

ÍNDIO É ÍNDIO.

GUILHERME MADI REZENDE

Advogado Criminalista. Mestre em Direito Penal pela PUC. Diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD. Autor do livro: *Índio: Tratamento Jurídico-Penal*, Juruá, 2009.

“Ele não é índio, sabe ler e escrever, tem até título de eleitor!”. Frases como essa, negando a algum acusado a sua identidade indígena, negando, com isso, os direitos dela decorrentes, não são tão raras nos nossos tribunais.

Conquanto não sejam raras, tais frases refletem ainda uma ideologia assimilacionista, segundo a qual a tendência natural dos índios é a de se integrar à sociedade não índia, assimilando seus valores e assim deixando, pouco a pouco, de ser índios. Esse pensar, de matiz etnocêntrico e monista, permeou toda a nossa legislação indigenista dos últimos séculos.

Conseqüência disso é que, no âmbito da culpabilidade, o tratamento jurídico-penal do índio sempre se deu na esfera da inimputabilidade, considerando-se inimputável o índio não aculturado e, por outro lado, imputável o aculturado, como se esse fosse o elemento fundamental a determinar a possibilidade de responsabilização penal do índio.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, rompe com esse paradigma reconhecendo o direito dos índios à sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, bem como garantindo e valorizando a difusão das manifestações culturais indígenas. Com isso, estabelece uma política de respeito e garantia à diversidade cultural, mais condizente com um Estado pluralista.

Assim, nas palavras de Luiz Fernando Villares, *abandona-se definitivamente o conceito, inclusive jurídico, de que índios são seres humanos com cultura inferior, primitiva, de que a aproximação com a sociedade ocidental brasileira, condena-os à civilização ocidental e à conseqüente perda de sua identidade indígena*¹.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 143 de 2002 e promulgada pelo decreto 5051 de 2004², garante a auto-determinação como baldrame da identidade étnica, ainda que escorado no respaldo comunitário.

O Estatuto do Índio, lei 6001/73, embora editado ainda sob a égide da ideologia assimilacionista então vigente, define índio como sendo *todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional*.

Vale dizer, em síntese, o indivíduo que tenha origem e ascendência pré-colombiana, que se identifique com um grupo étnico com características culturais próprias, que seja identificado por esse grupo como um seu membro, é índio, independentemente de estar na selva amazônica ou em São Paulo.

Índio não deixa de ser índio porque está em São Paulo, em Guarulhos, em Osasco, assim como não deixamos de ser brasileiros por estarmos em Nova Iorque, em Paris ou em Roma, ainda que de vez em quando tomemos uma coca-cola...

A experiência, diz Luiz Fernando Villares, traz que o simples contato de grupos étnicos não faz um absorver o outro, numa integração necessária, mas proporciona uma mudança cultural, que não tira do índio sua identidade. Ela lhes foi roubada muitas vezes por uma integração forçada, violenta, uma política levada pela sociedade, pela igreja e pelo Estado para transformar o índio em indivíduo pobre que habita e coloniza o meio rural. A perda da identidade indígena, sob qualquer aspecto, não pode ser admitida pelo direito³.

Enfim, índio é índio onde quer que esteja, com maior ou menor contato com a sociedade não índia. Isso pouco importa. Importa que ele se sinta índio e tenha um sentimento, que deve ser recíproco, de pertença a um grupo indígena.

Essa visão pluralista imposta pela Constituição não mais pode se compatibilizar com o tratamento do índio no campo da inimizabilidade.

² Art. 1o A Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada

Outros elementos da culpabilidade devem ser levados em conta nos processo penais envolvendo indígenas. Em especial, sustentamos que o tratamento se dê no âmbito da inexigibilidade de conduta diversa, elemento da culpabilidade, devendo-se analisar para tanto, através de laudo antropológico, a correlação de valores entre a conduta do índio e os costumes de seu povo.

Contudo, para além dessa questão, para além da discussão sobre aspectos da culpabilidade – que são de fundamental importância, mas cujo tratamento é impossível de ser feito nos limites propostos nesse artigo - importa ressaltar alguns direitos que decorrem objetivamente da simples condição de ser índio, independentemente de qualquer outro aspecto.

Assim, decorre do fato de ser índio – independentemente, repita-se, de qualquer outro fator – o direito previsto no art. 10 da já mencionada Convenção da OIT que determina que, na imposição de sanções a membro de povos indígenas, deva se dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Decorre também do fato de ser índio (além de muitos outros) os direitos de ter a pena atenuada e de cumpri-la em regime de semi-liberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado, conforme dispõe o art. 56 do Estatuto do Índio.

Esses direitos foram, em parte, e pela primeira vez, reconhecidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao julgar o *habeas corpus* nº 0569516-07.2010⁴, concedeu ao índio Pankararé Doriel Santos do Nascimento Silva, em São Paulo havia 3 anos, e condenado em primeira instância por roubo, o direito de permanecer durante o trâmite da apelação (e, por óbvio, se mantida a condenação, de cumprir pena) no órgão federal de assistência aos índios mais próximo de seu povo, em Brejo dos Burgos, região do Médio São Francisco, na Bahia.

O julgamento, realizado no último dia 15 de março, foi assistido por representantes do povo Pankararé que, de calça jeans e cocar, andando pelo centro de São Paulo, lembraram que na aldeia, nas últimas eleições, puderam votar em urna eletrônica.