

## **A Imagem dos Indígenas nos Diplomas Legais e nos Tribunais**

TAKEHARA, Felipe da Costa<sup>1</sup>; ALBERNAZ, Renata Ovenhausen<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Faculdade de Direito - UFPel – f.takehara@gmail.com

<sup>2</sup>Faculdade de Direito - UFPel – renata\_albernaz@terra.com.br

### **1. INTRODUÇÃO**

O ideal moderno de Estado Nação vigente hoje no Brasil e na maioria dos outros países tem demonstrado com o passar da história gerar muitas aparas, uma marginalização recorrente de grupos que de alguma forma não coincidem com a lógica nacional, essas são as minorias nacionais. Dentre as muitas minorias marginalizadas pelo Estado Moderno - como o caso dos negros, índios, ciganos e etc - essa pesquisa se foca nos indivíduos indígenas do Sul do Brasil. O Estado Moderno Liberal se orienta por um padrão que presume-se representar o valor majoritário existente na Sociedade. Um sentimento compartilhado de valores de justiça. Evidente que na realidade brasileira essa teoria se mostra conflituosa com a pluralidade de ordens sociais, valores de justo e injusto e culturas que são regradadas por uma elite dominante no plano jurídico e político.

A presente pesquisa pretende olhar para a atual conjuntura do acesso à justiça dos indígenas orientada pelas teorias do multiculturalismo e pluralismo jurídico. Portanto reconhecendo as particularidades de cada grupo, permitindo uma coexistência que possibilite uma justiça adequada para todos, em vez de garantir a perpetuação da paz e felicidade da maioria hegemônica (não numérica) em detrimento da opressão e injustiça institucionalizada da maioria marginalizada.

Historicamente já é sabido que a relação entre brancos (os civilizadores, que trouxeram o Estado, o Direito e a Democracia) e indígenas (o conquistado) não fora das mais equilibradas em se tratando dos direitos de cada grupo étnico. Ora considerados como sujeitos incapazes, ora como bens semoventes, os indígenas eram postos numa relação de inferioridade jurídica. Claro que essas imagens não poderiam coexistir com o Estado Democrático de Direito de hoje. Mas qual seria atualmente a imagem do índio para o Direito?

Este estudo busca traçar os contornos expressos de forma simbólica pelos operadores do Direito tanto por meio das disposições abstratas das leis quanto pelas fundamentações formuladas pelos magistrados nos casos concretos. Tendo delineadas essas imagísticas se torna mais perceptível os valores empregados para atribuir direitos aos indígenas. Sendo possível, a partir delas, se pensar novas soluções mais justas e inclusivas para situações futuras.

### **2. METODOLOGIA**

Para conseguir observar tanto a imagem que se desenha do indígena a partir das resoluções que se fazem nos tribunais, quanto a que se encontra nas proposições escritas nas leis a pesquisa se desdobrou em duas etapas. Em uma delas foi feito um levantamento dos casos de réus que se autodeterminaram indígenas dos tribunais penais da região Sul do Brasil, ou seja, Tribunal Regional

Federal da 4ª Região, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Com uma análise sistemática das 21 fontes encontradas num período que compreende entre os anos 2008 e 2013 pôde-se traçar com segurança uma tendência dos dispositivos que foram conjurados e os fatores que são mais relevantes para simbolizar quem são os indígenas segundo o judiciário da Região.

A segunda etapa da pesquisa (apesar de ter ocorrido em concomitância com a primeira) foi o estudo dos dispositivos legais que foram conjurados pelos juízes - grosso modo o Estatuto do Índio e a Constituição Federal. Para melhor compreender essa outra imagem a ser estudada, é necessário além de analisar os diplomas em si, também estudar outros trabalhos científicos e relatórios internacionais que foram produzidos a partir deles para compreender não apenas seu conteúdo, mas o contexto político de sua criação e suas limitações comparados com outros países (principalmente latino-americanos).

### **3. RESULTADOS E DISCUSSÃO**

O trabalho encontrou dois perfis muito particulares mesmo se tratando do mesmo observador (o Estado) e do mesmo objeto (os sujeitos indígenas), que se diferem de forma fundamental. Tanto a lei 6001 quanto a Constituição garante aos indígenas que os seus usos, costumes e tradições que são fundamentais para sua identidade sejam resguardados. Como, por exemplo, quando se estabelece que:

“Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei” (art. 1º, parágrafo único)

“No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola” (art. 56).

Isso pode se explicar pelo contexto desses dois dispositivos. A lei foi uma resposta do Regime Militar à pressão internacional por conta de relatórios que mostravam a precariedade de direitos aos índios e as constantes violências que eles sofriam impetadas por próprios agentes do Estado COLAÇO, T. L. (2011). Entretanto, essas proteções entram em contradição quando no 4º artigo da mesma lei se estabelece uma discriminação de três "níveis" de indígenas - isolados, em vias de integração e integrados - que gozam de forma regressivamente proporcional dessas proteções. E além disso se propõem "integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional". Ou seja, quanto menos integrado for o indígena, mais plena a proteção de sua cultura e identidade e o Estado deve esforçar para tornar esses indígenas cada vez mais integrados, quitando-lhes "progressiva e harmoniosamente" o direito a serem diferentes. Esse mesmo viés assimilacionista já se encontrava em 1967 na Lei Federal 5.371 que institui a FUNAI “promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional”. O paradoxo irrefutável está em se resguardar os símbolos subjetivos da cultura e as tradições

e usos dos índios e, em contrapartida, pugnar pela progressiva integração dos povos pré-colombianos à jurisdição comum à comunhão nacional. Pois é impraticável o abrigo, a defesa e o resguardo da cultura de uma sociedade “marginal” se disso se estimar a subsunção desse povo à jurisdição de um direito criado e aplicado por outra sociedade, com outra cultura, isso implica, voltando às teorias da justiça que esses grupos tenham valores compartilhados, uma mesma concepção de justo e injusto e, portanto, símbolos comuns.

Já na perspectiva do judiciário a imagem é bastante distinta. Em aproximadamente 90% dos casos analisados os magistrados se utilizaram do artigo 4º para se afastar a necessidade de um julgamento “atípico” que respeite uma identidade que é desconhecida para o Direito Nacional. Para fundamentar suas condenações, eles utilizaram fatores que consideram ser provas inequívocas de que o índio está completamente integrado na sociedade “branca” como, por exemplo: residir em áreas urbanas, possuir telefone celular, possuir conta bancária e cartões de crédito, ter registro eleitoral, vestir-se com roupas de grife, praticar esportes, frequentar bares, morar em casa de alvenaria, possuir banheiro dentro da residência, assistir programas de televisão, frequentar zonas urbanas, ter registro civil (carteira de identidade), trabalhar em “atividade branca”, ter conhecimento do idioma nacional, ter tido aprendizado em escola e ser alfabetizado. Então a imagem construída pelas decisões reiteradas dos tribunais aponta para uma ideia ainda mais fantasiosa que a dos parlamentares, para um índio idealizado, com o qual não se tem contato e que, assim, não pode chegar a um tribunal. Pois a mínima interação com a sociedade lhe subtrai o status de índio, um único símbolo ou ação que compartilhe com a sociedade nacional o torna “aculturado” e, portanto, membro dessa sociedade. Esse resultado só não alcançou a totalidade dos casos encontrados graças a duas apelações do TJ-PR nas quais os desembargadores decidiram anular os processos por entenderem que não havia nos autos provas suficientes para aferir que os índios fossem considerados plenamente integrados e, assim, defenderam o imperativo do uso de laudo antropológico.

#### **4. CONCLUSÕES**

Conclui-se dos resultados obtidos que o Legislativo e o Judiciário, apesar de integrarem o mesmo organismo burocrático, em se tratando da imagem que expressam dos sujeitos indígenas não possibilitam a coesão necessária para a coerência da Justiça. A Lei 6.001 enxerga o índio com olhos evolucionistas, sendo um sujeito menos capaz, como se quanto mais indígena for o sujeito, mais ele precise da tutela do Estado e, além disso, há uma proposição integracionista que pretende promover gradualmente a “aculturação” do indígena e, conseqüentemente, restringir o resguardo aos usos, costumes e tradição destes na mesma proporção desta integração. Enquanto isso, nos tribunais, uma vez integrados à sociedade nacional, mesmo que em aspectos bem pontuais, a cultura desse indivíduo não mais teria amparo jurídico-legal. De acordo com a orientação multiculturalista e pluralista do direito, a integração ideal seria em

sentido oposto ao que se apresenta na visão judicial. E interações sociais, bastante comuns em um mundo cada vez mais marcado pela intercomunicabilidade, não seriam causa dessa dissolução ou perda de sentido cultural. Em vez de o indivíduo índio se adaptar e se integrar à ordem jurídica nacional, seria o sistema que deveria se reestruturar e flexibilizar-se para poder reconhecer e proteger o índio e sua cultura, como tem se apresentado, por exemplo, no novo constitucionalismo nascente em alguns países da América Latina.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALBERNAZ, R. O. **A delimitação de formas de juridicidade no Pluralismo Jurídico: a construção de um modelo para a análise dos conflitos entre e o direito afirmado pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e a juridicidade estatal no Brasil.** Antonio Carlos Wolkmer (orientador). Florianópolis. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Abril, 2008 (tese de doutoramento).
- BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In. POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da Etnicidade.** Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: Editora da UNESP, 1998.
- CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais.** Bauru: EDUSC, 2002
- POUTIGNAT, Philippe e STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade. Seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth.** São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.
- SEMPRINI, A. **Multiculturalismo.** Tradução Laureano Pelegrin, Bauru, SP: EDUSC, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SILVA, Aldevan Oliverio. A justiça plural: elementos para uma hermenêutica antropológica da justificação. **Saber jurídico: revista do centro universitário do estado do Pará - CESUPA,** Edição 3, <[http://www.fabsoft.cesupa.br/saber/artigos/edicao3/artigo\\_6\\_adelvan\\_silva.pdf](http://www.fabsoft.cesupa.br/saber/artigos/edicao3/artigo_6_adelvan_silva.pdf)>.
- TORRES, C. A. **Democracia, educação e multiculturalismo.** Petrópolis: Vozes, 2001, p. 202-203.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.