

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



15
IIDH

Enero - Junio 1992

O DIREITO ENVERGONHADO (O DIREITO E OS ÍNDIOS NO BRASIL)

C. F. Marés de Souza Filho

Procurador Geral do Estado do Paraná. Diretor do Núcleo de Direitos Indígenas, Brasil

Sumario:

- I. Introdução
- II. O direito dos índios
- III. A Manumissão silenciosa
- IV. Os índios e reconhecimento civil
- V. O ardil do código penal de 1940
- VI. A punição a margem da lei
- VII. A lei vigente
- VIII. A ideologia integracionista e a lei

I. Introdução

Nada é mais dramaticamente parecido com a realidade dos direitos dos povos, escravos, índios, camponeses, mulheres e outros segmentos discriminados da sociedade latinoamericana do que o conto de Kafka, "Diante da Ley". Um homem passa a vida inteira diante da porta da Lei

* Trabalho preparado originalmente para o "Encuentro-Taller sobre la Administracion de la Justicia Penal y los Pueblos Indígenas en América" San José, Costa Rica, em 1990, organizado pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Ampliado para publicação em maio de 1992.

esperando para entrar, sempre há um impedimento, uma ressalva, uma proibição momentânea, 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 permanecer aberta.

Assim os oprimidos quando chegam à porta da lei encontram um obstáculo, dificuldade, impedimento ou ameaça, mas o Estado e o Direito continuam afirmando que a porta está aberta, que a lei faz de todos os homens iguais, que as oportunidades, serviços e possibilidades de intervenção do Estado estão sempre presente para todos, de forma isonômica e cega. E a sistemática, usual, crônica injustiça da sociedade é apresentada como exceção, coincidência ou desventura. O Estado e seu Direito não conseguem aceitar 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 Privado, marcado pela hegemonia da propriedade, que se transforma em seu parâmetro e paradigma, é claramente verificável apenas surja o conflito entre indivíduos 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 delinqüente 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 indivíduo 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 Privado é voltado para as

relações jurídicas 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 poucas vezes filha da violência social, intimidando e desestimulando a grande maioria de injustiçados de procurar a justiça por suas próprias mãos, por isso o Direito Penal é voltado para a grande maioria da população, e por ela conhecido como instrumento de intimidação. O Direito Privado 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.

II. O direito dos índios

No Brasil hoje vivem mais de duzentos e cinquenta mil índios distribuídos 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.

Porém, o Estado e seu Direito negam a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos, acreditando que o Direito Estatal seja único e unipresente. O exemplo do Brasil, porém, com a existência destas várias Nações Indígenas com maior ou menor contato com a sociedade brasileira, faz por desmentir aquelas concepções.

As relações de família, propriedade, sucessão, casamento e crime, são, numa sociedade indígena, nitidamente reconhecidas por toda a comunidade, de tal forma que se estabelece um sistema jurídico complexo, com normas e sanções. A variedade de sanções corresponde a importâncias da transgressão e a legitimidade da forma e da sanção não é questionada, porque não deriva de um poder acima da comunidade, mas da própria comunidade que as estabelece no processo social, de acordo com as necessidades do grupo.

É fácil, porque transparente, observar a existência do direito indígena nas regras penais; assim nos relata Alcida Ramos: "Quando uma ação criminosa é consumada, aplica-se, então, a punição correspondente: ostracismo, expulsão ou mesmo morte¹". Não são

1 cfr. Ramos, Alcida Rita. *Sociedades indígenas*. São Paulo, Ed. Atica, 1986.

menos "visíveis" as regras do casamento nas culturas indígenas, a tal ponto de que muitas vezes, se possa afirmar, sem exagêros, que as opções de liberdade individual em relação ao casamento sejam quase nulas.

Por terem um direito próprio e por se organizarem segundo os parâmetros de sua sociedade, conceitos como território e povo e as relações com os brancos ou com outras comunidades são compreendidas e vistas a partir de seus valores culturais que geram normas exigíveis e puníveis. As explicações para os fenômenos do mundo, inclusive a invasão de seus territórios pelos brancos, são dadas pelo seu sistema sócio-cultural, exatamente por isto, é muito diferente a reação de cada povo indígena às invasões ou a existência de estranhos em suas terras.²

A existência de um Direito entre os povos indígenas, e seu reconhecimento, não é uma polêmica recente, mas remonta ao início das invasões européias em território americano. É significativo o fato do frei Bartolomé de Las Casas ter escrito vasta obra em defesa deste princípio e, ainda assim, não ter sido aceito ou entendido. Muito contestado, mas com muita paixão, dizia Las Casas naqueles idos de 1500: "Cualesquiera naciones y pueblos, por infieles que sean, (...) son pueblos libres, y que no reconocen fuera de sí ningún superior, excepto los suyos propios, y este superior o estos superiores tienen la misma plenísima potestad y los mismos derechos del príncipe supremo en sus reinos, que los que ahora posea el emperador en su imperio".³

Os poucos juristas que tratam da História do Direito brasileiro, fazem referências ao direito pré-colombiano, como se as Nações indígenas tivessem existido apenas até o advento do Estado Brasileiro. Esta interpretação etnocêntrica, pressupõe a unicidade do Direito Estatal de tal forma que só admite direitos das sociedades indígenas enquanto não houve Estado, português ou brasileiro, que providenciasse um Direito único com sua fonte exclusiva ou, pelo menos prioritária, a Lei. Em todo caso, nestas análises e estudos, há um marcante desconhecimento e mesmo referências a existência ainda hoje de grupos e nações indígenas, algumas das quais sem praticamente nenhum contato com a sociedade brasileira. A guisa de exemplo, é interessante analisar o livro do Prof. João Bernardino Gonzaga, que, admitindo a existência do Direito em povos não organizados estatalmente, já a partir do título que deu a seu trabalho: "O Direito Penal Indígena à Época do

2 Melatti, Julio Cesar. *Índios do Brasil*. 1 São Paulo, Ed. Huicitec, 1980.

3 cfr.: Las Casas, Bartolomé. *Obra indigenista*. Madrid, Alianza Editoria, 1985.

Descobrimiento do Brasil"⁴, descarta a possibilidade daquelas normas a sanções estarem sendo aplicadas ainda hoje pelos remanescentes indígenas. Além disso a leitura do livro ressalta todo o preconceito da sociedade européia em relação aos povos americanos, são constantes termos como "primitivismo", "estado tosco de organização social", etc. Mas o grande equívoco em relação às análises do Direito Indígena é a tentativa de encontrar traços comuns a todas as Nações, fazendo tábula rasa das profundas diferenças sociais e culturais de cada um dos povos indígenas que viviam e vivem em território brasileiro. João Bernardino Gonzaga faz expressa referência a este fato, afirmando ser muito difícil o estudo do direito penal indígena exatamente porque são "incontáveis os grupos" existentes. Ainda assim se propõem a fixar as idéias comuns a todos eles.

Esta determinação de considerar todos os povos indígenas uma única categoria é uma constante na história das relações dos colonizadores com os povos indígenas, tendo gerado o termo único "índio" em contraposição ao nome de cada uma das nações, a "lingua-geral", pela qual os missionários queriam que todos os povos os entendessem e se entendessem entre si, fruto de uma religião única e universal. A dimensão do preconceito, discriminação e etnocentrismo está clara nesta tentativa de unificar a religião, a língua, a cultura e o direito, negando a diversidade. É evidente a existência de línguas, culturas, religiões e direitos diferentes que até hoje sobrevivem, a duras penas é verdade, na sociedade brasileira. Mas são acima de 170 grupos que praticam essas diferenças e que organizam a sua vida segundo normas jurídicas que nada tem a ver com direito estatal, porque são a expressão de uma sociedade sem Estado, cujas formas de poder são legitimadas por mecanismos diferentes dos formais e legais instâncias do Estado.

O Direito Estatal, porém, não pode admitir que este conjunto de regras que organiza e mantém organizada uma sociedade indígena seja efetivamente Direito e, muito menos, que o Estado o acate, sem abalar sua estrutura de Direito único e fonte única de Direito. Mas, de uma forma envergonhada, a legislação brasileira moderna, repetindo preceitos da Convenção 107⁵ da Organização Internacional do Trabalho,

4 CF.: Gonzaga, João Bernardino. O Direito Penal Indígena à época do descobrimento. São Paulo, Editora Loyola, s ~/d.

5 A Organização Internacional do Trabalho aprovou em 7 de junho de 1989, em Genebra nova Convenção sobre povos indígenas e tribais em países independentes, de nº 169, regulando a relação entre os direitos dos povos indígenas e o direito estatal com o seguinte dispositivo: "Ao aplicar a

respeita os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas nas relações de família, sucessões e negócios entre índios, assim como, aceita nos crimes intra-étnicos a punição da comunidade desde que não seja com pena infamante ou de morte. O Direito Indígena, mesmo nos territórios e na convivência da comunidade, é apenas uma fonte secundária do Direito Estatal, tolerada quando a lei for omissa ou desnecessária.

O Direito de cada uma das nações indígenas, indissoluvelmente ligado às práticas culturais, é o resultado de uma vivência aceita e professada por todos os habitantes igualmente. Ao contrário disso, o Direito estatal brasileiro é fruto de uma sociedade profundamente dividida, onde a dominação de uns pelos outros é o primado principal e o individualismo o marcante traço característico. A distância que medeia o Direito indígena do estatal é a mesma que medeia o coletivismo no individualismo. Daí decorre outra diferença fundamental, o Direito de cada nação indígena é "estável", porque nascido de uma praxis de consenso social, não conhece instância de modificação formal, modifica-se na própria praxis; o Direito estatal, tendo o legislativo como instância formal de modificação, está em constante alteração.

Exatamente esta possibilidade de modificação, esta "instabilidade" do Direito brasileiro é que ganha visibilidade quando o índio se encontra com a sociedade branca e com ela trava os primeiros conhecimentos jurídicos. Esta visão indígena do Direito estatal foi traduzida com poesia e eloquência por Paiaré -parkategê do sul do Pará- por ocasião de discussões sobre a passagem de uma estrada de ferro para transporte de minério da Serra de Carajás, na Amazônia, que deveria cortar, como de fato cortou, o território de seu povo: "A lei é uma invenção. Se a lei não protege o direito dos índios (sobre suas terras), o branco que invente outra lei". Tem razão Paiaré, o Direito estatal é lei, por que lei é sua fonte, sua matriz e sua legitimidade. E a lei é criada -ou inventada- por um grupo de homens, que teoricamente representam toda a sociedade, mas que não raras vezes legislam contra os interesses da Nação. De qualquer forma, numa sociedade dividida e injusta como a nossa, a lei é uma invenção de uns contra os outros. O que Paiaré, na sua arguta

legislação nacional aos povos interessados deverão ser tomados devidamente em consideração seus costumes e seu direito consuetudinário. A Convenção nº 169 está em processo de ratificação pelo sistema jurídico brasileiro.

constatação da realidade, desejava é que ela fosse a invenção de uns a favor de outros.⁶

São raros, como já dissemos, os estudos destas diversas expressões jurídicas e quase todos genéricos e, conseqüentemente, pouco profundos, muitas vezes marcado mais pelo sentimento de "simpatia por uma das raças que contribuíram para a formação do povo brasileiro", como dizia Clóvis Bevilagua,⁷ do que pelo espírito científico.

Por outro lado, a simples existência destes povos, com sua realidade e direito próprios, deixa perplexo o mecânico raciocínio do Direito Estatal, o conceito de sociedade indígena lhe é incompatível: como enquadrar a idéia de território indígena aos limites individualistas dos 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 criaram leis para promover este enquadramento, o Brasil esta 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 conflictos. O Caso do Brasil é exemplar. Actualmente, 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 Judiciario ou se cala ou simplesmente não é obedecido.

E dentro deste quadro, analisando e rastreando historicamente a evolução do direito brasileiro, comparando inclusive com a legislação sobre escravos é que se poderá ter a dimensão das omissões do Estado e de seu Direito em relação a estes povos, e a certeza de que estas omissões e as criações de figuras jurídicas para preencher as lacunas não

6 cfr.: Souza Filho, C.F. Marés de, et alii. *Índios e Negros: no cativeiro da história*. Rio de Janeiro. Col. Seminários. Ed. AJUP, 1988.

7 Bevilagua, Clóvis. *Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista*. in *Criminologia e Direito*. Bahia, Livraria Magalhães, 1896.

são mais de que tentativas de esconder uma realidade da qual a classe dominante, seu Direito e seu Estado se envergonham.

III. A manumissão silenciosa

O estudo das leis brasileiras sobre a escravidão, 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",⁸ 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 Prof^a 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 convivía 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 observância 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 oitocentista. 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 trabalho legislativo, somado a

8 Cunha, Manuela Carneiro da. *Antropologia do Brasil*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1986.

muitos outros que não era pequena nem insipiente a elaboração legislativa do Brasil no século passado, más singularmente omissa em relação à manumissão dos escravos. Do ponto de vista estritamente jurídico a explicação para a ausência desta legislação era o fato de que escravo não era considerado pessoa, isto é, não podia ser sujeito de direitos, posto que era um bem jurídico.

O estudo da Prof^a Manuela Carneiro da Cunha conclui: "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".⁹

Este falacioso pudor que cobriu a legislação oitocentista em relação aos escravos, veio se repetir na primeira metade do século vinte, no Direito Penal, em relação aos índios, como veremos mais adiante.

IV. Os índios 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, especialmente porque a sua defesa não comprometia o proceso produtivo, dos quais os índios não participavam, desde que suas terras, ou a defesa de suas terras, não atrapalhassem a propriedade da terra dos senhores portugueses. 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 vassallos 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 vassallos 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 casarem com índios." (ortografia atualizada)

9 Idem, *ibidem*.

Estava aberto assim o caminho da política integracionista praticada até nossos dias, (rompida, na lei, muito recentemente, com a promulgação da Constituição de 1988), pela qual se oferece aos índios a extrema felicidade de poder ingressar na sociedade que os envolve, oprime, rouba suas terras e mata.

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, raríssimos dispositivos, tratam da pessoa do índio, normalmente se referem a limitações e garantias de direito alheio, como no Alvará acima citado, onde o que está em jogo não é exatamente a pessoa do índio, mas sim a do português 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. E visível, pela leitura dos atos legislativos, que a única preocupação dos colonizadores para com os indígenas era a integração destes na nova sociedade que chegava. O que os índios pensavam, faziam ou queriam fazer, não entrava em cogitação. A existência de outras culturas, outras práticas sociais não era, para nada, levado em conta pela legislação. O Código Criminal do Império, de 1830, é singularmente omissivo e de sua leitura isolada se poderia deduzir da inexistência de índios no Brasil.

Ao contrário de tentar esconder a existência de índios no Brasil, como fazia a envergonhada legislação escravagista, a legislação indigenista apregoava a integração pela razão, pelo medo ou pela força, não omitia a existência de índios, apenas não reconhecia a diferença e propugnava a sua integração, demagógica e mentirosa.

Exemplar é a história de Carta de Lei de 27 de outubro de 1831, que declarou o fim da escravidão indígena e a sujeição dos ex-escravos a uma tutela orfanológica, de caráter civil. Tudo começou em 1808, com uma Carta Régia que declarava guerra aos índios botucudos do Paraná, então província de São Paulo e determinava que os prisioneiros fossem obrigados a servir por 15 anos aos milicianos ou moradores que os apreendessem, abrindo a oportunidade de, 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."

En 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 anos de 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, explicava a Carta Régia, mas de educá-los à convivência da sociedade "doce e pacífica".

Vinte e tres anos depois destas declarações de guerra e escravização simulada, envergonhada, mas efetiva, 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 sob jugo de algum senhor seriam dele 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 cativo, foi declarar-lhes órfãos para que os Juizes respectivos os depositassem onde viessem a ter trabalho ou ofício fabril. A liberdade dos índios, portanto, não significava para aquele momento e aquela lei a possibilidade de voltarem a ser índios, reencontrarem a sua cultura proibida e seus parentes, mas tão somente homens livres capazes de disputar o salário e aprender um ofício, como qualquer homem branco pobre. O sentido da lei, porém, era tão somente declarar órfão os índios que estivessem ainda em cativo por força daquelas declarações de guerra e, por extensão, de qualquer índio em cativo, o que já era proibido, mas seguramente praticado.

Embora fique claro que a Carta de Lei de 27 de outubro de 1831 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. É estranho mas perfeitamente compreensível o raciocínio e a comparação: os índios arrancados 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 pelo 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 1831 não dizia: todos

os índios deveriam ser 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 orfãos (Lei de 27 de outubro de 1831)".¹⁰

Assim, o Direito positivo oitocentista, se bem que autoritário, etnocêntrico e integracionista em relação à população indígena, tratava da questão, omitindo os índios apenas no Código Criminal. Aliás a análise deste Código Criminal é muito reveladora, porque, por um lado mostra uma omissão em relação aos índios, não considera sequer sua "orfandade". Já em relação aos escravos, omitidos totalmente na legislação civil, são tratados na lei criminal. É estranho, mas perfeitamente compreensível dentro do sistema: a lei penal -dedicada integralmente aos marginalizados sociais- não registra referência à mais marginal de todas as populações, os indígenas porque ou estavam fora da sociedade, não lhes alcançando a ação penal o simples revide guerreiro, ou dentro da sociedade e não se diferenciavam dos pobres marginalizados. 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 de norma é a proteção da propriedade de senhor, não a pessoa do apenado.

V. O ardil do código penal de 1940

Quando da elaboração do Código Civil de 1916, o legislador brasileiro resolveu assumir como verdade jurídica aquilo que a lei de 1831 não dissera mas se transformara em ordem legal: a relativa capacidade civil dos índios, sua minoridade, sua orfandade. Com efeito, o Código Civil equipara em seu artigo 6º os silvícolas -assim chama os índios- 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.

10 cf. O Direito, vol. 79, ano 27, Rio de Janeiro, 1899, p. 781.

O Código Civil, minucioso e detalhista em todos os aspetos 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. 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, omite a palavra índio ou silvícola. 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 despercebido 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, congêntas 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".¹¹

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

11 Cfr.: Código Penal Brasileiro. São Paulo, Editora Sugestões Literárias, 1979, p. 32.

retardado'. Sob este título se agrupam não só os deficitários congênitos do desenvolvimento psíquico 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 aquisições éticas do civilizado homo medius que a lei penal declara responsável". (grifos no original).¹² 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" (grifos no original)¹³.

Não se pode dizer que não seja ardiloso o Código Penal brasileiro, ao mesmo tempo que prega uma peça aos estrangeiros (curiosa preocupação ao se elaborar uma lei nacional), que não poderão imaginar a existência de índios 'infestando' a civilização, garantem 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 relação 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. É transparente neste episódio jurídico a idéia etnocêntrica e monista de que o sonho de todo índio é deixar de sê-lo. É presente a incompreensão do direito dos povos indígenas de continuarem a ser índios ainda que em contato longo e até mesmo amistoso com a sociedade branca.

12 cf.: Hungria, Nelson. Comentários ao código penal. vol. I, tomo II, Editora Forense, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1958, p. 336.

13 Idem ibidem, p. 337.

VI. A punição a margem da lei

Curioso é que o Decreto 5.484, de 27 de junho de 1928, de apenas doce 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 de integração que cometessem crimes, seriam recolhidos, mediante requisição do inspetor de índios, a colônias correccionais ou estabelecimentos 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 fechá-lo, e com ele alguns instrumentos de visível opressão, como as prisões indígenas, criando, em 1967, um novo órgão, a FUNAI -Fundação Nacional do Índio- que vinte anos depois já estava tão corrupto e desacreditado quanto o seu antecessor.

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 no 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.

VII. 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 praticados por índios e dos praticados contra os índios. O artigo 56 estabelece que na condenação por infração penal o índio terá sua pena atenuada e 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 de acordo com 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,¹⁴ e o afirma sem maiores explicações, aparentemente com o único propósito de dificultar a sua aplicação.

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 mínima 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 quis dizer isto. Que aquela regalia é um equívoco e não pode ser aplicada. Entretanto, enquanto não se aplicava a lei e se punia por meio de estruturas extra-judiciais, cruéis e desumanas como fazia o antigo SPI, não havia entendimento oficial, doutrinária ou jurisprudencial, discordante, e o Direito se mantinha em um silêncio envergonhado.

Finalmente, o Estatuto do índio tolera -e utiliza esta expressão- a aplicação 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.

VIII. A ideologia integracionista 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 encerra 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.

14 cf.: Falcão, Ismael Marinho. O estatuto do índio comentado, Ed. Senado Federal, Brasília, 1985.

Nos poucos casos que chegaram aos Tribunais Superiores, porém, é pacífica a decisão de não serem aplicadas 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, nos 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 características 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 sinonímia 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 três espécies de índios: isolados -sem contato-; em vias de integração; e integrados -"quanto incorporados a comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos de sua cultura. As três espécies, porém, atendem pelo nome genérico de índios.

Isto equivale a dizer que quando 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 significa "até que sejam integrados". Absolutamente não se refere a isto a lei penal, em nenhum dispositivo, salvo no já derogado Decreto de 1928, que, de resto, praticamente excluía 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 que trata de punição de crimes por eles cometidos não diz que deva ser considerada a diferença entre isolados ou aculturados na aplicação de pena. Ao contrário, deixa claro que os índios -genericamente- 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 a 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 o grupo indígena ao qual aquele indivíduo diz pertencer, e se o grupo o reconhece e o identifica. Em outras palavras, a indagação deveria ser apenas se aquele indivíduo é índio, no conceito da lei.

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 juizes 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 teriam um entendimento incompleto do caráter delituoso, por falta de compreensão das regras sociais e, numa visão que chega ao limite do racismo, 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 Constituição Federal de 1988, reconhece esta diferença, embora não trate da questão criminal. Diz o artigo 231, da Constituição: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, linguas, 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 declaração de princípio, o próprio Estado tem sido o algoz das terras indígenas, dos seus direitos e de sua vida. Já não me refiro ao Estado brasileiro do século passado, ou do Império, que declarava guerra de conquista aos índios, mas ao Estado brasileiro 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, más o intérprete lê como se fosse aplicação da tutela orfanológica, dá tratamento diferenciado na aplicação e execução da pena, e o julgador entende como reconhecimento de inferioridade ética e um estímulo à integração, dá total garantia a suas terras, e a administração pública autoriza invasões e decreta reduções de áreas. Na divergência entre o discurso e prática, entre o Direito e o Processo, a vergonha da sociedade dividida e cruel fica encoberta pela falaciosa marca da injustiça.