

O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE UM DIREITO INDÍGENA SOB UMA PERSPECTIVA PENAL

THE RECOGNITION OF THE EXISTENCE OF AN INDIGENOUS LAW UNDER A CRIMINAL PERSPECTIVE

Gleidy Braga 1

Resumo: Este artigo busca evidenciar a existência de um direito indígena e sua difícil coexistência com o direito brasileiro. Para realizar esta investigação, revisa-se a história dos povos indígenas, utilizando como referencial livros e pesquisas científicas sobre os povos indígenas no Brasil, bem como decisões judiciais e dados secundários disponibilizados pelos órgãos oficiais de governo disponíveis para consulta. O objetivo desta análise é aprofundar o conhecimento sobre como os índios são reconhecidos socialmente e como é aplicado a eles o direito penal, em especial atenção para o momento de execução da pena no sistema penitenciário. Com base nas análises apresentadas podem ser elaboradas políticas públicas de reconhecimento da identidade dos indígenas no âmbito das instituições do Estado brasileiro.

Palavras-chave: Indígenas. Direito. Sistema Penitenciário. Reconhecimento.

Abstract: This article searches evidence of the existence of an indigenous right and their difficult coexistence with Brazilian law. To carry out this research, we review the history of indigenous peoples, using as reference books and scientific research on indigenous peoples in Brazil, as well as judicial decisions and secondary data made available by the official government bodies available for consultation. The purpose of this analysis is to deepen the knowledge about how the Indians are socially recognized and how the criminal law is applied to them, in particular attention to the moment of execution of the sentence in the penitentiary system. Based on the analyzes presented, public policies can be developed recognition of the identity of indigenous people within the framework of the institutions of the Brazilian State

Keywords: Indigenous. Law. Penitentiary System. Recognition

Introdução

No Brasil são poucos os estudos que reconhecem a existência de um direito dos povos indígenas. Para a maioria, o direito em terra brasileiras nasce com o advento do Estado seja ele português, quando o país estava na condição de colônia de Portugal, seja ele brasileiro, pós independência. De acordo com Roberto (2003) o marco temporal da existência de um direito nos remete ao direito trazido pelos colonizadores, que inicialmente se confundia com o direito português, que chegou incorporar elementos locais. Para ele, foi somente com a independência, em 1822, que o direito brasileiro inicia seu próprio curso.

De modo que a maioria dos estudos considera-se, que o direito brasileiro nasce com a lei e desconsidera inexistente um direito construído pelos povos indígenas que aqui já estavam. Tal contexto exigiu, desde o desembarque dos portugueses, uma intensa luta por reconhecimento de sua existência, razão pela qual até os dias atuais ambos caminham em constantes conflitos. Apesar da indiferença, Grupioni (1999), nos mostrava uma resistência dos indígenas pela sobrevivência de sua cultura,

muitos dos grupos indígenas resistiram, elaboraram estratégias de convivência e estão buscando formas menos conflituosas de relacionamento com nossa sociedade. Isto pode ser atestado pela presença de grupos indígenas em quase todos os estados brasileiros (exceto no Piauí e no Rio Grande do Norte), ocupando áreas que correspondem a quase 11 por cento do território nacional. Mesmo assim, uma grande parcela da sociedade brasileira ainda acredita que os índios não têm futuro em nosso país, ou que constituem apenas uma herança cultural, algo do passado. No entanto, pelo menos para alguns setores de nossa sociedade, está se tornando cada vez mais evidente que os índios não só fazem parte de nosso presente, como farão parte de nosso futuro (Grupioni, 2001, p.8).

É sobre esse processo de resistência e de relacionamento com a nossa sociedade que este artigo pretende transcorrer, buscando evidenciar a existência de um direito indígena e sua difícil coexistência com o direito brasileiro. Para realizar esta investigação, revisa-se a história dos povos indígenas, utilizando como referencial livros e pesquisas científicas sobre esta temática, bem como dados secundários disponibilizados pelos órgãos oficiais de governo disponíveis para consulta.

O objetivo desta análise é aprofundar o conhecimento sobre como os índios são reconhecidos socialmente e como é aplicado a eles o direito penal, em especial atenção para o momento de execução da pena no sistema penitenciário. Com base nas análises apresentadas podem ser elaboradas políticas públicas de reconhecimento da identidade dos indígenas no âmbito das instituições do Estado brasileiro

O Direito a Identidade dos Povos Indígenas

Antes de aprofundarmos as discussões sobre o tema, se faz necessário, conforme nos ensina Bourdieu (2002), situar o objeto de pesquisa sob a perspectiva teórica, pois sem o amparo da teoria, não é possível regular um único instrumento ou interpretar uma única leitura. De modo que utilizaremos os estudos de Charles Taylor (2000) sobre identidade para compreender a luta por reconhecimento dos povos indígenas no Brasil.

Isto, porque, Taylor afirma que os conflitos sociais favorecem o reconhecimento da construção da identidade de um indivíduo. Em seus estudos, ele assevera que a identidade é formada de forma monológica, mas sobretudo, de forma dialógica, é no contato com outro, na troca de experiência que formamos a nossa identidade. Nesta perspectiva, para o autor, reconhecer o indivíduo não seria uma liberalidade ou um ato de mera cortesia, pelo contrário, é uma necessidade vital. “Se

esse reconhecimento ou não-reconhecimento ocorrer de forma errada, pode se tornar uma forma de opressão, condicionando alguém numa modalidade de ser falsa, distorcida e redutora” (TAYLOR, 2000, p. 240-241).

Para autor o olhar do outro sobre outro pode devolver um reconhecimento positivo ou negativo sobre sua identidade, e quando esse reconhecimento é negativo, o sujeito passa a experimentar uma vida com sofrimento e um quadro redutor de si mesmo. Mas nesse ambiente de negação de identidade, e conseqüentemente, de direitos, emerge um ambiente favorável para se estabelecer a organização de determinados grupos que lutam para terem acesso a direitos universais mas que também reclamam serem vistos pelas suas especificidades. Nesta perspectiva, podemos afirmar que os povos indígenas, há tempos consideram importante a luta por reconhecimento e pautam as autoridades para que elas confirmem o devido valor ao direito indígena e do próprio índio como sujeito de direito no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988, ao destinar um capítulo específico para tratar exclusivamente dos indígenas é um exemplo importante dessa luta.

Contudo, é mister destacar, que nem sempre foi assim, os colonizadores inicialmente estabeleceram com os indígenas uma relação amigável, principalmente visando a proteção do território de outros possíveis invasores, mas essa harmonia durou pouco tempo, logo eles foram submetidos a escravidão para garantir os lucros da coroa portuguesa. Como parte da estratégia de subjugação, os índios foram submetidos a fé cristã, sob o discurso de que eles eram seres inferiores e que precisavam de ser catequisados, o que significava na prática abrir mão de suas crenças e valores e, ao mesmo tempo abdicarem de suas normas e passarem a reconhecer e respeitar somente a legislação portuguesa.

Todavia, esse processo não obteve êxito na sua totalidade haja vista que os índios resistiram a interferência dos portugueses na sua forma de organização social. Como veremos a seguir, os povos indígenas apesar da aproximação do homem branco, manteve ao longo da história sua luta pelo reconhecimento do homem indígena, nativo do território brasileiro e que possuía um direito indigenista autônomo e independente.

Os Indígenas no Desenvolvimento Histórico da Sociedade Brasileira

Melatti (1983), em seus estudos apontam que os humanos já habitam as terras brasileiras há quase 12 mil anos. Isto porque foi encontrado um crânio de uma mulher pertencente a coleção do Museu Nacional, oriundo de Lagoa Santa, Minas Gerais, com características morfológicas que possui certa semelhança com dos indígenas atuais. De modo, que os esqueletos encontrados demonstram uma transição dos períodos geológico conhecido como Pleistoceno para o Holoceno, que se inicia com o recuo definitivo da última era glaciação. Mas é, segundo o autor, no período arcaico que a maior parte de vestígios são encontrados, este perdurou desde 10 mil a.c até a consolidação da agricultura, baseada na produção de tubérculos e raízes, e a confecção de utensílios de cerâmica por parte dos indígenas históricos. A existência desses objetos designou o surgimento de um novo período conhecido como Cerâmico.

Assim, graças aos inúmeros estudos, sobretudo os antropológicos, é possível inferir que os indígenas, pertence a este continente bem antes que homem europeu, que aqui só chegou no ano de 1500, por meio das caravelas de Pedro Álvares de Cabral. E é sob perspectiva dos portugueses, que se deduz que aqui encontraram índios não civilizados e ainda praticando um direito penal com base no período conhecido como vingança privada.

Para Ferreira (2000) as práticas penais privativas não guardava nenhuma medida com a pessoa do criminoso ou com o crime por ele cometido. Isto é, o criminoso não arcava sozinho pela pena, esta poderia alcançar também a sua família ou sua tribo inteiramente. O jurista Guilherme Nucci define esse estágio como sendo uma época em que os portugueses

encontraram a terra habitada por índios, que não possuíam um direito penal organizado e muito menos civilizado, aplicando se penas aleatórias, inspiradas na vingança privada, além de se estabelecer, casualmente, algumas formas de composição. Muitas penalidades eram cruéis, implicando tortura, morte e banimento (NUCCI, 2015, p. 17).

Certamente, propagar que os índios não eram civilizados, favoreceu a exploração do território brasileiro como colônia de Portugal já que havia uma justificativa plausível para integrar socialmente um povo encontrado considerado inferior. Desta forma, os portugueses apostaram inicialmente numa colonização sem guerras e baseada na miscigenação. Nas palavras de Cavalcante (2001),

A colonização ocorreu sem conflitos militares. Os portugueses romperam os limites do Tratado de Tordesilhas (1494), o qual delimitava as fronteiras portuguesas em relação às possessões espanholas, e os bandeirantes alargaram as fronteiras do país. Os bandeirantes desbravavam o sertão e casavam-se com mulheres indígenas. Mesclavam o sangue e formava uma nova cultura, mestiça, diversa da europeia.

[...]

Ao lado da miscigenação, porém, ocorriam as violências as inerentes a todo processo de conquista: Os homens portugueses caçavam os índios (os nativos) com a finalidade de pô-los a seu serviço, matavam e saqueavam as aldeias. Economicamente, os portugueses, nos primeiros séculos, viram florescer no Brasil a mais rica colônia de Portugal, capaz de fornecer ouro, açúcar, madeira e café da melhor qualidade ao mundo todo pelo comercio marítimo (CAVALCANTE, 2001, p.15).

Todavia com o tempo fica claro que na verdade Portugal desejava ampliar suas atividades mercadológica e para garantir a segurança da colônia implantou inicialmente o direito de punir sombrio, que conforme afirma Freire (2017), tinha como o objetivo principal assegurar o domínio territorial e controle da população nativa. As Ordenações Manuelinas (1514-1521) eram o código legal adotado inicialmente no Brasil, substituído posteriormente pelas Ordenações Filipinas (1603). Assim, no que tange ao direito de punir, os indígenas, se não fosse úteis como trabalhadores escravizados ou como combatentes de guerra, eram visto pelo homem branco como inimigos a serem combatidos. Segundo Darcy Ribeiro de início,

o índio era considerado um trabalhador ideal para transportar cargas ou pessoas por terras e por águas, para o cultivo de gêneros e o preparo de alimento, para a caça e a pesca. Seu papel foi também preponderante nas guerras contra outros índios e contra os negros fugitivos (quilombolas). (RIBEIRO, 1995, p. 99).

O autor continua sua pesquisa e destaca a lei da escravidão voluntária dos índios, que só poderiam ser vendidos a si mesmos em caso de extrema necessidade, sendo que todos os casos deveriam ser obrigatoriamente submetidos a autoridade para exame. Afirma também que a coroa de Portugal começou a se preocupar com a escravização da população indígena a partir de 1570,

mas, mesmo assim, ela perdurou por mais três séculos.

Os atos administrativos que regiam a escravidão dos índios são igualmente um vai-e-vem de engodos e chicanas que, parecendo proibir o cativo, de fato o instituíam e consolidavam. O índio podia ser legalmente escravizado, quando aprisionado numa “guerra justa”, ou porque obtido num justo resgate; ou porque capturado num ataque autorizado, ou porque libertado do cativo de alguma tribo que ameaçava devorá-lo; ou ainda porque compunha um lote de que se pagara o quinto ao governo local (RIBEIRO, 1995, p. 101).

Entretanto, é importante mencionar, que antes do controle realizada por meio da escravidão da população nativa, havia de acordo com Freitas (2006) uma relação amistosa baseada na troca do pau-brasil e assim com de outros objetos pertencentes aos indígenas marcaram os primeiros contatos. Uma relação amigável por parte dos portugueses tinha como estratégia evitar a aliança dos nativos com nações estrangeiras que ameaçavam o domínio português. Todavia, o marco inicial da escravidão indígena ocorre com a implementação das unidades produtivas de açúcar no litoral brasileiro, e a crescente demanda de mão-de-obra tornou-se fator limitante para o desenvolvimento da Colônia, fazendo com que o homem branco se utilizasse inicialmente da mão de obra escrava indígena.

No entanto, não houve uma submissão a escravidão sem resistência, e assim, estabeleceu vários conflitos violentos entre eles e os portugueses. Figueiredo (2005) relata acontecimentos de resistência ao narrar uma revolta generalizada de nativos escravizados, que explodiu em 1567, no recôncavo da Bahia, em terra em que muitos engenhos de açúcar se instalaram. Contra os proprietários das fazendas, com flechas e bordunas, os índios comandaram fugas em massa das plantações. Situações como essa perduram no século seguinte.

O autor apresenta um outro conflito que aconteceu a partir de 1680, na região do Rio Grande do Norte e Ceará para a conquista de terras destinadas a criação de gados e plantações. Houve uma conflagração generalizada entre os colonizadores e os nativos, especialmente os índios dos janduais,

Os conflitos nasciam de pequenos desentendimentos entre os colonos e nativos, que geravam ataques aos criadores. A ferocidade dos janduais era extrema, causando a morte de mais de 100 pessoas e destruindo milhares de cabeça de gado. Conforme as análises de Pedro Pintoni, esses grupos nativos sentiam-se ameaçados de escravidão iminente por seu apoio aos holandeses durante a ocupação do Nordeste (1630 a 1954) (FIGUEIREDO, 2005, p.29)

Com dificuldades em escravizar a mão de obra indígena e manter o ritmo da produção da colônia, Portugal resolveu traficar negros do continente africano. Segundo Barbosa (2017), não se tem certeza de quando os primeiros negros chegaram ao Brasil, mas existem registros datados de 1533, 1538 e 1559. Essas pessoas eram trazidas em navios negreiros de forma precária, em condições desumanas e miseráveis. Muitos morriam durante a travessia do oceano atlântico, mas aqueles que sobreviviam eram submetidos a escravidão, fazendo tudo conforme determinação dos colonizadores, sob pena de serem castigados violentamente.

Com a chegada dos negros, os portugueses voltavam sua atenção a nova mão obra escrava, que foi trazida forçadamente do continente africano para trabalhar na colônia, principalmente após a descoberta do ouro. Para tanto, o Brasil passou adotar um conjunto de práticas comuns

e dispositivos legais, denominado Ordenações Filipinas (1603). Conforme argumenta Freire (2017), com a dispersão e circulação dos escravos no território brasileiro, muitos aproveitavam a oportunidade para fugir e se fixarem em alguns lugares, conhecidos como quilombos. Tal contexto, fez com que os jesuítas estabelecessem por meio de manuais reguladores a forma como deveria se dar o direito de punir dos senhores em relação aos escravos, que se baseava,

“no sustento material e espiritual dos escravos, que deveriam ser doutrinados, alimentados, vestidos e curados, bem como castigados, por meio de uma pedagogia de açoites, ferro e grilhões aplicado conforme o merecimento” (FREIRE APUD SOLAZZI, 2017, p.188).

Neste sentido, apesar de destinar uma atenção especial para a manutenção do controle da população negra escravizada, os colonizadores também buscavam controlar a população indígena, para que não houvesse prejuízos as suas atividades econômicas. Contudo, segundo Ribeiro (1995), o índio escravo por ser mais barato que o escravo negro, não deixou de ser escravizado, porém era considerado escravo dos pobres, numa sociedade em que os europeus deixaram de fazer qualquer trabalho manual.

Castro e Campos (2016), ao analisar a formação socioeconômica da Amazônia, sintetiza esse contexto do Brasil Colonial, ao afirmar que os colonizadores deram um passo decisivo no processo político que envolvia o domínio e a garantia das possessões coloniais com a chegada das primeiras forças militares e de instituições religiosas, que navegaram no rio Amazonas e seus afluentes no século XVI até a fundação de Belém, capital do Pará. Foram vários séculos de ocupação territorial não pacífica, mas também de alianças entre os europeus e os povos indígenas.

marcada por relações de dominação, de violência, conflitos, disputas e também de alianças entre os colonizados europeus e os povos indígenas. Houve também alianças e conflitos destes, com os povos africanos, arrancados de seus territórios pelas estruturas mercantis da escravidão. A lógica era a mesma moldada nas estruturas mercantis da escravidão, no eurocentrismo e no evolucionismo, e empreendida em territórios distantes no continente africano. Frente às tensões próprias das relações entre povos, e suas trajetórias na Europa, no contexto das lutas promovidas pelo capitalismo mercantil, vários países disputavam a conquista de territórios nas Américas – portugueses, ingleses, irlandeses, holandeses, franceses e espanhóis. Lutas, portanto, que se davam na esfera colonial, no ocidente, entre países com maior domínio tecnológico da navegação e do comércio ultramarino, eram os que disputavam os territórios distantes desde o século XV, com histórias de guerras pelo domínio de territórios mercantis concorrentes, no contexto do desenvolvimento do capitalismo mercantil e industrial. Os impactos dessa racionalidade sobre os povos originais foram devastadores (GONDIM, 2007; OLIVEIRA, 2004) (Castro e Campos, 2016, p.18)

Os autores continuam o estudo argumentando que os indígenas foram deslocando-se no imenso território que hoje é a Amazônia, em função das estratégias e práticas do empreendimento colonial que incluía guerras, fugas para outros territórios ou pelos descimentos, reduções, catequese e escravidão. Todo esse processo, faz parte do movimento de expansão colonial e o deslocamento dos portugueses, a formação de milícias, a construção de fortificações e também as alianças celebradas com os próprios povos indígenas.

Em relação ao Tocantins, que também está inserido na Amazônia legal, pode-se afirmar que o Estado também vivenciou momentos de conflitos entre os grupos indígenas e os exploradores.

Para Rodrigues e Oliveira (2015), foi a descoberta do ouro no sudeste tocantinense, que deu início o processo de exploração econômica na região. Imbuídos de explorar as riquezas da colônia e enriquecer a coroa de Portugal, os aventureiros, não respeitaram a população nativa, e traçavam rotas que saíam da Capitania de São Paulo e levavam até as lavras da região. De início os indígenas foram empregados como escravos nas minas recém descobertas, mas com a baixa produtividade logo foram substituído pela mão de obra escrava de origem africana. Desta forma, os índios passam a ser protegidos pelos missionários, se mantendo à margem da atividade mineradora.

Assim, não havia no Brasil Colônia o reconhecimento por parte do homem branco da cultura indígena como fonte do seu direito e, muito menos, a remota possibilidade de coexistir com as normas implantadas e trazidas de Portugal. De modo que, se para os índios lutar significava impedir que os colonizadores o fizessem de escravos, violando diversos direitos, sobretudo o direito à liberdade e ao território, para os colonizadores fazia parte da estratégia ocupar território, e, conseqüentemente, garantir que a colônia continuasse a dar lucros aos portugueses. Desta forma, os delitos praticados pelos indígenas ganhavam um contorno religioso ao serem na maioria das vezes considerados dogmas sob o qual o Estado, com respaldo da igreja católica, deveria agir para conter os ditos criminosos. Para tanto, um conjunto de leis esparsas foram editadas para permitir que os Jesuítas e a Igreja Católica, se ocupasse das questões relacionadas aos índios, entre quais o pesquisador Bagolin, segundo os estudos de Schiavini (2008), destaca,

As leis de 15.3.1624/08.06.1625 e 5.9.1649 regulamentaram a administração das aldeias, o tempo e a taxa de serviço dos índios. Após a Lei de 1ª de abril, na qual se concedeu a liberdade aos indígenas, exceto aos já escravos, os franciscanos também passaram a ser responsáveis pela educação e catequização indígenas (SCHIAVINI APUD BAGOLIN, 2009, P190).

O autor menciona também o Alvará de 3 de maio de 1757 ou Diretório de Pombal, que representa o ultimo ordenamento português (coroa) sobre os índios.

Retira os poderes espirituais e temporais dos jesuítas. Concede liberdade para todos os índios. Favorece a entrada de não-índios nas aldeias, incentiva os casamentos mistos, cria vilas e lugares (povoados) de índios e brancos. Nomeia diretores leigos. Promove a produção agrícola e cria impostos. Manda demarcar áreas para os índios. Proíbe o ensino das línguas indígenas e torna obrigatório o português (BAGOLIN, 2009, p.20)

Apesar de apresentar avanços quanto ao respeito aos rituais indígenas e conceder liberdade aos indígenas, percebe-se claramente que o Alvará também buscava enfraquecer ou até mesmo destruir a cultura indígena, e, conseqüentemente, a sua identidade. Os colonizadores incentivam o casamento misto, povoados formados por índios e brancos e os forçavam a falar português ao passo que proibia o uso de qualquer língua indígena. Tal proibição de uso da língua materna significava abrir mão de uma das maiores marca de definição de identidade de um povo (Paula, 2017, AMIDE,2008, Valente, 2007). Neste sentido, não resta dúvida que o homem branco queria impor sua cultura, impondo a decretação do fim de uma outra, eliminando seus valores e costumes, como uma estratégia para desconsiderar a existência de um direito indígena, eliminando assim qualquer possibilidade dele ser fonte do direito brasileiro.

As pesquisadoras Circe Bittencourt e Adriane Silva (2002) argumenta que catequizar, civilizar, integrar e preservar eram práticas de educadores letrados a serviço da Igreja, do Estado nacional, monarquista ou republicano e, finalmente, da ciência. Trata-se de “agentes cujas ações educativas foram e parecem ser ainda motivadas pela crença na inevitabilidade da passagem do estado de barbárie para o de civilização e no desaparecimento das populações indígenas [Bittencourt e Silva,

2002, pp. 75-76].

Entretanto a partir de 1821, ocorreu uma mudança significativa na história do Brasil, a colônia, sob a liderança de Dom Pedro II declarou sua independência de Portugal. E com um certo grau de independência começa a organizar as instituições do país, e, conseqüentemente, seu próprio ordenamento jurídico, passando a partir de 1824, a ser regida por uma Constituição. Todavia, segundo, Wittmann (2015) o documento sequer mencionava os indígenas. Garcia (2013), justifica a ausência da menção dos indígenas na carta magna como uma herança recebida do Brasil colônia que também era silente sobre os índios, havendo conforme mencionado anteriormente leis esparsas focadas no controle da população nativa e na destruição ou enfraquecimento de sua cultura. É como se eles não existissem ou não merecessem nenhuma atenção para alcançar a importância de estarem no documento jurídico de maior relevância do novo Brasil que começava sob o regime imperial.

Assim, durante o império, as normas que tratavam especificamente dos indígenas era pobre e pulverizada em várias instâncias legislativas. Destaca-se porém, de acordo com as contribuições de José Bonifácio, considerado o patrono da independência do Brasil, a libertação dos índios da servidão em 1831, pois, antes disso, os índios capturados em guerra justa, poderiam, segundo as Cartas Régias de 1808 e 1809, serem feitos de servo por um período de 15 anos, sendo os soldados recompensados com a doação de terras.

No âmbito das políticas públicas, em 1845 o governo estabeleceu um conjunto de ações instituídas por meio do Decreto n.426 de 24 de julho, intitulado “o regulamento acerca das missões de catequeses e civilização dos índios”, cujo objetivo estava centrado na ocupação das terras e o bom comportamento dos indígenas. Cabia ao Diretor Geral de índios de cada província, servidor nomeado pelo Imperador, lhe manter informado sobre esses e outros assuntos, conforme vimos disposto no art.1, § 37 do referido diploma,

§ 37. Apresentar todos anos ao Governo Imperial o Orçamento da receita e despesa das Aldeias, e um Relatório circunstanciado do seu estado em população, instrução, e indústria, com exposição miúda da execução das disposições deste Regulamento; exigindo dos Diretores das Aldeias outros iguais, que o habilitem a esclarecer o Governo sobre os progressos, ou decadência das mesmas, e as causas, que para isso tem concorrido; e apontando as providencias, que convenha ser adotadas

Contudo, explica Garcia (idem) que apesar de serem criados cargos de ocupação de servidores públicos para administrarem assuntos relativos aos povos indígenas, na prática, quem se ocupava no atendimento as demandas dos índios continuava a ser a instituição Igreja Católica.

O império assim como o período colonial chegou ao fim e deu lugar a República brasileira. Segundo Ribeiro (1995), a queda do regime anterior aconteceu em função da abolição da escravatura da população negra em 1888. Entretanto, os fazendeiros detentores do poder e pertencentes a classe dominante a época, rapidamente e de forma eficaz recrutaram imigrantes importados da Europa, substituindo assim a mão de obra escrava.

Neste período o ideal da república era baseado em constituir um território nacional, que segundo Guimarães (2011), passava pelas novas construções de linhas telegráficas que dariam forma a um sistema de comunicação estatal mais eficiente, sendo necessário também a construção de uma infra-estrutura que viabilizasse o funcionamento adequado de um sistema de comunicações interestaduais, e, conseqüentemente, um processo de colonização e povoamento, como formas de fortalecer a ideia de estado nacional e ao mesmo tempo proteger as fronteiras territoriais. Neste universo se encontra os índios estabelecidos em diversos territórios, que na definição do autor,

ao estudar os índios de Mato Grosso e ação do governo republicano, os denominou de territórios étnicos, já que na sua visão não era prudente referir-se a terras habitadas por índios como territórios, pois grande parte destas não eram sequer reconhecidas e legalizadas ou legitimada no aspecto jurídico.

A idéia de “territórios étnicos” deve ser entendida enquanto uma construção intelectual-científica que designa espaços territoriais definidos pelos próprios grupos indígenas, portanto, distintos dos territórios locais forjados e delimitados pelo Estado. Esta é uma construção interpretativa dos historiadores, visto que o termo “indigenista” não corresponde à maneira pela qual os agentes estatais compreendiam suas ações na época.

As sociedades indígenas construíam em seus próprios parâmetros culturais e de percepção geográfica as marcas referenciais que estabeleciam os limites de suas territorialidades em relação às terras ocupadas por indígenas de outras etnias: os Paresí respeitavam os limites de seu território étnico a fim de evitar o confronto com grupos da etnia Nambikwara, com os quais mantinham aceras rivalidades e relações sociais de guerra (GUIMARAES, 2011, p.5).

Neste contexto, o Estado nacional institui em 1910, o Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPI/ITN), que teve como seu primeiro dirigente o Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon, cuja a principal missão era estabelecer um novo poder estatizado a ser exercido sobre populações indígenas e territórios, voltado para assegurar o controle legal sobre esses povos e para afastar a Igreja Católica da catequese indígena, de modo a conseguir atingir um preceito importante da república que era a separação Igreja-Estado. De acordo com Gomes,

O SPI foi produto do positivismo e do liberalismo, embora motivado pela emoção nacional. Em nenhum momento chegou a renovar as propostas do Apostolado Positivista para os índios, nem os tratou como nações soberanas. Via o índio como um ser digno de conviver na comunhão nacional, embora inferior culturalmente. Era dever do Estado dar-lhe condições de evoluir lentamente a um estágio superior, para daí se integrar à nação (GOMES, 1991, p. 85).

Entretanto, na década de 1960, devido as acusações de genocídio de índios, corrupção e ineficiência administrativa fizeram com que fosse extinto a SPI. E já sob regime militar ditatorial, surge a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), em 1967. Apesar disso, o processo de tutela do Estado sobre os índios continua a considerar as mesmas as mesmas diretrizes da SPI, “o respeito à pessoa do índio e às instituições e comunidades tribais associado à ‘aculturação espontânea do índio’ e à promoção da educação de base apropriada do índio visando sua progressiva integração na sociedade nacional” (OLIVEIRA; FREIRE apud, 2006 RESENDE P. 16).

Na mesma direção em 1973 o país aprova o Estatuto do Índio, tendo a União poderes de tutela sobre os indígenas exercido por meio da FUNAI, (art. 7, §2 da Lei 6.001/1973). De acordo com Feijó (2015), esse o Estado brasileiro acredita que no paradigma da assimilação cultural, compreendendo que a condição de índio era algo transitório, portanto, fadado à extinção, já que todo silvícola, tinha como destino a integração na sociedade considera evolvente, deixando, de ser índio. Ocorre, que estamos em 2019, e apesar de constantemente atacados em seus direitos, os índios continuam a resistir e lutam pelo reconhecimento da sua cultura. Certamente, a introdução de um capítulo específico na Constituição Cidadã de 1988, foi um marco importante, porque finalmente os índios

passam a ter a sua cultura reconhecida e o Estado deixa de tutelar para respeitar, a medida de reconhece, os direitos indígenas.

Esse quadro somente viria a se modificar com a Constituição Federal de 1988 que, inspirada em valores pluralistas e multiculturais, reformulou a política indigenista nacional ao mesmo tempo em que estruturou um sólido sistema de proteção à diversidade cultural do País, garantindo às comunidades tradicionais que contribuíram, e ainda contribuem, para a formação da identidade do povo brasileiro, o direito à perpetuar suas tradições e costumes seculares. O índio, a partir de 1988, obteve o direito constitucional a ser índio, a reproduzir seu estilo de vida tradicional, o que acarretou mudanças profundas no tratamento jurídico da questão indígena no Brasil (FIEJO, 2015, p.2)

A constituição de 1988 é uma ruptura com o modelo anterior, pois antes dela, toda legislação vigente fomentava a construção de uma agenda de políticas públicas que tinha como base tão somente a tutela dos povos indígenas e não os reconhecia como sujeitos de direitos. Com a nova Carta Magna há o reconhecimento da diversidade cultural da formação do povo brasileiro, na qual os povos indígenas fazem parte, inclusive bem antes da chegada dos portugueses que aqui se instalaram para explorar e escravizar os nativos e aqueles que foram trazidos forçadamente do continente africano.

Até aqui vimos que considerar os índios como seres bárbaros e que precisavam serem catequizados pela fé cristã para salvar sua alma, foi na verdade uma estratégia do homem branco para aumentar a extração da riqueza das terras brasileiras. Para isso, ignorar e desconsiderar as normas costumeiras dos povos indígenas justificativa a opção por implantar o regime de escravidão, impondo o trabalho forçado não somente aos indígenas mas também, e, principalmente, aos negros. Aqueles que não se sujeitavam as normas portuguesas e tentavam fugir ou enfrentá-las, quando capturados, pagavam com a dor provocada ao seu próprio corpo quando não eram mortos.

Com tempo, um conjunto de leis esparsas foram surgindo e os índios passam a ser tutelados pelo Estado até serem reconhecidos como sujeitos de direitos pela Constituição Federal de 1988, sendo definitivamente reconhecidos pela sociedade brasileira. Todavia, na atualidade, o reconhecimento por si não tem o condão de resolver todos problemas que acometem os povos indígenas. Neste universo, veremos a seguir, a luz do Estatuto do Índio, a Constituição Federal e a jurisprudência dos tribunais, a responsabilidade penal do indígena e seu, possível ingresso no sistema penitenciário.

Reconhecimento do Direito Indígena Frente a Responsabilidade Penal

Como vimos a luz das normas vigentes, principalmente antes da Constituição de 1988, os índios não eram considerados sujeitos de direitos. De início, os exploradores na ânsia de obter o maior lucro possível com a Colônia, não hesitaram e cometeram atrocidades contra os povos indígenas. A eles impuseram uma política de assimilação de sua cultura, como forma de extinguir a cultura indígena.

Durante o período colonial e imperial Foram severamente penalizados com aplicação de castigos e com a pena de morte. Massacres foram cometidos e tribos inteiras foram sacrificadas, isto porque, eles não aceitavam ser escravizados e, muito menos, serem despojados dos seus próprios territórios. No Brasil só efetivamente passou a mudar sua compreensão sobre os indígenas, reconhecendo a existência de seu direito, a partir do século XX, quando passou a vigorar o do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73) e, mais tarde, a Constituição Federal de 1988.

Com base no Estatuto do índio, algumas mudanças merecem ser destrinchadas, tais como reconhecimento do que é ser indígena no país, bem como a observância que deve ter o Estado brasileiro quando da aplicação da pena. De acordo com a definição legal do que é ser índio ou silvícola, o art. 3º afirma que “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.”

Em relação a aplicação da pena pelo julgador, o art. 57 menciona que “será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros. Todavia, veta o caráter cruel ou infamante, além de proibir em qualquer caso a pena de morte. De modo que além de reconhecer a existência de um direito de punir dos indígenas, também traz implícita a vedação à punição dupla, chamada de bis in idem.

Mais tarde o Estado brasileiro consolida esse entendimento ao preceituar no artigo 231 da Constituição Federal de 1988, que aos índios são reconhecidos sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Em outras palavras, o Brasil, abre uma exceção, do monopólio do Estado de punir, ao elevar o reconhecimento formal constitucional a existência de um direito consuetudinário dos povos indígenas, que deve prevalecer sobre o direito formal brasileiro, desde que ele não seja cruel e infamante.

Assim também estabelece a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, cujo o Brasil é signatário ao estatuir nos artigos art. 9º ao 11, que deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros, desde que sejam compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

No Brasil, temos um caso em questão no Poder Judiciário que ganhou repercussão pelo seu ineditismo por ter sido reconhecido os direitos culturais dos indígenas quando um de seus membros comete crime, bem como a forma como este é punido. No Julgado da Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0 – BONFIM/RR (BRASIL, 2015), a corte criminal afastou a possibilidade de condenação penal de índio pelo Estado Brasileiro já que ele havia sido punido por sua comunidade. O crime ocorrera no dia 20 de junho de 2009, na comunidade indígena Manoá –Pium, na Reserva Raposa Serra da Lua do Município de Bonfim no Estado de Roraima. Na ocasião, o indígena Denilson assassinou o seu irmão, o indígena Alnaderson, a facadas, sob os efeitos de bebida alcoólica. A comunidade, o órgão julgador indígena, decidiu puni-lo com o seu afastamento das terras da tribo e enviá-lo à Região da tribo Wai Wai por 5 anos, podendo haver redução do prazo desde que ele demonstre bom comportamento. Aplicou ainda, o dever de obedecer as regras da nova aldeia, incluindo participar do trabalho comunitário e das reuniões e eventos organizados, bem como não comercializar peixe ou qualquer outra coisa sem autorização dos líderes da comunidade. Finalmente, foi punido a trabalhar na terra que lhe fosse designada e aprender a cultura e a língua Wai Wai (LOPES e UCHOA, 2018, p. 9).

Vejamos a síntese das argumentações utilizadas pelo desembargador para negar provimento ao pedido de Apelação do Ministério Público Estadual de Roraima.

Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos pelo art. 231 da Constituição, e desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, que deva penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado.

- A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indica clara situação de ofensa ao princípio non bis in idem.

- O debate passa a ser de direitos humanos quando se têm em conta não apenas direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos,

todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte. - Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração do seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto com status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF. - Se até países como os Estados Unidos e a Austrália, que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do jus puniendi de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil.

- Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida.

- Apelo desprovido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0, em que são partes as acima indicadas, decide a Turma Criminal da Câmara Única do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, conhecer e negar provimento ao apelo, nos termos do Voto do Relator.

Outro exemplo interessante é apresentado pelo Procurador da República, Paulo Thadeu Gomes da Silva (2011), em seu artigo sobre Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo. Trata-se da Ação de Reintegração de Posse n 2005.70120005372, Justiça Federal de Pato Branco, PR, com destaque para o conflito aparente de normas entre o direito indígenas Kaingang e o direito brasileiro. Em julgamento da tribo o ex-cacique e sua família foram punidos com a pena de banimento, acontece que a Constituição proíbe expressamente em seu artigo 5, XLVII, alínea d, a aplicação dessa penalidade. Todavia, da análise e compreensão do caso chegou-se à conclusão que não se tratava de pena de banimento, uma vez que essa só ocorre nos limites territoriais do país, o que não ocorrera no caso em questão já que a própria comunidade pode revisar a sentença, além de ser negociada com caciques de outras áreas para que recebam os “banidos” em condições adequadas de vida.

“Na execução dessa tarefa pode ser citado como exemplo o caso dos *Kaingang*, na cidade de Pato Branco, no Estado do Paraná, cuja liderança aplicou a pena de banimento/transferência a um ex-cacique e membros de sua parentela mais próxima daquela sociedade indígena. O caso consistiu, em síntese, na desastrosa gestão do ex-cacique frente à comunidade respectiva, tendo praticado atos contrários àquela sociedade, tais como venda de bens coletivos representados por gado e compra de carros velhos. A Assembleia da área indígena decidiu por transferir todos da família para outras áreas, decisão essa que foi roborada pelo Conselho de Caciques da Região de Chapecó; contra essa decisão foi protocolada ação de reintegração de posse junto à jurisdição oficial. Na análise e conclusão da Antropóloga responsável, Elaine de Amorim Carreira, destacou-se que a autoridade indígena da área é soberana e que sua decisão deve ser respeitada, pois está respaldada pela tradição dos antigos e pelo consenso da comunidade (SILVA, 2008, p.34)

Em síntese, existe o entendimento jurisprudência dos magistrados que os casos apresentados ocorreram no território original dos índios, ou seja na jurisdição territorial do direito

indígena. Julgá-los novamente sob a égide das normas brasileiras seria puni-los duplamente, além de desrespeitar preceitos constitucionais quanto o reconhecimento de sua cultura. Entretanto, existe uma diferenciação dos indígenas que já se encontram totalmente integrados em sociedade. Neste caso, qualquer ato delituoso praticado pelo indígena, seguirá as mesmas observâncias do Código Penal de 1940, tendo o julgador a obrigação de analisar sua capacidade civil, já que o artigo 4º do Código Civil, parágrafo único, ainda não foi regulamentado por legislação especial. Desta maneira, da análise do caso concreto é fundamental observar o que aduz o art. 4 do Estatuto do Índio, que os considera,

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

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

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura (ESTATUTO DOS ÍNDIOS, LEI 6.001/73).

Assim, os tribunais brasileiros reconhecem que os índios podem ser iniputáveis, quando isolados, semi-iniputáveis, quando em vias de integração e imputáveis quando totalmente integrados à comunhão social. Neste último caso eles respondem criminalmente, não devendo ser aplicável o art. 56, que estabelece no caso de condenação de índio por infração penal, que na dosimetria da pena deve o magistrado deve atenuá-la bem como atender também ao grau de integração do silvícola.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE INCÊNDIO. INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE BRASILEIRA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DO ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE. 1. Este Tribunal Superior possui entendimento firmado de que o art. 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/76 (Estatuto do Índio), a embasar a pretensão de atenuação da reprimenda, somente se destina à proteção do silvícola não integrado à comunhão nacional; ou seja, esse dispositivo legal não pode ser aplicado em favor do indígena já adaptado à sociedade brasileira. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1361948 PE 2013/0014632-7, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 10/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/09/2013)

Crime Praticado por Indígena e Laudo Antropológico

Inexiste razão para a realização de exames psicológico ou antropológico se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre a imputabilidade de

indígena, sujeitando-o às normas do art. 26 e parágrafo único do CP. Com base nesse entendimento, a Turma deferiu, em parte, habeas corpus impetrado em favor de índio Guajajara condenado, por juízo federal, pela prática dos crimes previstos nos artigos 12, caput, e § 1º, II e 14 da Lei 6.368/76 e art. 10 da Lei 9.437/97. Pleiteava-se, de forma alternativa, a anulação do processo, ab initio, a fim de que se realizasse o exame antropológico ou a atenuação da pena (Lei 6.001/73, art. 56, parágrafo único), assim como para garantir seu cumprimento no regime semi-aberto em local próximo da habitação do paciente. **Tendo em conta que a sentença afirmara a incorporação do paciente à sociedade, considerou-se que ele seria plenamente imputável e que o laudo pericial para a comprovação de seu nível de integração poderia ser dispensado. Asseverou-se que o grau de escolaridade, a fluência na língua portuguesa, o nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros, foram suficientes para formar a convicção judicial de que o paciente seria inteiramente capaz de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. HC 85198/MA, rel. Min. Eros Grau, 17.11.2005. (HC-85198)**

Neste sentido, os índios integrados, nos termos do art.4, III, do Estatuto do Índio, ainda que conservem usos, costumes e tradições características de sua cultura, são considerados para o direito brasileiro como penalmente imputável podendo assim ser punidos e encaminhados ao sistema penitenciário para cumprimento da pena determinada em juízo, como qualquer cidadão comum. É sobre o cumprimento da pena e suas especificidades que trataremos a seguir.

O Indígena no Sistema Penitenciário

Em relação ao cumprimento de pena pelos indígenas no sistema penitenciário, o Estatuto Indígena, no parágrafo único, do artigo 56, afirma que “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.” Todavia, conforme já mencionado anteriormente, da análise jurisprudencial, é possível inferir que não é possível o cumprimento da pena em regime especial ao indígena considerado integrado à sociedade. De modo que deveriam estar no sistema penitenciário, somente os índios que já passaram por um processo de adaptação.

No caso dos índios não adaptados e que são julgados por crimes a Convenção 169 da OIT, em seu artigo 10.2. assevera que dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento. No entanto, não é possível saber se essa regra está sendo aplicada, pois no Brasil não se sabe ao certo quantos indígenas tem no sistema penitenciário, principalmente nos estabelecimentos penitenciários cumprindo pena de privação de liberdade. Sabe-se, porém, segundo dados de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro (Infopen,2016), que o país ocupa no ranking mundial a terceira colocação com 726 mil pessoas encarceradas e um déficit de mais de 358 mil vagas. Tal contexto, faz com que os pesquisadores apontem para um encarceramento em massa (BORGES, 2018; DAVIS, 2018, PIMENTTA,2018)), que se ampliou bastante nas últimas décadas. Este fenômeno guarda relação com a história da escravidão no Brasil e o racismo arraigado na cultura brasileira, tendo em vista que 64% da população carcerária é composta por pessoas negras. Como o barril de pólvora em função da superlotação, constantemente acompanhamos relatos nos noticiários da imprensa de rebeliões sangrentas, com ocorrência de mortes brutais e recorrentes fugas de presos.

É neste ambiente precário, que se encontram um contingente de índios condenados, que pouco conhecemos em função da ausência de dados. De acordo com o relatório final sobre a Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil, os dados fornecidos pelo Departamento

Nacional Penitenciário (DEPEN) são insuficientes e são coletados sem muitos critérios.

A única informação relativa à condição de indígena presente no Infopen diz respeito à categoria “Perfil do preso” no indicador “Cor de pele/etnia”. Em tal registro não fica explícito se o travessão em “pele/etnia” sugere equivalência ou uma alternativa entre indicadores diacríticos – o que implica diferenças significativas para a classificação. Neste sentido, o contato estabelecido com o secretário de segurança do estado de Sergipe foi bastante revelador e sugere que índios possam fazer parte da população carcerária classificada como “parda” e vice-versa (RELATORIO FINAL, 2008).

Em audiência pública sobre encarceramento indígena no Brasil realizada pela Câmara Federal, o juiz federal Roberto Lemos, afirmou que nada mudou de 2008 a 2015, os dados continuam inexistentes “o principal problema em relação ao encarceramento de indígenas é justamente a falta de um levantamento por parte dos órgãos penitenciários e de justiça que possa nortear as ações do poder público” (CAMARA, 2015). Em outras palavras, os gestores públicos atualmente desenvolvem políticas sem que haja um diagnóstico situacional sobre essa problemática.

Considerações Finais

Não resta dúvida que o Brasil ampliou significativa, principalmente após a Constituição Federal de 1988, no reconhecimento da identidade dos indígenas como sujeitos de direitos. Todavia, os índios continuam a enfrentar dificuldades que são reflexos de séculos de tentativa de subjugação de sua cultura em face da cultura do homem branco. Entretanto, como vimos, há por parte dos indígenas uma resistência a sucumbir as normas do Estado brasileiro e aos seus, no seu território, tem aplicado suas normas.

No contexto do encarceramento destaca-se aqui uma diferença significativa entre a forma de aplicar a pena do direito brasileiro e o direito consuetudinário dos indígenas. Eles não aplicam ao seus semelhantes a pena de privação de liberdade em estabelecimentos penitenciários e sim penas alternativas diversa da prisão. Ao Retornamos o caso do crime de assassinato que ocorreu na comunidade indígena Manoá –Pium, na Reserva Rapouza Serra da Lua do Município de Bonfim no Estado de Roraima, percebe-se essa diferença. O mesmo caso de acordo com o Código Penal poderia ser aplicado a um indivíduo uma reprimenda que pode ultrapassar 30 anos de privação de liberdade, iniciando seu cumprimento no regime fechado. No caso em questão, a pena não ultrapassou a cinco anos de afastamento da comunidade, entre outras medidas.

O Direito brasileiro, sobretudo no âmbito do direito penal e penitenciário, tem muito o que aprender com os indígenas, quem sabe assim poderíamos enfrentar com mais efetividade os problemas do fragilizado sistema penitenciário. Todavia, estamos distante dessa possibilidade, pelo contrário, aumentamos a cada ano significativamente nossa população carcerária.

Em relação aos indígenas que cumpre pena no sistema penitenciário não se sabe quem são, quais crimes cometeram e em que condições cumprem a pena no direito brasileiro. Em função da carência de informações, podemos dizer que ainda que tenhamos superados algumas práticas nefastas no direito de punir, como a aplicação da pena de morte e a escravidão indígena tão comum no início da exploração portuguesas, eles ainda continuam relegado a uma condição de invisibilidade, como se não existisse, o que favorece mais ainda aqueles que há séculos trabalham e anunciam a extinção de sua cultura.

Sem dados capazes de construir indicadores para que os gestores públicos incidam sobre essa situação, a entrada dos indígenas no sistema penitenciário continua invisibilizada, sob qual não se tem nenhuma governança. De modo que é preciso com urgência uma mudança na coleta de dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) para jogarmos luz sobre esse problema, torna-lo público permitindo que estudos sejam realizados e novas políticas públicas possam ser formuladas e executadas, principalmente visando evitar o encarceramento dos indígenas no Brasil,

cumprindo assim o que estabelece a legislação nacional e internacional.

Referências

Cavalcante, M. (2001), Por Mares Muito Antes Navegados. A tradição de Camões na CASTRO, Edna. CAMPOS, Índio (Orgs.). **Formação socioeconômica da Amazônia**. Belém: NAEA, 2015.

BAGOLIN, Dani Pillar. **O indígena na República Velha: as instituições de proteção no Rio Grande do Sul**, dissertação Mestrado em História, Universidade de Passo Fundo, 2009.

“**Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil**” (Edital Projeto de Pesquisa ESMPU nº19/2006). Relatório Final Convênio: Procuradoria Geral da República-PGR Associação Brasileira de Antropologia-ABA Coordenador: Críthian Teófilo da Silva (ABA, UnB), Brasília, Distrito Federal, Maio, 2008.

DEPEN -Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema de Informações Penitenciárias (Infopen)**. Brasília, 2017 .Disponível: <<http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>> Acesso: 10/03/2019.

FEIJO, Julianne Holder da C. S. **O Direito Penal e o Índio: Desafios históricos sob a nova perspectiva constitucional, 2015**. Disponível: <<http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/1827>> Acesso: 05/04/2019.

FIGUEIREDO, Luciano R. A. **Rebeliões no Brasil colônia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed, 2005.

FREIRE, Christiane Russomano. **As origens da punição no Brasil**. In: Silva, André Luiz (Org). Eye For an Eye. Curitiba: Appris editora, 2017.

GARCIA, Maria. Biodireito Constitucional – questões atuais. Coleção Biodireito e Bioética. Editora Campus, 2013.

GOMES, Mércio Pereira. **Os Índios e o Brasil – Ensaio sobre o holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência**. Petrópolis: Vozes, 1991.

GUIMARES, Heitor Velasco Fernandes. **Os Índios na História do Brasil Republicano: o território étnico indígena Paresí e o território indigenista Utiariti, 2011**. Disponível: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308081250_ARQUIVO_Apresentacaorevisada_ANPUHUSP2011_HeitorVelasco.pdf> Acesso: 05/04/2019.

GRUPIONI, Luis Donisete Benzi (org.) **Índios no Brasil**. Ministério da Educação, Secretaria de Educação a Distância, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LOPES, Ana Maria D’Avila e UCHOA, Cibele Alexandre. **A garantia do Ne Bis in Idem e o reconhecimento dos direitos culturais dos indígenas**. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – NATAL – v. 20, n. 2, p. 11-30, maio/ago. 2018. Disponível: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.20_n.02.01.pdf> Acesso: 05/04/2019.

MELATTI, Júlio César. **Índios do Brasil**. São Paulo: Hucitec, 1983.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed., Editora Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Darcy (1995) O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RODRIGUES, W. ; OLIVEIRA, Thiago. José Arruda . **Formação socioeconômica do Estado do Tocantins.** In: Edna Ramos de Castro; Índio Campos. (Org.). Formação socioeconômica da Amazônia. 1ed.Belém/PA: NAEA, 2015.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Direito indígena, direito coletivo e multiculturalismo. 2011. **Disponível:** http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/direito_indigena.pdf. Acesso: 05/04/2019.

WITTMAN, Luiza Tombini. (Org.). **Ensino (d)e história indígena.** Belo Horizonte, autêntica, 2015.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Recebido em 17 de junho de 2019.

Aceito em 4 de junho de 2019.