Ñanduty
ISSN:2317-8590

v. 5, n. 7, 2017/2

"OS INDÍGENAS SÃO COMPLICADOS": UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA DE APENADOS INDÍGENAS EM NAVIRAÍ-MS

Eliciel Freire de Salles[1] **– elicielsalles@hotmail.com**

RESUMO: A Lei 6001/1973, conhecida como Estatuto do Índio e a Constituição Federal de 1988 são dois marcos legais peremptórios de elaboração do direito positivado pelos não indígenas para os indígenas. Apesar disso, observa-se que sua efetividade se mostra deficiente seja no que tange ao real cumprimento pelo poder público, seja pelas incompreensões aos quais tais dispositivos são recepcionados por aqueles que deveriam ser o alvo principal: os sujeitos indígenas. O artigo apresenta uma análise sobre os processos de criminalização de indígenas, sobretudo aqueles reclusos na penitenciária de segurança máxima de Naviraí-MS, apontando como o sistema jurídico estatal positivado, ao invés de trazer a paz social, tem produzido e naturalizado violências interétnicas, negando a pluralidade que se poderia dar pelo direito consuetudinário. Para atingir o escopo estabelecido com a problemática, além da leitura de livros e artigos científicos, fez-se o levantamento de dados oficiais da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul – SEJUSP, bem como entrevistas informais.

PALAVRAS CHAVE: Povos Indígenas, Guarani-Kaiowá, Política Prisional.

"INDIANS ARE COMPLICATED": AN ANALYSIS OF THE SITUATIONS OF INDIANS SERVING TIME IN PRISON IN THE CITY OF NAVIRAÍ-MS

ABSTRACT: Act No. 6001/1973, known as the *Indian Statute* and the 1988 Federal Constitution of Brazil are two legal frameworks peremptory and resulting from substantive law and set forth by non-Indians for the Indians. In spite of that, its effectiveness turns out to be deficient both in terms of its actual enforcement by the public power, and due to the misunderstandings that such legal devices engender in relation to those who should be their major target: the indigenous people. This paper presents an analysis of the processes that criminalize Indians, especially those Indians who serve time in the maximum security prison in the city of Naviraí-MS. As a result, the substantive state legal system is shown to cause and naturalize inter-ethnic violence instead of brining social peace by denying the plurality that could come from customary law. In order to achieve the scope defined for the topic, in addition to reading books and scientific articles, a survey of official data was conducted from the files of the Department of Justice and Public Security of the State Mato Grosso do Sul – SEJUSP, and also a set of informal interviews.

KEYWORDS: Indigenous People, Guarani-Kaiowá, Penitentiary Policy.

[1] Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS/Naviraí) e especialista em Antropologia e História dos Povos Indígenas pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

INTRODUÇÃO

O direito penal é a *ultima ratio*, expressão frequente nos termos jurídicos, palavra do latim que em uma tradução literal se traduz como última razão, último recurso, ou seja, último instrumento de punição do Estado. É utilizado quando não há possibilidade de outro "direito", mas sabemos que o Estado se vale com frequência, como primeira medida para resolver os problemas sociais, preterindo o direito não positivado de forma taxativa. Assim, no Brasil o positivismo jurídico sempre impera e não possibilita a coexistência com sistemas jurídicos diversos, como o Direito Consuetudinário Indígena, e quando em raras exceções, há subsunção desse direito por algum magistrado, o alarde é imenso, levando o sufocamento dessa "anomalia jurídica" como é expresso pela ordem hegemônica, que não mede esperneio para negar a alteridade.

A aplicação de um direito positivado uno a culturas tão diversas, negligenciando as centenas de comunidades indígenas existentes no território brasileiro, contraria todos os princípios inerentes à dignidade da pessoa humana pela brutalidade de imposição. Nesse sentido, a tentativa de resolver conflitos que envolva os indígenas se torna ineficiente e problemática. Nesse desiderato, uma explicação causal mostra-se insuficiente, o que torna necessário refletir como o controle social através de suas instituições age, reage e interage com os indivíduos tidos como criminosos.

A abordagem do presente trabalho tem como escopo analisar a situação dos indígenas encarcerados na Penitenciária Estadual de Segurança Máxima localizada no município de Naviraí-MS, cidade considerada capital do cone sul do Estado de Mato Grosso do Sul. Para tal, tomamos como norte da pesquisa algumas questões: em relação ao número de presidiários presentes na instituição, quantos são indígenas? Quais os motivos que os levaram a reclusão? Há o cumprimento dos dispositivos legais no que diz respeito à garantia dos direitos específicos dessa população? Além disso, são assessorados pelas comunidades e associações indígenas e/ou pelo Estado? Diante de tais influxos, aspirou-se com essa pesquisa mostrar

mais um recorte dos problemas vivenciados pelos povos indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul.

No desenvolvimento da proposta, privilegiou-se o método de pesquisa qualitativa com método dedutivo hipotético, utilizando-se tanto a pesquisa bibliográfica, quanto entrevistas informais. Com propósito de chegar ao melhor resultado, a pesquisa foi revestida pela área do direito, utilizando-se do direito comparado, bem como ocorrências policiais e jurisprudências enfrentadas pela temática em questão.

1DIREITO INDÍGENA E DIREITO INDIGENISTA

Quando o Estado não é a única fonte de Direito e se reconhece outros ordenamentos jurídicos na mesma sociedade, podemos dizer que há um pluralismo. Ocorre que muitos doutrinadores saem em defesa de nossa Constituição Federal de 1988 advogando que a norma maior estabeleceu o pluralismo jurídico quando incluiu os "índios" no Capítulo VII (arts. 231 e 232).

A partir de um pequeno descortinamento, podemos perceber uma ideologia enraizada que não considera os indígenas como sujeitos, mas como objeto de tutela ocasionando um verdadeiro descaso que beira uma injustiça deliberada, como salienta Zaffaroni e Batista (2003) citado por Da Silva (2015, p. 45):

> Cabe-nos investigar se as agências de reprodução ideológica (doutrina jurídica), judiciais e policiais acompanharam a dissolução do ideal integracionista, promovida pela Constituição Federal de 1988, e se renovaram seus instrumentos [...].

Nessa mesma perspectiva, Eloy Amado (2016) faz uma análise da trajetória das redações que foram dadas na legislação brasileira nesses mais de 500 anos, onde o direito se constituiu um amálgama das relações humanas. Com esse escopo, o autor faz uma digressão da legislação indigenista que advém do Brasil Colonial, passando pelo período Imperial até desembocar na República. É oportuno afirmar que somente no século XX começa a ser alcandorado uma legislação indigenista que aparenta se preocupar com os povos indígenas, em que pese de corolário integracionista, a qual ressalta a superioridade da cultura hegemônica. Valendo-se da ideia de integrá-los a comunhão nacional, foi nessa perspectiva o

Código Civil de 1916, as Constituições Federais de 1834, 1937, 1946, 1967 e o Estatuto do Índio de 1973, legislações que deveriam assumir compromissos importantes, mas que apenas serviram de combustível para uma fixação paternalista que acaba por sustentar estigmas e violências.

Nesse deslinde, as legislações que vigoraram por séculos ignoraram os interesses e as peculiaridades de grupos "minoritários", como as sociedades indígenas, e durante todo o Período Imperial (1808-1889), suscitaram questionamentos se o Estado poderia atender os marginalizados e "inferiores da sociedade", como os negros, índios e as mulheres, e os conduzir rumo ao progresso aspirado pelo país. Nesse período, como ilustrativo da ineficácia das políticas de "inclusão" do Estado, observa-se, por exemplo, a insuficiência no número de escolas: "Isso se deu em um contexto onde a instrução popular era considerada a base do progresso moral, intelectual e social de qualquer país [...]" (GUIMARÃES, 2015, p. 20).

Destarte faz-se mister diferenciar "direito indígena" de direito indigenista. O primeiro, consonante ao direito consuetudinário, não passa por um processo formal de criação de leis - já que a maioria das sociedades indígenas é ágrafa. Tal direito, portanto, advém dos costumes - o que não deixa de ter sua importância, afinal, são regras e princípios que norteiam sua convivência social e que atendem suas necessidades. Por outro lado, já o direito indigenista "é o conjunto de normas elaboradas pelos não-indígenas para os indígenas, tal como o Estatuto do Índio de 1973; a Convenção 169 da OIT e vários outros dispositivos legais esparsos pelo ordenamento jurídico brasileiro" (ELOY AMADO, 2016, p. 3).

Inobstante, o Artigo 231 da atual constituição ressalta a classificação simbólica dada por Neves (2010), pois reconheceu aos índios o direito originário das terras que tradicionalmente ocupam, e em sua promulgação em 1988 "impôs o prazo de cinco anos para que todas as terras fossem demarcadas". Ou seja, "o prazo venceu em 1993 e até o momento poucos foram às terras Guarani e Kaiowá demarcada e com relação aos territórios Terena, Ofaié e Kinikinau, nenhuma terra foi de fato demarcada" como ratifica Eloy Amado (2016, p. 34).

Diante de tanta barbárie cometida contra as populações indígenas, fica evidente que a atual constituição ainda não atingiu sua real efetividade. Conquanto persista a maquilagem de títulos, grilagem e papel, a população indígena é espoliada de seus direitos e exterminada, onde os processos intensos e contínuos de expulsão de suas terras se tornam violências rotineiras e reiteradas, como apontam Becker, Oliveira e Martins (2016) com relação à realidade dos Guarani e dos Kaiowá. Conforme os autores: "Mata se for preciso, mata como

se abate um animal, mata com a certeza da impunidade, da morosidade das instituições que deveriam resguardar, mas que se fazem calar diante do poder econômico e político ideológico do agronegócio" (BECKER; OLIVEIRA, 2016, s/p).

Quando se criminaliza os indígenas já excluídos, perseguidos e mortos durante toda história do Brasil, essa criminalização acaba cumprindo a função do ideal integracionista, ou seja, esses sujeitos sob a égide do projeto civilizatório ocidental passam a ser submetidos ao julgamento do Estado que, por sua vez, os ignora e descaracteriza em suas especificidades. Como salienta Da Silva (2015, p. 45) "Trata-se, assim, do exercício de uma penalidade civilizatória, isto é, de uma tática política etnocida de neutralização ou, mesmo, de supressão da diversidade étnica, que se faz presente no investigado ou acusado", e pela jusante de um sistema jurídico racista apenas põe fim o processo de uma assimilação à "sociedade nacional", desprezando totalmente a individualização da pena como colima (CHAUÍ 2007, p. 5):

> O Poder Judiciário é claramente percebido como distante, secreto, representante dos privilégios das oligarquias e não dos direitos da generalidade social. Para os grandes, a lei é privilégio; para as camadas populares, repressão. A lei não figura o pólo público do poder e da regulação dos conflitos, nunca define direitos e deveres dos cidadãos porque, em nosso país, a tarefa da lei é a conservação de privilégios e o exercício da repressão. Por este motivo, as leis aparecem como inócuas, inúteis ou incompreensíveis, feitas para serem transgredidas e não para serem transformadas [...].

Nesse desiderato, de forma majoritária, os doutrinadores do direito penal consideram os povos indígenas como inimputáveis, e para essa classificação basta que vivam em suas comunidades e expressem suas tradições, como preconiza o Estatuto do Índio. Contudo, há um requisito essencializador e arbitrário: desde que não tenham sido totalmente "integrados à sociedade". Para Da Silva (2015, p. 48) "A superficialidade da argumentação que criminaliza os indígenas a partir da definição de sua identidade étnica provém de uma criminologia etiológica que atribuiu a prática de crimes por índios".

Ainda nesse sentido, para Olmo (2004, p.175) os especialistas da época atrelavam a ignorância e o atraso dos povos indígenas como naturais e congênitos, portanto insuperáveis. Por mais absurdo que pareça, tal entendimento não foi totalmente superado, não obstante permanecer velado. Assim nosso ordenamento resume a responsabilidade penal a partir de critérios essencialistas onde os indígenas que são considerados integrados são imputáveis; por outro lado aos que "houverem resistido ao processo de integração à sociedade terão sua

responsabilidade penal afastada ou reduzida em razão de sua inimputabilidade (desenvolvimento mental incompleto ou retardado)" (DA SILVA, 2015, p. 48).

Teoricamente a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo uma mudança estrutural na política indigenista brasileira. Nela são publicados dois artigos que preconizam o respeito à diferença cultural dos povos indígenas, quais sejam:

> Art. 231. 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 demarca-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
> Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. (BRASIL, 1998, s/p)

Valendo-se do sentido sociológico defendido por Lassale (1993), uma Constituição deveria engendrar a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade, e quando não o faz torna-se apenas uma simples "folha de papel", pois a verdadeira Constituição de um país não possui valor se não puder exprimir os direitos de todos, o que inclui as minorias.

Conforme vimos acima, o legislador constituinte estabeleceu a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento de causas envolvendo litígios sobre direitos indígenas (art. 109, inciso XI da CF) Art. 109. "Aos juízes federais compete processar e julgar": XI – "a disputa sobre direitos indígenas", § 5º "Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, [...] poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal". Não obstante, "é possível recorrer-se à justiça comum, nos termos do art. 5°, XXXV, da CF (princípio da inafastabilidade da jurisdição), quer por iniciativa da tribo, quer do próprio imputado, quer por órgão competente (FUNAI, MP etc.)" (QUEIROZ, 2014).

Por outro lado, a súmula 140 do Superior Tribunal de Justiça, diz que "compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que indígena figure como autor ou vítima". Esse entendimento sumular pertinente aos processos envolvendo povos indígenas tem se firmado de forma majoritária. Há várias críticas a essa súmula, uma delas é a de que o deslocamento de competência para o Estado acaba trazendo um retrocesso às garantias conquistadas, uma vez somente em caso de violação dos direitos humanos é que deve se dar o deslocamento para a justiça federal. Ocorre que a violação é constante e seu termômetro é subjetivo. Assim, "sendo a vida do índio tutelada pela União, é competente a Justiça Federal para julgar o feito, não estando a Justiça Estadual, na presente ordem constitucional,

legitimada a conhecer das infrações penais cometidas por ou contra silvícolas" (STF, 2013)[2]. Em resumo, o Direito Penal Indigenista não incide, em princípio, sobre conflito ocorrido fora do território indígena, ainda que os envolvidos sejam indígenas. Dessa forma, há uma discrepância jurídica muito contumaz, apesar do engessamento legal como se observa no HABEAS CORPUS HC 32214 RS 2003/0221779-4 (STJ).

> Ementa: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DE INDÍGENA. DISPUTA DE DIREITOS INDÍGENAS E DE TERRITÓRIO NÃO CARACTERIZADA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. **SÚMULA 140/STJ**. **ORDEM DENEGADA**. 1. A jurisprudência desta Corte, por meio da Súmula 140, consolidou o entendimento de que "compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima". Refogem à aplicação desse verbete os casos em que o delito perpetrado decorra de "disputa sobre direitos indígenas" (art. 109 , inciso XI , da Constituição da República), situação que desloca a competência para a Justiça Federal. 2. Inexistindo evidências de que a morte do indígena tenha sido provocada com o objetivo de violar direitos de sua comunidade étnica ou para dela tomar território, cabe à Justiça Estadual o julgamento da ação penal. 3. Ordem denegada (STF, 2007)[3]

O Estatuto do Índio, editado pela Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, foi elaborado em consonância a Constituição de 1967 e, pela Emenda n. 01/69, foi inserido uma redação que distinguia índios integrados dos índios não integrados no seguinte sentido, *verbis*: "Art. 4º, III - Os índios são considerados: 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" (BRASIL, 1973, s/p).

Assim, havia o entendimento de que os índios não integrados deveriam ser tutelados ou assistidos e representados pela União; mesmo quando a Constituição reconheceu expressamente (artigo 232) aos índios, suas comunidades e organizações a capacidade processual, ou seja, a possibilidade de ser parte legítima para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses – nota-se que a cristalização do artigo 4º do Estatuto do Índio se faz muito presente.

O Código Civil (Lei n. 10.406/02), em seu artigo Art. 1º "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Art. 4º Parágrafo único. "A capacidade dos índios será

[2] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000200756&base=baseMonocraticas. Acesso em 01 de dez de 2017.
[3] Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8738386/habeas-corpus-hc-32214-rs-2003-0221779-4. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

regulada por legislação especial" (BRASIL, 2002, s/p). Nesse sentido, podemos inferir que a capacidade civil dos cidadãos indígenas - após o advento da Constituição Federal de 1988 - passou a ser regrada pelo Código Civil. Por esses institutos legais extrai-se que, mesmo quando os indígenas são considerados incapazes para prática dos atos da vida civil, também deve ser aplicado o referido estatuto, devendo haver assistência ao indivíduo, "[...] se a incapacidade for relativa (artigo 4º do CC), ou representação ao cidadão, se a incapacidade for absoluta (artigo 3º do CC)" como observou o procurador federal Da Silva (2014, s/p). Ocorre que pela alteração dada pela redação da Lei 13.146 de 2015, vários incisos foram revogados, assim, no artigo 3º do Código Civil atualmente só são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos.

2 DIREITO PENAL INDIGENA E INDIGENISTA

O arcabouço jurídico brasileiro não reconhece a existência do Direito Penal Indígena, cabendo-lhes apenas a sujeição passiva do Direito Penal Indigenista. Sem pretensão de dissecar ao estudo das diversas organizações sociais dos povos indígenas no Brasil, faremos uma pequena análise do direito penal indígena e, desta forma "[...] tal como descrito pela doutrina jurídica, com o intuito de desvelar os argumentos centrais que sustentam, simultaneamente, a inaplicabilidade de suas normas pelo Poder Judiciário e a ideia de inferioridade dos indígenas" (DA SILVA, 2015, p. 54).

Para Da Silva (2015, p. 54-55) doutrinadores como Mirabete e Pierangelli entre outros, tratam com extremo preconceito o direito penal indígena. Mirabete em sua alienação afirma que as "tribos apresentam diferentes estágios de evolução" e o direito penal criado pelos povos indígenas se estabeleciam na "vingança privada, a vingança coletiva e o talião". Para Pierangelli (2004) o homicídio, as lesões corporais, o furto, o adultério da mulher, e o aborto, etc. além de "costumeiro" [destaque nosso], não assumiam importância. A bitolação dos doutrinadores e operadores do Direito em comparar o direito indígena ao indigenista esmaga qualquer possibilidade de entender a diferença do outro em sua organização social e apenas ratifica a ordem hegemônica por meio da dogmática penal, reproduzindo a legislação positivada para punir, excluir e marcar, como também faz

> [...] a Comissão Revisora (do Código Penal) entendeu que sob tal rubrica (desenvolvimento mental incompleto ou retardado) 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 (NELSON HUNGRIA 1978, p. 337 apud RIBEIRO, 2014, p. 9).

Para Da Silva (2015, p. 81), "A descrição da "arianização" pressupunha a inferioridade biopsicológica de indígenas que se reforçava na presença de sua "mentalidade mestiça", sendo a correção desta pressuposta mentalidade uma tarefa do Serviço de Proteção ao Índio (SPI). Nesse sentido, o Estatuto do Índio de 1973, em vigor, revogando o Decreto Legislativo nº 5.484, de 1928, quanto aos critérios para a análise da responsabilidade penal de indígenas, é de viés integracionista: "Sem abandonar o ideal integracionista da legislação anterior, o Estatuto do Índio readaptou os graus de integração referindo-se a três níveis (isolados, em vias de integração e integrados)" (DA SILVA, 2015, p. 88).

Em que pese os artigos 56 a 59, sendo o 56 e 57 os que tratam especificamente das condições dos indígenas apenados:

> Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.
> Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.
> Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.
> Art. 58. Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:
> I - escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena - detenção de um a três meses;
> II - utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena - detenção de dois a seis meses;
> III - propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena - detenção de seis meses a dois anos.
> Parágrafo único. As penas estatuídas neste artigo são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio.
> Art. 59. No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço (BRASIL, 1973, s/p).

O atual Código Penal é de 1940, sendo também omisso, pois não trata diretamente do envolvimento indígena com as infrações penais, como se vê no artigo 21 em relevo:

> Art. 21 O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.
> Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.
> Inimputáveis - Artigo 26: É 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 ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940, s/p).

É oportuno frisar outras legislações, como A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que em seu preâmbulo assim advoga, bem como seus artigos posteriores (OIT, 2011, s/p):

> Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram"; bem como entre outras garantias levar em consideração o direito consuetudinário como estabelece o art. 8º "Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

Não podemos deixar de destacar a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DDPI), importante instrumento na defesa dos direitos dos povos Indígenas, aprovada em 2007. Seu texto serve de diretriz para vários Estados por trazer avanços pertinentes aos direitos indígenas, não obstante não ser vinculante, ou seja, obrigatório. Nos excertos abaixo podemos observar sua relevância (NAÇÕES UNIDAS, 2007, p. 10, 17, 19):

> Artigo 13
> 2. Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir a proteção desse direito e também para assegurar que os Povos Indígenas possam entender e fazer-se entender nas atuações políticas, jurídicas e administrativas, proporcionando-lhes, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados.
> Artigo 34
> Os Povos Indígenas têm direito a promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com a normativa internacional de direitos humanos.
> Artigo 35
> Os Povos Indígenas têm o direito de determinar as responsabilidades dos indivíduos para com as suas comunidades.
> Artigo 40
> Os Povos Indígenas têm direito a procedimentos equitativos e justos para a solução das controvérsias com os Estados ou outras partes, e uma pronta decisão sobre essas controvérsias, assim como a uma reparação efetiva de toda violação de seus direitos individuais e coletivos. Nessas decisões serão devidamente levados em consideração os costumes, tradições, normas e sistemas jurídicos dos Povos Indígenas interessados e as normas internacionais dos direitos humanos.

Infelizmente, percebemos que não há um acoplamento entre a realidade e a prática, mesmo nos casos em que a lei garante, na realidade a situação é totalmente adversa. Temos uma legislação simbólica como advoga Neves, uma "legislação álibi" que apenas demostra que a problemática está resolvida no campo teórico das leis, dando apenas um sentimento de "bem-estar" social, mascarando a realidade como leciona o mestre: "nesse sentido, pode se afirmar que a legislação álibi constitui uma forma de manipulação ou ilusão que imuniza o sistema político contra alternativas, desempenhado uma função ideológica" (NEVES, 2007, p. 39-40). Assim, a legislação simbólica com escopo de guardar os direitos dos indígenas se apresenta a glorificar os grupos dominantes e seus interesses, e continua a deflagrar a degradação daqueles historicamente já marginalizados.

3 POVOS INDÍGENAS E O DIREITO COMPARADO

A Constituição brasileira de 1988 é reconhecida como a primeira a delinear os contornos das relações dos povos indígenas, tornando-se um marco do direito constitucional sobre o assunto, e ainda influenciar outras constituições americanas como a Colômbia/1991, México e Paraguai/1992, Peru/1993 e Bolívia/1994 a trazerem em seus textos direitos e garantias aos povos indígenas.

Apesar dos avanços legais presentes nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais do Brasil, a valorização da cultura indígena ainda é algo que precisa ser alcançado. Essa constatação pode ser feita por meio da comparação, por exemplo, quando nos debruçamos sobre a geopolítica paraguaia, constatamos não apenas a valorização da língua nativa (o guarani) como de aspectos da cultura indígena guarani (como por exemplo, da utilização da erva mate). Além disso, seu texto constitucional criado em 1992, dispõe em seu art. 62 um capítulo sobre os povos indígenas reconhecendo a existência desses povos antes da formação do Estado Paraguaio, e assim o faz o artigo 63, estabelecendo a coexistência dos sistemas jurídicos positivado e o consuetudinário, como observa Ribeiro (2015). Assim vejamos o excerto desses artigos:

> Artículo 63 - DE LA IDENTIDAD ÉTNICA
> Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena (PARAGUAY, 1992, s/p).

Os indígenas habitantes do território paraguaio possuem garantia constitucional a serem submetidos ao direito consuetudinário, desde que esse mesmo direito não afronte direitos fundamentais previstos no mesmo texto constitucional e em caso de antinomias, segundo Ribeiro (2015, p. 71), "o Direito Consuetudinário será considerado pelo Estado paraguaio".

Ainda seguindo o que dispõe outras constituições da América do Sul, tanto a Colômbia em seu artigo 246, como a Venezuela em seu artigo 260, são bastante similares quando elencam sobre o direito consuetudinários em suas constituições, como se observa em seus textos:

> Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidade con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.
> Artículo 260. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Segundo Flores (2014), a constituição equatoriana se assemelha aos seus vizinhos Paraguai, Colômbia e Venezuela, estabelecendo diferenças muito sutis. Vale destacar que em seu (art.76,7, i) é defeso, de modo explícito, a possibilidade de duplo julgamento:

> Sección segunda
> Justicia indígena
> Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las

> instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria (ECUADOR, 2008, s/p).

Não há como não mencionar a constituição boliviana, que se torna inédita e exemplo ao mundo salvaguardando direitos aos povos indígenas, estabelecendo um pluralismo jurídico e intercultural. Como ilustra parte de seu texto

> Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia onde se lê: La justicia del nuevo estado boliviano se sostiene en princípios de pluralismo jurídico y la interculturalidad. [...] En otro hecho fundamental, es que se respeta la JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA como parte de la justicia boliviana, que se ejerce por SUS PROPIAS AUTORIDADES y tiene IGUAL JERARQUÍA que las otras jurisdicciones. Esta jurisdicción respeta la vida y los derechos establecidos en la Constitución Política del Estado plurinacional.(BOLIVIA, 2009, s/p).

Para Flores (2014, p. 16), por mais que a constituição boliviana apresente os melhores contornos do direito consuetudinário aos povos indígenas, a "concretização do consuetudinarismo puro soa como uma utopia", pois segundo a autora, a negação da alteridade no sistema jurídico é muito forte e presente na maioria dos países americanos.

4 "OS INDÍGENAS SÃO COMPLICADOS": REALIDADE DOS DETENTOS INDÍGENAS NA PENITENCIÁRIA DE SEGURANÇA MÁXIMA DE NAVIRAÍ-MS

Foucault ao tratar das prisões descreve o Panóptico de Benthan como uma arquitetura em anel com uma torre central, projeto aperfeiçoado e ainda usado como modelo de muitos presídios, reiterando que: "O Panóptico é um zoológico real; o animal é substituído pelo homem, a distribuição individual pelo agrupamento especifico e o rei pela maquinaria de um poder furtivo" (FOUCAULT, 1977, p.179)

A Penitenciária de Segurança Máxima de Naviraí[4], como tantas outras espalhadas pelo Brasil, cumpre esse modelo arquitetônico iniciado por Benthan. Com uma arquitetura circular e várias torres de vigilância, o controle é um dos dispositivos utilizados para a docilização dos corpos que por meio do discurso oficial da "ressocialização" busca sua eficácia simbólico-social. Assim, inicialmente um dos objetivos desta pesquisa foi o de realizar uma análise

[4] Inaugurada em 29 de março de 2006, possui 66 celas com capacidade para 246 presos. Em fevereiro/2017, conforme dados do Mapa Carcerário da AGEPEN, consta a quantidade de 483 presos, sendo 16 indígenas.

etnográfica buscando compreender a realidade vivenciada pelos indígenas ali apenados – suas histórias de vida, seus dramas, suas formas de organização, etc. Contudo, ao longo do desenvolvimento do trabalho, nos deparamos com vários percalços diante dos trâmites burocráticos para adquirir autorização para a realização de entrevistas com os indígenas privados de liberdade nessa instituição.

Em busca de dados estatísticos para a pesquisa junto à Administração da Unidade Penal, comentamos que a ideia inicial era fazer pesquisa de campo com realização de entrevistas, ao que o servidor penitenciário que nos atendeu mencionou que deveria ter uma autorização da FUNAI, "pois os indígenas são complicados". Interessante observar a fala do servidor penitenciário, pois sugere uma ideia de "tutela" por parte da FUNAI quanto aos detentos indígenas, quando na verdade após a CF/88, passou a ser um órgão apenas de assistência.

Nesse sentido, o discurso construído e cristalizado aparenta ser legítimo porque segundo Oliveira (2003, p. 26 apud Calderoni 2016, p.32) "as formas discursivas que tendem a generalizar características, vozes e imagens, traços comuns articulados estrategicamente, criaram e reforçam o estereótipo que é instituído por uma repetida sequência de certezas [...]". Assim, a diferença se institui pela negação, pelo estigma, pela essencialização subalternizadora.

Uma contradição se revela pela negativa e maledicência do funcionário da administração, porque a própria lei indigenista quando afirma não haver ausência de capacidade para estar em juízo, à vista de que o parágrafo único, do art. 8º, da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), prevê que as regras do *caput* não se aplicam quando o indígena não revela consciência e conhecimento do ato praticado e este não lhe é prejudicial. "Visto o domínio burocrático, o domínio através do anonimato do *bureau,* não ser menos despótico pelo fato de 'ninguém' exercê-lo; pelo contrário, é ainda mais terrível porque nenhuma pessoa pode falar com esse Ninguém nem lhe apresentar uma reclamação" (ARENDT, 2002, p.9).

Vale destacar que a Universidade Católica Dom Bosco – UCDB, com apoio da Comunidade Europeia, realizou uma pesquisa[5] metódica em 2008 sobre a realidade carcerária vivenciada pelos os Guarani e Kaiowá de Mato Grosso do Sul. A pesquisa trouxe em relevo dados muito alarmantes, como no caso 99% dos delitos, houve uma predileção do Estado pelo encarceramento. A pesquisa mostra que a forma de punir da comunidade indígena geralmente

[5] Projeto intitulado: "Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul".

é desprezada, sendo aplicada em apenas 1% dos casos. Outro dado importante é em relação às perícias, estas que deveriam ser peremptórias são ausentes em 67%, e quando realizada somente 12% delas são antropológicas (RIBEIRO, 2014).

O estudo constatou ainda vários problemas enfrentados pelos Kaiowá, Guarani e Terena com relação à compreensão da língua portuguesa durante o andamento dos trâmites legais (inquérito, audiência, etc.). Um colega policial relatou que em uma audiência no fórum dois indígenas da etnia Guarani ao serem interrogados demonstraram visível dificuldade de compreender as perguntas que eram feitas pelo magistrado. Numa outra audiência, segundo o mesmo interlocutor, o promotor perguntou por várias vezes o nome da genitora do indígena no que ele falava seu próprio nome. O promotor então apontou para o relógio que estava usando e perguntou o que era, quando o indígena balançou a cabeça não sabendo informar o nome do objeto. Num contexto em que impera a lógica da língua oficial e a dominação dos positivismos estatais, não há espaço para um diálogo aberto às diferenças, apenas à aplicação da letra fria da lei.

Tais situações de violência jurídica vão na contramão do Art. 12 da *Conv. 169- OIT* ratificado pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, onde se preconiza a presença de intérprete ou outro meio eficaz para compreensão: "Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes". O estudo supracitado revela que apenas 22% dos indígenas possuem acompanhamento de intérprete. O Código de Processo Penal brasileiro em seu art. 193 traz: "Quando o acusado não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por intérprete". Muita celeuma tem se criado sobre esse artigo como sua omissão ao tratar dos indígenas, e tratar especificamente de somente a uma das fases do processo, o interrogatório.

O estudo apontou ainda que a Defensoria pública acompanha 67% dos casos envolvendo indígenas, contudo, nem sempre essa presença é sinônima de garantias de direitos. Pelo contrário, por vezes, observa-se o descaso dos operadores do direito com relação a questões de ordem cultural, aplicando fato a norma, desprezando a tridimensionalidade que inclui o valor, gerando apenas arbitrariedades e omissões.

Dos indígenas presos na Penitenciária de Segurança Máxima de Naviraí, onze são da etnia Kaiowá, e cinco da etnia Guarani são oriundos de várias cidades ao entorno de Naviraí como: Japorã, Juti, Mundo Novo, Amambai, Iguatemi, Sete Quedas e Eldorado. Como não foi

possível falar com os indígenas encarcerados, um agente penitenciário[6] que trabalha há quase dez anos no sistema se dispôs a falar. A conversa foi informal e realizada em um ambiente fora do presídio. Trechos dessa conversa serão transcritos abaixo.

Com relação à existência de celas diferenciadas ou tratamento diferenciado para com os indígenas, o agente diz que "os indígenas dividem as celas com outros presos não indígenas, pois são agrupados conforme o crime cometido, e não por etnia, e não há diferença no tratamento". Ao ser perguntado se havia algum tipo de violência ou abuso dos presos não indígenas para com os indígenas o agente respondeu que: "sexualmente não, o que acontece é quando chega um índio no presídio os presos já gritam mais um 213, mais um 213...," ou então "Jack chegando" o artigo 213, ou "Jacks" ao qual ele se refere em sua fala corresponde ao delito de estupro no Código Penal, afirmando-se o estereótipo de que todos os indígenas são presos por cometerem crimes sexuais.

Em outra pergunta levantada sobre a convivência dentro da penitenciária dos indígenas da mesma etnia, ou de etnia diferente, se havia alguma hierarquização, o agente afirma ser "normal" a convivência, mas que "os indígenas são muito quietos, na deles", explicando que existe uma escala de limpeza das celas em que cada dia um interno é quem faz, e que os "indígenas são explorados pelos outros internos limpando as celas quase todos os dias, porque não se opõem, não reclamam" e quando há alguma manifestação ou rebelião os indígenas são postos a frente "como cavalo de guerra". O agente ainda disse que não há um processo de interação e mobilização entre os próprios indígenas presos e que eles não se unem para pleitear algo favorável a eles, o que contrataria totalmente o pressuposto de Simmel (1983, p.56).

> Os indivíduos têm a necessidade de se oporem, para permanecerem unidos. Essa oposição pode manifestar-se igualmente ou pelo contraste que apresentam as fases sucessivas de suas relações, ou então pela maneira segundo a qual o todo que eles formam se diferencia do meio ambiente moral que os envolve.

Ao ser perguntado sobre as visitas nos finais de semana, se as famílias dos indígenas ou alguma liderança os visitava, o agente diz que "as lideranças nunca vem, raramente alguma família aparece". No entanto, não podemos ignorar o fato de que as famílias desses indígenas são de outras cidades, distantes de Naviraí, o que acaba por dificultar deslocamento de familiares ao presídio nos dias de visita.

[6] Por questões de ordem ética, optamos por manter o anonimato do colaborador.

Ao ser indagado sobre a relação dos agentes penitenciários com os detentos indígenas, o agente respondeu que "os indígenas são mais obedientes que os outros presos, mas eles não confiam na gente". Então, ao perguntar se eles confiavam em alguém, o agente disse que "sim, eles confiam nos professores, somente nos professores eles confiam, com todo o resto eles olham com desconfiança e ficam calados".

Podemos observar pela fala do agente, o duplo encarceramento dos internos indígenas, os outros presos não indígenas conseguem, ainda que na reclusão da penitenciária por mais desumana que esta possa se encontrar no colega de cela seu espelho, pois possuem os mesmos códigos culturais, mantendo sua socialização, o que não ocorre com os indígenas que, como afirma o agente "são calados" e "não confiam na gente". Uma reclusão mais severa que mais parece o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) pois, por mais que tenham outros sujeitos na cela, não dividem a mesma língua, as mesmas tradições, os mesmos códigos, sendo sujeito de arbitrariedades pelos outros presos, tornando suas penas pelo isolamento cultural mais desumanas, atrofiando suas socialidades, descaracterizando-os enquanto sujeitos.

Considerando os indígenas envolvidos em crimes comuns que estão na penitenciária de Naviraí, uma grande parte já passou da fase inquisitiva. Segundo os dados oferecidos pela penitenciária, 75% dos internos já foram condenados e 25% estão aguardando julgamento. Aos que são dados liberdade condicional, raramente cumprem, o que lhes prejudica, pois ficam como foragidos no sistema e, quando encontrados, voltam à reclusão. A fase inquisitiva é onde inicia o processo, onde mais de 90% dos internos indígenas são conduzidos à delegacia pela Policia Militar, como mostra o Sistema Integrado de Gestão Operacional (SIGO). Essa situação decorre devido à pertinência da Sumula 140/STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que **o** indígena figure como autor ou vítima". Nesse sentido, a Polícia Estadual, Militar e Civil acabam fazendo o primeiro atendimento. Para ilustrar, apresentamos o excerto abaixo de algumas ocorrências elaboradas pelas polícias militar e civil, com os nomes das partes retirados para preservar o anonimato:

> Que estando de plantão nesta delegacia recebi um telefone do capitão da Aldeia Sassoro, o qual informava que haviam encontrado um corpo de um indígena já sem vida. Que então desloquei até a referida aldeia juntamente com o investigador --------- e constatamos a veracidades dos fatos. Que no local encontrava se um corpo em decúbito ventral, já sem vida de---------. Que também no local encontrava se o capitão da aldeia o Srº ----------, que após ficar sabendo do acontecido, ----- juntamente com alguns indígenas saíram a procurar do possível autor, já que ------ tinha suspeita de quem seria o autor. Que então Capitão da aldeia---- localizou o autor, e que o mesmo

ficou no local ate a chegada das autoridades. Que o Autor, juntamente com ----- foram conduzidos até esta delegacia para as demais providências. Nada mais.

Compareceu nesta delegacia de polícia o comunicante e vítima acima qualificado informando que ficou responsável pela chácara acima nominada, tendo como proprietário o sr.------, e que no dia 04 deu por falta de uma parte de lona furtado das beiradas do reservatório químico; que, na data de hoje, na parte da manhã deu por falta de quatro portas, uma mesa de escritório na cor branca e preta, um armário de aço na cor branca e uma pedra de pia; que, o comunicante suspeita de uma pessoa, e que vai verificar se realmente a lona está num determinado barraco localizado no local denominado buracao. e segundo informação o furto foi praticado por -------, vulgo "----------".

Comparece a esta Delegacia de Polícia o comunicante, que é capitão desta aldeia, informando que na Aldeia Jaguapire ocorreu um estupro com a menor ----, sendo que a mãe da menor foi avisa-lo na sua casa e disse também que tem praticado tal ato seria ----. Que de imediato ------- foi até a casa da vítima e pode constatar a veracidade dos fatos, pois a roupa da vítima continha sangue, e com isso ------ reuniu alguns indígenas e começaram a tentar encontrar o autor, vindo a obter êxito após algumas horas.

Informa-se que por volta das11h30 foram comunicados por-------, capitão da Aldeia Indígena Cerrito, qual informava que naquela Aldeia teria ocorrido um homicídio e que o corpo estava enterrado em um buraco próximo a uma residência. Em diligência ao local, foi constatado que a vítima -----havia sido assassinado por seu filho. Em conversa com a esposa do autor ------, esta informou que naquele local residiam o seu esposo ----------, seu filho------- e o seu sogro ------. Tendo perguntado a ela como teria se dado os fatos, respondeu que não os presenciou, pois, no momento estava dormindo e não ouviu nenhum barulho, no entanto, informou que ocorreu por volta das 23h30min. Feito vistoria no local, foi observado que vitima fazia uso de duas pequenas casas rústicas para moradia, sendo uma bem próxima da outra, distância não superior a quatro metros. A uma distância não superior a sete metros fica a residência do autor. Em frente à porta de acesso a uma das casas da vítima, a uma distância aproximada de dois metros, pode-se visualizar os vestígios de uma fogueira recente, neste local foi encontrado, carbonizado, restos de tecidos e botões de calça. Numa distância de 32 metros da casa vítima, num outro local, pode-se observar que havia restos de uma outra fogueira, e sob esta, havia terra solta, tendo removido esta terra, pode-se perceber haviam feito um buraco com aproximadamente 60cm de profundidade, nesta terra removida foi encontrado sangue, cinzas, pequenas porções de madeira e tecidos carbonizados. A uma distância de 34 metros deste último local, na fossa de uma latrina, local conhecido popularmente como privada, foi encontrado o corpo da vítima, estava imerso nas fezes e larvas do buraco, esquartejado, somente o braço esquerdo estava anexo ao tronco. Entre os três locais acima descritos havia marcas no chão que indicavam que o corpo havia sido arrastado para ser levado de um local para outro. Pode-se concluir que após o assassinato, o autor tentou ocultar o crime mediante a queima do corpo, não logrando êxito, optou por oculta-lo enterrando-o em um buraco qual era utilizado como fossa. Nada mais.

> Estava este investigador de polícia que subscreve de plantão nesta DELPOL na data de 27/11/07, quando fui informado via telefone pela liderança da aldeia Amambai, que havia um corpo caído em uma estrada vicinal, no interior da referida aldeia. Diante as informações desloquei-me até o local, onde constatei; que a pessoa caída, já sem vida, tratava-se do indígena ---------, que segundo informação da testemunha acima qualificada, sendo que esta estava acompanhando a vítima; o autor acima qualificado teria chegado com uma arma branca tipo facão já desferindo golpes na região dorsal da vítima e fugindo logos após com a carteira e bicicleta da mesma. Foram realizadas diligencias na região, mas não obtivemos êxito em prender o autor do latrocínio. Nada mais.[7]

Vale frisar que o boletim de ocorrência não é um documento hábil à comprovação efetiva do fato narrado, é a partir a notícia crime que o delegado através de portaria instaura o inquérito policial (este ainda é revestido de lastro inquisitorial, quando não permite ao indiciado o contraditório e a ampla defesa, mesmo diante das disposições do art. 5, LV da Constituição Federal), razão esta que o torna prescindível por ser uma peça meramente administrativa e informativa. Não deveria ser valorado pelo juiz na prolação da sentença, mas infelizmente sabemos que os magistrados lhe dão extremo aproveitamento.

As ocorrências acima são dos internos da penitenciária de Naviraí, analisando-as podemos perceber que, na maioria delas, tanto o autor quanto a vítima são indígenas, mais de 80% das ocorrências ocorrem na própria aldeia ou ao seu entorno. Dados que justificariam a aplicação do Direito Consuetudinário, respeitando suas especificidades culturais. Não se pode incorrer no lirismo do bom selvagem, como se os povos indígenas não cometessem crime, mas ao mesmo tempo é de suma importância não reproduzir aquele discurso de que são "animalescos", dando uma vazão preconceituosa e cristalizando estereótipos por cometerem homicídio, infanticídio e estupro etc., como se a sociedade etnocêntrica e branca não cometesse esses mesmos crimes todos os dias. De acordo com Urquiza, Pereira e Prado (2015, p.10)

> Falar sobre a diversidade cultural não diz respeito apenas ao reconhecimento do outro. Significa pensar a relação entre o eu e o outro. Não é só olhar para o reconhecimento do outro, mas pensar como eu, ao longo da minha história, me reconheço e construo minhas posturas em relação aos outros.

Outro dado que levantamos ao longo da pesquisa foi com relação às tipificações criminais, ou seja, os principais "crimes" cometidos pelos indígenas, conforme ilustramos

[7] Tais excertos foram retirados do Sistema Integrado de Gestão Operacional (SIGO) vinculado à secretaria de Segurança Pública do Mato Grosso do Sul. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

abaixo. Tais dados foram fornecidos pela própria instituição onde desenvolveu-se a pesquisa de campo:

Tipificação do crime

Crimes contra a vida
•Art. 121 do CP homicídio simples 34%
•Art. 121 cominado a outros crimes como ocultação de cadáver art. 211 CP e estupro art. 213 CP representam 13%

Crime contra o patrimônio
•Art. 155 e 157 do CP. Furto e Roubo 20%

Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual
•Art. 213 e art. 217A estupro e estupro de vulnerável 20%

• Outros crimes como Violência Doméstica e tráfico de drogas compõem 13%

Pela análise da tipificação criminal, percebemos que os crimes contra a vida, como o homicídio, são os mais expressivos (47%). Mas estaríamos aptos a compreender tais eventos num contexto que nos escapa e segundo códigos que não dominamos sob nosso ponto de vista? Nesse sentido, Flores (2016, p. 14) cita o exemplo "de pais matarem um dos filhos por deficiência e algumas etnias, quando nascem gêmeos, atitude absolutamente normal, pois esse tipo de concepção é considerado uma maledicência pelo grupo". Percebe-se que o que se busca é o interesse coletivo, pertinente à sobrevivência do grupo. Como ratifica Foucault (1997, p.94), "ser tão pouco arbitrário quanto possível. É verdade que as sociedades que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime".

Os presídios brasileiros, de forma geral, são lotados em sua grande maioria em decorrência dos crimes contra o patrimônio - o que se observa o inverso nas culturas indígenas, onde os furtos são minoria, em decorrência da coletivização dos bens. Quando prevalece o princípio da reciprocidade, em que o patrimônio pode ser dividido com base no respeito, valores desmontam o interesse da posse individual (COLAÇO, 2005).

Dada as nuances da tipificação criminal, se, grosso modo, a mecânica que sustenta o sistema jurídico brasileiro é desconhecida ou pouco compreendida por parcela significativa da população que, diga-se de passagem, domina a língua portuguesa, imagine esse processo de incompreensão com relação aos povos indígenas. Assim, devemos nos questionar sobre os atuais dispositivos e dinâmicas jurídico-penais que tem norteado a aplicação da "civilidade-

lei". É necessário rever em que medida tais dispositivos acabam arbitraria e deliberadamente por estigmatizar, marginalizar, excluir sujeitos indígenas em nome de uma aplicação de lei genérica, universalista e essencializadora.

Nesse ritmo, observamos o acostamento pelo enclausuramento dos habitantes que por qualquer razão não conseguissem se adaptar às exigências dos padrões de uma "normalidade", e assim, percebemos que aos indígenas foram reservadas as áreas fora de todos os círculos, a certa distância. Como arremata Bauman:

> Finalmente, os habitantes que mereçam a morte cívica, isto é, a perpétua exclusão da sociedade, serão trancafiados em celas semelhantes a cavernas com paredes e grades bem fortes, perto dos biologicamente mortos, dentro do cemitério murado (1999, p. 38).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observamos que, embora a constituição vigente tenha revogado o ideal integracionista da legislação indigenista, ela ainda continua presente no discurso de muitos doutrinadores do direito e vigorosamente no tratamento jurídico-penal dispensado aos povos indígenas. Assim, quando se criminalizam indígenas conforme o entendimento do julgador, o que se está a punir? Um delito? Uma regra desrespeitada? Ou o sujeito com sua história, sua dignidade e sua diferença? Trata-se de questionar uma técnica punitiva homogênea e universalizante que marca e exclui o sujeito, ou seja, a anátomo-política - nos termos foucaultianos, porque "em todos esses juízos encontra-se um preconceito; "só o indivíduo é julgado, mas não o próprio critério nem sua adequabilidade para o medir" (ARENTD, 2002, p.11).

Cabe ressaltar uma revisão da Súmula 140/STJ, bem como a consonância desta com inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal, o qual afirma ser de competência da justiça federal o processamento e julgamento de causas relativas às disputas por direitos indígenas. Em confronto com o direito comparado, com um olhar exógeno do que prega a legislação, sabemos que tal princípio quase nunca corresponde à realidade. Percebemos que, por mais promissora que essa legislação se apresente, uma hierarquização etnocêntrica ainda se encontra muito enraizada no sistema jurídico brasileiro.

Ao analisar os indígenas presos na penitenciária de Naviraí, podemos inferir que suas punições não correspondem a uma punição justa, não apenas por descumprir os dispositivos legais, como também, e principalmente, por desconsiderar a diversidade étnico-cultural destes

sujeitos. Por fim, nesse diapasão podemos dizer que o projeto civilizador, sob a roupagem da arbitrária legalidade, dispensada pelos não-indígenas aos indígenas, é a maior punição, pois não são privados somente do direito de ir e vir, mas principalmente do direito de serem sujeitos (BECKER, OLIVEIRA, 2016). Num quadro de morte social naturalizado socialmente, o presídio é para os sujeitos indígenas apenas uma "vala comum", onde sujeitos, histórias e vidas são sadicamente enterrados.

REFERÊNCIAS

ARENDT, H. *O que é Politica?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BAUMAN, Z. *Globalização: As consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BECKER, S.; OLIVEIRA, E; MARTINS, C. P. *"Onde fala a bala, cala a fala": resistências às políticas da bancada da bala, do boi e da bíblia em Mato Grosso do Sul*. In: http://encenasaudemental.net/post-destaque/onde-fala-a-bala-cala-a-fala-resistencias-as-politicas-da-bancada-da-bala-do-boi-e-da-biblia-em-ms/ (Acesso em: 12 de jul.de 2016).

BECKER, S.; OLIVEIRA, E. *Educação e Direitos para (in) Humanos? Desafios e Reflexões sobre os Dilemas de LGBT´s perante o Discurso Jurídico Brasileiro.* Revista Tempos e Espaços em Educação, São Cristóvão, Sergipe, Brasil, v. 9, n. 19, p. 163-180, mai./ago. 2016.

BOLÍVIA - *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, 2009. In: http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf . (Acesso em: 10 de janeiro de 2017).

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. In: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm (Acesso em 10 de janeiro de 2017)

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm (Acesso em 10 de janeiro de 2017)

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm (Acesso em: 10 de janeiro de 2017).

BRASIL. Estatuto do Índio. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm (Acesso em 10 de janeiro de 2017)

CALDERONI, V. *Desconstruindo Preconceitos sobre os Povos Indígenas*. Campo Grande: UFMS, 2016. In: http://virtual.ufms.br/file.php/2035/Arquivos_modulo_V/AHPI_-_Modulo_V.pdf. (Acesso em 10 de Abril de 2016).

CHAUÍ, M. *Violência, racismo e democracia*. In http://www.pt.org.br/portalpt/index.php?option=com_content&task=view&id=5816&Itemid=239. (Acesso em: 12 de janeiro de2017).

COLAÇO, T. L. *"Incapacidade" indígena* – tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas. Curitiba: Juruá, 2005.

Da Silva; J. J. A. *A capacidade civil dos cidadãos indígenas após o advento da Constituição Federal de 1988*, 2014. In: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-capacidade-civil-dos-cidadaos-indigenas-apos-o-advento-da-constituicao-federal-de-1988,51402.html (Acesso em 12 de janeiro de 2017).

DA SILVA, T. M. *No banco dos réus, um índio: Criminalização de indígenas no Brasil*. Dissertação de Mestrado**.** Brasília, Universidade de Brasília, 2015.

DECRETO Nº 5.051, de 19 de abril de 2004 . In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm (Acesso em 18 de dezembro de 2016).

ELOY AMADO, L.H. *Direito dos Povos Indígenas e Legislação Indigenista*. Antropologia e Historia dos Povos Indígenas. Campo Grande: UFMS, jul. 2016. In: http://virtual.ufms.br/file.php/2035/Arquivos_modulo_VIII/livro_AHPI_Mod8.pdf. (Acesso em: 10 de Jul. de 2016).

EQUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*, 2008. In: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf (Acessado em: 10 de janeiro de 2017).

FILHO; R. L. S. *Índios e competência criminal*. A necessária revisão da Súmula nº 140 do STJ. In: https://jus.com.br/artigos/6606/indios-e-competencia-criminal. (Acesso em 12 de dezembro de 2016).

FLORES, A. *Crime e Castigo*: O Sistema Penal Positivista e o Direito Consuetudinário Indígena. Revista *Thesis Juris* – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N.2, pp. 481-504, Mai.-Ago. 2016.

FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir Historia Nascimento da Prisão*. Petrópolis – RJ: Vozes, 1977.

GOFFMAN, E. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

GUIMARÃES, S. M. *A gestão da educação indígena*: etnocentrismo e novas diretrizes curriculares nacionais. Antropologia e Historia dos Povos Indígenas. Campo Grande: UFMS, Ago. 2016. In: http://virtual.ufms.br/file.php/2035/Arquivos_modulo_IX/livro_AHPI_Mod9.pdf. (Acesso em: 05 de Ago. de 2016).

LASSALE, F. *O que é uma Constituição*. São Paulo: eBooksBrasil.com, 1933.

MACEDO, C.; FLORES, A. *Situação dos detentos indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul*. Brasília: CTI, 2008.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, 2007. In: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf?view=1 (Acesso em 10 de janeiro de 2017).

NEVES, M. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

OIT . *Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT* / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011. In: http://portal.iphan.gov.br/baixaFcdAnexo.do?id=3764 (Acessado em 23 de Novembro de 2016).

OLMO, R. D. *A América Latina e sua Criminologia*. Trad. Francisco Eduardo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1981.

PARAGUAI. *Constitución de la República de Paraguay,* 1992. In: http://jme.gov.py/transito/leyes/1992.html. (Acessado em 10 de Janeiro de 2017).

PIERANGELI, J. H. *Códigos Penais do Brasil*: *evolução histórica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

QUEIROZ; P. *Direito Penal Indígena*. In: http://www.pauloqueiroz.net/direito-penal-indigena/ (Acesso em 12 de novembro de 2016).

RIBEIRO; L. S. *Direito Consuetudinário Indígena e Positivismo Jurídico*: O respeito à alteridade cultural como elemento do desenvolvimento local. Campo Grande. UCDB, 2014.

SILVA, C, T. *O índio, o pardo e o invisível*: Primeiras impressões sobre a criminalização e o aprisionamento de indígenas no Brasil. ANTROPOLÍTICA, Niterói: 2013, n. 34, p. 137-158, 1. In: http://www.revistas.uff.br/index.php/antropolitica/article/download/173/129. (Acesso em: 20 de Agosto de 2016).

SIMMEL, G. *Sociologia*. (Org.Evaristo Moraes Filho). São Paulo: Ática, 1983.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). HABEAS CORPUS HC 32214 RS 2003/0221779-4 (STJ). In: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=S%C3%9AMULA+140%2FSTJ.+ORDEM+DENEGADA (Acesso em 10 de novembro de 2016).

URQUIZA, A.; PEREIRA, L. M.; PRADO, J. H. *Antropologia e história dos povos indígenas*. Antropologia Indígena, 2ºModulo. Campo Grande: UFMS, 2015. Disponível em: http://virtual.ufms.br/file.php/2035/Arquivos_modulo_II/livro_AHPI_Mod2.pdf . Janeiro de 2016.