombiana.

Admite o artigo 4º do Estatuto que existem tres categorias de índios: isolados -sem contato-; em vias de integração; e integrados -"quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos de sua cultura". As tres categorias, porém, atendem pelo nome genérico de **índios**.

Isto equivale a dizer que quando a lei -outras leis- dizem **índios**, estão se referindo ao conceito genérico do artigo 3º, se pretendem se referir a qualquer das outras categorias, deverá agregar o adjetivo "isolado", "em via de

integração" ou "integrado". Assim é, por exemplo a lei que trata da responsabilidade civil, ao afirmar que são relativamente incapazes os silvícolas até que se vão adaptando à "civilização do país". Esta afirmação de 1916, traduzida para o entendimento do Estatuto do índio significa até que sejam integrados. Absolutamente não se refere a isto a lei penal, em nenhum dispositivo, salvo no já derrogado Decreto de 1928, que, de resto, praticamente excluia as ações ou omissões criminosas de índios da apreciação judicial. Já vimos que o Código Penal de 1940, por pudor, não se refere a índios, e o Estatuto do Indio que trata da punição de crimes por eles cometidos, neste particular não diz que deve ser considerada a diferença entre isolados ou aculturados na aplicação de pena. Ao contrário, deixa claro que os índios -genericamente, aqueles que se identificam e são identificados com um grupo etnicamente diferenciado- terão tratamento especial na aplicação de penas e julgamento dos crimes por eles praticados.

Os poucos comentaristas que se aventuraram a tratar desta espinhosa matéria dizem claramente o contrário, como já vimos. Os Tribunais superiores, igualmente, julgam como se lei dissesse o que não diz e, invariavelmente, analisam o grau de integração do índio, quando o que deveria ser analisado, para a correta aplicação daquela norma penal, seria tão somente se existe um grupo indígena ao qual aquele indivíduo pertençe e por ele é reconhecido e como tal se identifica. Em outras palvras, a indagação deveria ser se aquele indivíduo é índio.

Na raiz desta visão, que não consegue ler o que lei diz, está a ideologia integracionista, à qual se filiou sempre o Direito e o Estado brasileiros, como consequência direta do pensamento dominante. Exatamente por isso é tão difícil para comentaristas e juízes entenderem porque os índios devem ter regalias apenas porque são índios. Na visão dominante, a única justificativa para atenuar as penas e minorar os efeitos de sua aplicação aos índios, é o fato de que eles tem um entendimento incompleto do caráter delituoso, por falta de compreensão das regras sociais e, no limite, por inferioridade ética ou mental. A ideologia dominante não consegue entender que os índios pertencem a outra sociedade, cultural e organizativamente diferenciada, de tal forma que o tipo de pena e a forma de seu cumprimento deve também ser diferenciado. E é isto que pretende dizer o Estatuto do Índio, jamais entendido.

Ainda mais claro que o Estatuto, talvez porque mais recente, a Consttiuição Federal de 1988, garante esta diferença, embora não trate da questão criminal. Diz o artigo 231, da Constituição: "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". Apesar desta clareza, desta garantia, o próprio Estado tem sido o algoz das terras indígenas, dos seus direitos e de sua vida. Mas não o Estado brasileiro do século passado, ou do Império, que declarava guerra de conquista aos índios, mas o Estado de 1990, que vê passivo o povo Yanomami sucumbir às

doenças, invasões e rapina a que estão sujeitos.

Assim o Estado, apesar de suas leis, tem tido uma dramática, cruel e genocida política em relação aos índios, mas tem, invariavelmente apresentado um discurso pluralista, liberal e democrático, elevando à categoria de sistema um direito envergonhado, que liberta os índios da escravidão, mas o intérprete lê como se fosse a plicação da tutela orfanológica, dá tratamente diferenciado na aplicação e execução da pena, e o julgador entende como reconhecimento de inferioridade e um estímulo à integração, dá total garantia a suas terras, e o executivo autoriza invasões e decreta reduções. Na divergência entre o discurso e prática, a falaciosa marca da injustiça.

Curitiba, 9 de agosto de 1990.

REFERENCIAS

(1) CUNHA, Manuela Carneiro da. **Antropologia do Brasil**. São Paulo, Brasiliense, 1986. p.123-145.

(2) **O DIREITO**, vol. 79, ano 27, Rio de Janeiro, 1899. p. 781

(3) **CODIGO PENAL BRASILEIRO**. São Paulo, Editora Sugestões Literárias, 1979, p. 32

(4) HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal. vol. I, tomo II, Rditora Forense, 4a Ed., Rio de Janeiro, 1958. p. 336.**

(5) **idem, ibidem, p. 337.**

(6) **FALCAO, Ismael Marinho**. O estatuto do índio comentado, **Senado Federal, Brasília, 1985.**