

OS LIMITES MORAIS E JURÍDICOS DOS RITUAIS INDÍGENAS: CRIME OU COSTUME?

LOS LIMITES MORALES Y JURÍDICOS DE LOS RITUALES INDÍGENAS: ¿CRIMEN O COSTUMBRE?

Anna Walléria Guerra Uchôa¹

Ludy Johanna Prado Mayorga²

RESUMO

Este trabalho é uma reflexão filosófica sobre a ideia de que os povos indígenas isolados vivem seu próprio direito e moral, que leva ao questionamento sobre a lei e a moral que conhecemos. Não obstante, com a análise legal e doutrinária, percebemos aqui que os valores e tradições destes povos, seu modo de vida, ainda que diferente do modo de vida da sociedade nacional, são respeitados pela lei nacional, mas ainda há muito a se fazer para efetivar os direitos indígenas no Brasil. Alguns dos rituais indígenas não são aceitos como corretos pela sociedade nacional. Neste contexto, os rituais indígenas fazem parte de seu modo de vida, a comunicação e o fortalecimento do grupo social. A discussão acerca da moral e o direito para os povos indígenas é uma questão complexa e não encontra resposta na definição de moral racional e moral social. Ainda que se aceite as coisas e os fatos morais, estes não se tornam bons ou maus porque se aceitam. Hoje a comunidade internacional impõe aos Estados que não deva interferir nas populações indígenas isoladas, em suas tradições, seu modo de vida, mas quando essas tradições são rituais contrários aos fatos que juridicamente o Estado aceita, e ainda os tem como crime, fica a questão da legitimidade para interferir em seu hábitat e seu modo de vida. Este trabalho questiona sobre a interferência do Estado nos rituais indígenas, especialmente aqueles que fazem mal a dignidade de indivíduos do próprio grupo indígena, havendo a distinção antropológica e jurídica entre crime e tradição. O Estado não deve interferir em seu modo de vida, mas utilizar instrumentos para conseguir esta distinção. A reflexão filosófica, jurídica e antropológica deste tema se fez através de pesquisa básica qualitativa, visando proporcionar maior familiaridade com o problema apresentado acerca da distinção entre Direito e Moral, crime e tradição, dos rituais indígenas, utilizando de pesquisa bibliográfica, documental e estudos de caso.

PALAVRAS-CHAVE: Povos Indígenas; Rituais; Costumes; Direito.

RESUMEN

¹ Advogada, Mestre em Direito Público pela UFSC e Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica da Argentina – Buenos Aires.

² Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas/AM; bolsista CAPES. Convênio de Aliança para a Educação e Capacitação da Organização dos Estados Americanos e o grupo COIMBRA de Universidades Brasileiras. E-mail: ludypradom@hotmail.com.

Este trabajo es una reflexión filosófica sobre la idea que los pueblos indígenas viven su propio derecho y moral, llevándonos a interrogantes acerca de la ley y la moral que conocemos. Sin embargo, con el análisis legal y doctrinario nos damos cuenta que los valores y tradiciones, sus modos de vida, aunque diferentes del modo de vida de la sociedad nacional son respetados por la ley nacional, pero aún así hay mucho que se debe realizar con el fin de hacer efectivos los derechos indígenas en Brasil. Algunos de los rituales indígenas no son aceptados como correctos por la sociedad nacional. En este contexto, los rituales indígenas hacen parte de su modo de vida, de la comunicación y del fortalecimiento del grupo social. La discusión acerca de la moral y el derecho de los pueblos indígenas es una cuestión compleja y no encuentra respuesta en la definición de moral racional y moral social. Aun que se acepten las cosas y los hechos morales, estos no se convierten en buenos o malos porque se aceptan. Hoy la comunidad internacional impone a los Estados que no deben interferir en las poblaciones indígenas aisladas, en sus tradiciones y su modo de vida, pero, cuando esas tradiciones son hechos rituales contrarios a los que jurídicamente el Estado acepta y, aun los considera como crimen, aparece la cuestión de la legitimidad para interferir en su hábitat y su modo de vida. Este trabajo cuestiona acerca de la interferencia del Estado en los rituales indígenas, especialmente aquellos que perjudican la dignidad de individuos del propio grupo indígena, existiendo la distinción antropológica y jurídica entre crimen y tradición. El Estado no debe interferir en su modo de vida, pero si, buscar instrumentos que posibiliten esa distinción. La reflexión filosófica, jurídica y antropológica se lleva a cabo por medio de la investigación básica cualitativa, con el objetivo de aportar más familiaridad con el problema presentado, a respecto de la distinción entre Derecho y moral, crimen y tradición de los rituales indígenas, utilizando la investigación bibliográfica, documental y estudios de caso.

PALABRAS-CLAVE: Pueblos indígenas; Rituales; Costumbres; Derecho.

INTRODUÇÃO

Os povos indígenas isolados vivem seu próprio Direito e moral, pois não há interferência do Estado em seu modo de vida. No entanto, quando há o contato dos grupos indígenas com grupos não indígenas o desconhecimento da cultura daqueles povos provoca uma série de questionamentos sobre a lei e a moral que conhecemos e o comportamento oriundo de tradições e rituais destes povos indígenas. A ignorância é a inimiga da humanização do Direito, e esta é essencial para garantir a efetividade dos direitos indígenas, especialmente do direito de ser índio e viver como tal. Não obstante, com a análise legal e doutrinária que buscamos apresentar aqui, percebemos o reconhecimento legal dos valores e tradições destes

povos e de seu modo de vida, ainda que diferente do modo de vida que o Estado regula, mas falta efetividade para a garantia destes direitos multiculturais.

Esses questionamentos sobre lei e moral traz à tona a perspectiva de leis que possam regular de forma clara a condição do indígena, independente de sua etnia, e garantir o respeito à sua identidade cultural. No entanto, conseguir harmonizar esses direitos na sociedade atual, tendo em vista toda diversidade apresentada por esses povos, não é tarefa fácil.

A Lei Especial que regula a condição jurídica do indígena no Brasil nasceu em 1973. É a Lei 6.001/73, denominada Estatuto do índio, anterior ao Código Civil atual, Lei n. 10.406/2002, à Constituição Federal de 1988, e outras normas internacionais reconhecidas pelo Brasil, mas até hoje se discute a sua eficácia sem o consenso de uma nova lei que possa garantir a efetividade da política indigenista atual.

Podemos então questionar se é verdade que a Lei é sempre justa, porque faz a vontade geral infalível. De acordo com as escolas de Direito em todo o mundo, a moral e o Direito são coisas diferentes, uma é unilateral e a outra é bilateral. Sempre ensinam nas faculdades de Direito que o grande jurista Hans Kelsen analisa o Direito e a moral fora da ciência. Surgem algumas questões que embasam discussões em academias jurídicas, como: os valores agregados à justiça são valores irracionais?

A moral é subjetiva ou objetiva? Esta é uma questão que nos leva a buscar entender a moral racional e a moral social. Ainda que se aceitem as coisas e os feitos morais, estas não se tornam boas o más porque se aceitam.

Este trabalho visa o estudo dos povos indígenas isolados, que vivem seu próprio direito e moral, seus valores e tradições, seu modo de vida, por vezes bem diferente do modo de vida da sociedade nacional. Os rituais indígenas fazem parte de seu modo de vida, desenvolvem a comunicação e o fortalecimento do grupo social.

Não obstante, alguns dos rituais indígenas não são aceitos como corretos pela sociedade nacional. O Estado deve, então, interferir em seu hábitat e seu modo de vida? Rituais que fazem mal à dignidade dos indivíduos dos grupos indígenas devem ser vistos moral e juridicamente como crime ou tradição?

A dicotomia entre a moral e o Direito apresenta um aspecto muito importante para a discussão acerca do respeito aos direitos indígenas e a seu modo de vida. As tradições rituais que alguns povos indígenas apresentam são ou podem parecer contrárias ao Direito Positivo, mas ainda assim fazem parte de seu modo de vida, sua origem e suas tradições culturais.

Portanto, não podem ser tidas como contrárias à moral construída em seu habitat e seu modo de vida.

No Brasil, por exemplo, uma grande parte dos rituais feitos pelos diversos grupos indígenas pode ser classificada como ritos de passagem ou de festividade, ou seja, são cerimônias que marcam a mudança de situação social, em cada etnia, de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos deste grupo. Alguns destes rituais marcam a mudança de estações, a iniciação do indivíduo para a vida adulta, os rituais matrimoniais, os funerais, e o nascimento. São aceitos por todo o grupo e são praticados em seu habitat.

Os novos preceitos da norma jurídica constitucional dos Estados asseguram aos povos indígenas o respeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Isto é conhecido por “direito à diferença”, ou seja, direito de preservar sua identidade indígena e decidir sobre o seu modo de vida.

Hoje, o respeito aos direitos indígenas é reconhecido por todas as nações democráticas, o respeito a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como os direitos originários às terras que ocupam tradicionalmente. Mas, se estes direitos atingem o que conhecemos como correto em Direito e moral? Neste contexto, a vida em sociedade apresenta sentido quando compreendemos seus rituais e sua relação com os outros.

Na tentativa de iniciar esta reflexão, este trabalho discorre acerca de alguns mitos, rituais e tradições dos povos indígenas, especialmente no Brasil, discorre acerca do reconhecimento dos direitos indígenas e a valoração destes rituais, e finalmente, analisa a legislação nacional para a efetividade destes direitos.

1 OS MITOS E RITUAIS TRIBAIS DOS INDÍGENAS COMO EXPRESSÃO DE SEU MODO DE VIDA

Os mitos são conceitos da realidade imaginária acerca da criação, da natureza, das divindades, dos homens, dos animais, mas os ritos tribais são muito diferentes entre os povos indígenas.

Os rituais apresentam os mitos. Os povos indígenas creem que é importante a relação de mitos e rituais para a integração com a vida e natureza. A criação de rituais tribais é uma forma de harmonia com o mundo cósmico e, por sua vez, o cosmos é indispensável para produção das pessoas e da sociedade, ou seja, para a dinâmica essencial da vida em sociedade.

Os rituais são formas de contar as histórias dos mitos e das crenças dos grupos indígenas. Tais mitos representam a origem desses grupos. Por exemplo, os rituais de iniciação são formas de preparar cada membro do grupo para o convívio em sociedade. Cada pessoa “iniciada” fica isolada de todos os outros até sua transformação para o retorno ao convívio social.

O conceito de ritual é amplo e apresenta um universo de símbolos traduzidos por festas, comidas, roupas, música e danças, dentro de cada grupo social, cultural e político.

Renato Sztutman³ destaca que os rituais indígenas celebram as diferenças de todos os seres, necessárias para a existência da troca de cooperação. Esta celebração é intensa e promove a prestação de comida e bebida, e também, em certas ocasiões, de cantos e artefatos. A cultura dos seres humanos não foi inventada pelos mesmos, mas tomada no “tempo do mito” de todos os seres, até mesmo dos inimigos, ao longo de sua existência.

Um ritual pode ser percebido por um indivíduo ou por um grupo, com objetivos diversos, sejam religiosos, emocionais, sociais ou políticos, cuja participação mostra a aceitação e fortalecimento do grupo social.

Os rituais são grupos de gestos, mensagens e formas, em geral imbuídos de um valor simbólico. Sua prática é comumente chamada e codificada por uma religião ou pelas tradições do grupo social. Assim, como os povos indígenas são grupos muito diferentes em seu modo de vida e suas tradições e crenças, os rituais também são muito diferentes.

Antropologicamente, podemos dizer que o ritual constitui um comportamento de comunicação entre as pessoas de uma sociedade, mas que perdeu espaço quando o homem passou a dominar a linguagem e ampliou seus valores culturais e religiosos.

1.1 Os rituais indígenas: crime ou tradição?

Por muitos anos os indígenas do continente americano foram dominados e sofreram todo tipo de violência. Não obstante, eles também lutam ferozmente por suas vidas e liberdade. Nesta luta os grupos indígenas tornaram-se muito violentos.

³ SZTUTMAN, Renato. Rituais. Disponível em <<http://www.isa.org.br>>. Postado em agosto de 2008. Acesso em 10 de julho de 2013.

Alguns dos rituais indígenas são formas de garantir que seu povo seja guerreiro para combater os inimigos, como os rituais do povo *Tupinambá* e *Munduruku*, no Brasil. É o caso dos relatos a seguir⁴.

Na Amazônia brasileira, próximo ao Rio Amazonas, vive um povo indígena conhecido pelo nome de *Tupinambá*, hoje estão quase extintos, mas podemos destacar até hoje seus rituais de incorporação. O nascimento de um menino, um bebê do sexo masculino, fazia com que seu pai elevasse-o do solo e cortasse seu umbigo com os dentes. Depois o menino era banhado no rio e seu pai apertava suas narinas com as mãos, deitava em uma rede, donde haviam unhas de onça ou de uma ave de rapina e um arco com flechas para o menino ser um grande guerreiro contra os inimigos. Também seu pai não comia carne, peixe ou sal e não fazia nenhuma atividade laborativa até que o umbigo de seu filho tivesse caído definitivamente, somente a partir deste momento o seu nome era escolhido. Neste ritual de passagem, todo o grupo participava, e após este ritual o menino tornava-se membro do grupo.

Já entre os indivíduos do grupo *Munduruku* o ritual é muito violento. Eles viviam próximo ao rio Tapajós e depois migraram para o rio Madeira. Este grupo era chamado de “formigas vermelhas”. Eles eram muito conhecidos e temidos por todos, pois eram muito perigosos. Eles eram verdadeiros “caçadores de cabeças”.

Estes indígenas faziam uma emboscada na margem dos rios para assassinar seus inimigos e arrancavam seus cérebros, olhos e línguas. Depois mergulhavam suas cabeças em azeite de andiroba e secavam com os cabelos. As cabeças de seus inimigos eram enfeitadas e espetadas em algum tronco como troféus. A quantidade de troféus de um guerreiro era um orgulho, e quanto mais troféus ele tinha, mais respeitado em sua tribo.

Urias Sérgio de Freitas, ao contar a história da exploração do ouro na Amazônia, escreveu uma ficção sobre o processo de ocupação deste território, em Itaituba, no estado do Pará. Em seus contos ele narrou a violência do grupo indígena *Munduruku*, afirmando que esse costume transformava os *mundurukus*, de acordo com sua análise conceitual, em “simples caçadores de inimigos de todos os seres humanos” (FREITAS, 2007, p. 50), o que tornava a aproximação dos indigenistas muito perigosa para estes.

Também os povos indígenas pré-colombianos argentinos são povos que praticam rituais autênticos, mas, em sua maioria, não violentos, com cultos à terra, à natureza, às

⁴ Disponível em www.lingcultural.blogspot.com.br, postado por Ambiente Cultural em 13 de maio de 2010. Acesso em 18 de julho de 2014.

divindades ou a seus mortos. Alguns destes grupos foram narrados por Alterini (2005, pag. 14-39), assim como os povos citados a seguir.

A obra “Propiedad Indígena” (ALTERINI, 2005) relata as reflexões do investigador argentino da antropologia autóctone, o professor Néstor Kricautzky, que retrata, aspectos da propriedade de terras e a posse dos índios, milhares de anos antes da discussão indígena e durante era cristã. Tal autor afirma haver uma série de mitos de origem rituais que explicam a realidade e asseguram a efetividade das pesquisas:

En estos tiempos los grupos pueden reconocer territorios en función de la obtención de recursos que en alguna medida satisfacen sus necesidades básicas, pero *no existe seguramente ningún tipo de propiedad de la tierra, seguramente una serie de mitos de origen de rituales explican la realidad y aseguran la efectividad de las cacerías*, la reproducción de las personas y los rebaños, los ciclos de la naturaleza y la vida de las gentes. [Grifou-se]. (Apud ALTERINI, 2005, p. 21).

Por exemplo, os “Diaguitas” rendiam culto à mãe Terra, também chamada por eles de *Pachamama*. Eles ofereciam um sacrifício de sangue e a oferenda do primeiro fruto, ou seja a primeira colheita de tudo que plantavam.

Nesta mesma obra citada acima, o antropólogo Bossert (apud ALTERINI, 2005, p. 21) relatou que o povo conhecido como *Chané* rendia culto aos mortos e tradicionalmente os enterravam no interior de suas próprias cabanas, onde viviam por muito tempo em companhia dos mortos, ou seja, em um ambiente totalmente insalubre.

En cuanto al monte, es un ámbito de pertenencia de las deidades al que no alcanza el dominio humano; por ello, el aprovechamiento de los bienes naturales que lo integran, o sea de la flora y la fauna, exige el previo permiso de la respectiva deidad solicitado con sujeción a formulas rituales [...].⁵

Assim como os *Charrúas*, que levavam consigo os ossos de seus mortos sempre que saiam de um lugar a outro. E ainda os povos *Guaranies*, temidos por um ritual que demonstrava a sua prática de antropofagia, ou seja, eram conhecidos pelo canibalismo de caráter ritual.

2 DIREITO INDÍGENA AO SEU MODO DE VIDA, SUAS TRADIÇÕES E SUA CULTURA

⁵ Texto original extraído das citações do antropólogo Frederico Bossert e Diego Villar em *Tres dimensiones de la máscara ritual chané*, Antrhopos 96/1, Sankt Augustín, Alemanha, 2001 Apud ALTERINI, 2005, p. 21,.

Os povos indígenas são grupos de pessoas que estão identificados como indivíduos com qualidades muito específicas e diferenciadas na sociedade nacional. Muitas vezes considerados povos selvagens e violentos, que buscam sua defesa contra a colonização e dominação. Rousseau (Apud ALTERINI, 2005, p. 44) destaca o indígena como “o bom selvagem”, onde pensa que não há nada tão doce como o homem “em seu estado primitivo”.⁶

O estudo dos direitos dos povos indígenas compreende a antropologia e os aspectos históricos e culturais apresentados por diferentes grupos de indígenas em cada Estado nacional, de acordo com suas diferenças históricas e jurídicas. Não obstante, o estudo antropológico dos rituais indígenas compreende estes como fenômenos festivos, simbólicos, capazes de recriar memórias de antepassados e de construir a comunicação entre o presente e o passado.

Estes rituais e eventos culturais dos povos indígenas são importantes para seu modo de vida, para proteção de suas tradições e de sua própria sobrevivência. De acordo com Peirano (2013, p. 47), os rituais são bons para pensar e para viver, pois deles nós conhecemos nosso mundo ideal e nossos projetos e ambições.

Um dos mais importantes documentos internacionais de proteção aos indígenas e seu modo de vida foi a Convenção 169 da OIT, que impõe a questão indígena na pluralidade cultural e a ideia da permanência das sociedades indígenas tribais, promulgado pelo Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004. Destacamos o artigo 1 da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, que determina quais são os sujeitos compreendidos como indígenas⁷:

ARTIGO 1

A presente Convenção aplica-se a;

a) povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e **cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais**; (grifou-se).

b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, **independente de sua condição jurídica, mantêm**

⁶ Rousseau, Jean-Jacques, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, en: *Del contrato social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Prólogo y notas de Mario Armiño, Madrid, Alianza Editorial, 1992, Apud ALTERINI, 2005, pag.44.

⁷ Texto retirado do Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, acesso à página virtual www.fundaj.gov.br, em 20 de julho de 2014.

algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas. (grifou-se).

2. A **auto-identificação** como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção. (grifou-se).

3. A utilização do termo povos na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de acarretar qualquer implicação no que se refere a direitos que possam ser conferidos ao termo no âmbito do Direito Internacional.

A auto identificação como indígena dependerá do indivíduo que se apresenta e se considera como tal, mas o reconhecimento destes povos como sujeitos destes direitos multiculturais está vinculada a maneira como vivem estes povos, em comunidade, sejam eles isolados, em vias de integração com a sociedade, ou mesmo já integrados. O direito de ser índio é garantido ao índio, pela sua condição reconhecida internacional e nacionalmente, mas a aplicação e garantia dos direitos indígenas deve observar o modo de vida em comunidade.

2.1 Indígenas isolados e Indígenas integrados à sociedade

A identificação da diferença entre povos indígenas isolados e integrados à sociedade é fator essencial para a garantia dos direitos indígenas. Atualmente, um dos pontos na discussão acerca da Lei 6.001/73, denominada Estatuto do índio, que objetiva a criação de nova lei que se apresente mais eficaz na garantia dos direitos indígenas, é a ideia de que o índio deve ser considerado índio, para fins jurídicos de reconhecimento de sua identidade cultural, enquanto este viver em comunidade. Ou seja, a nova lei, que deve ser conhecida como Estatuto das “Sociedades Indígenas”, deve buscar a integração do índio em seu próprio meio.

Hoje, no entanto, a Lei 6.001/73, em seu artigo 1º, estabelece que o propósito da lei é integrar o índio à comunhão nacional, e não respeitá-lo enquanto índio em seu habitat. Ou seja, é garantir a integração harmoniosa, evitando as hostilidades e violências sofridas ao longo da dominação, mas que resulta na extinção de sua própria cultura. Senão vejamos:

LEI Nº 6.001, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973.

Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

[...]

TÍTULO I

Dos Princípios e Definições

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, **com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.** (grifou-se).

A complexidade desta é lei contraditória, pois não é possível preservar a cultura do indígena integrando-o à comunhão nacional.

Algumas tribos indígenas que vivem na região Amazônica ou em outras partes do mundo vivem isoladas por sua própria vontade ou por proteção contra a violência de diferentes formas. Dessa forma sua identidade cultural é preservada e não há nenhuma forma de intervenção dos governos.

A Lei 6.001/73 ainda classifica o grau de integração:

Art 4º Os índios são considerados:

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.

Em 2005, no primeiro encontro internacional sobre os indígenas que vivem isolados nos países Amazônicos e em Gran Chaco⁸, realizado no Brasil, contando também com a participação do Peru, Colômbia, Equador, Bolívia, Paraguai, e com representantes da Noruega, Estados Unidos, Inglaterra, Espanha, França e Nova Zelândia, iniciou-se o debate internacional acerca dos direitos destes povos permanecerem isolados.

Este foi um dos principais eventos que debateu, em nível internacional, acerca dos índios isolados, e ficou conhecido como Aliança internacional para a proteção dos povos indígenas isolados. Tal evento exigiu dos governos destes países, que os indígenas isolados que fossem identificados não sofressem interferência dos governos.

O encontro exigiu ainda, a criação de medidas para proteger os direitos indígenas a seu hábitat e o respeito pela decisão de não ter contato com os órgãos oficiais de proteção indigenista destes países. Este contato só pode ocorrer em situação de grande perigo e risco de extinção dos povos indígenas. Ou seja, o contato com os povos isolados, neste caso, se faz necessário para garantir que sua identidade cultural não pereça.

⁸ O Chaco ou Gran Chaco é uma das principais regiões geográficas da América do Sul, abrangendo partes dos territórios boliviano, argentino, brasileiro e paraguaio.

O documento criado neste evento ficou conhecido como Declaração de Belém sobre povos indígenas isolados. Belém foi a cidade onde ocorreu o encontro no Brasil. Importante destacar alguns pontos considerados no preâmbulo deste documento⁹:

ALIANÇA INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS ISOLADOS

DECLARAÇÃO DE BELÉM SOBRE OS POVOS INDÍGENAS ISOLADOS

11 DE NOVEMBRO DE 2005

As instituições e pessoas reunidas no Primeiro Encontro Internacional sobre Povos Indígenas Isolados da Amazônia e do Gran Chaco, realizado em Belém do Pará (Brasil) entre os dias 8 e 11 de novembro de 2005, constituíram a Aliança Internacional para a Proteção dos Povos Indígenas Isolados. Esta Aliança, através desta declaração, deseja chamar a atenção dos governos dos países onde existem povos indígenas isolados e em contato inicial;

CONSIDERANDO QUE:

[...]

3. Os povos indígenas americanos são originários e pré-existentes aos Estados Nacionais, constituindo, no caso particular dos povos isolados, não apenas testemunho vivo dos povos originais, como também os sobreviventes de um genocídio histórico contínuo.

4. Nos últimos 50 anos inúmeros povos em isolamento (culturas e línguas) desapareceram de maneira quase que despercebida pelos governos e a sociedade nacional.

5. Os povos indígenas isolados constituem patrimônio sociocultural tangível e intangível da Humanidade.

6. A interdependência destes povos com seus territórios garante a integridade da biodiversidade e de grandes porções da biosfera em bom estado de conservação. (grifou-se).

7. A dificuldade desses povos em desenvolverem, em curto prazo, defesas orgânicas para combater doenças externas e de provavelmente sofrerem de desnutrição, os coloca em uma situação de extrema vulnerabilidade.

[...]

9. A ausência de marcos legais, institucionalidade e de políticas públicas coerentes, específicas e efetivas nos países da Amazônia e do Gran Chaco, dificulta a adoção de medidas que garantam a integridade física, cultural e territorial dos povos indígenas isolados.

10. Existem diversas ameaças externas causadas por políticas de desenvolvimento (projetos e megaprojetos hidrocarboníferos, mineradores e garimpeiros, projetos rodoviários, hidroelétricos, florestais, agropecuários, de recursos hídricos, privatização dos recursos naturais – águas, florestas, biodiversidade), atividades ilícitas ou ilegais (extração florestal, narcotráfico, mineração, extração de fauna e flora), o desmatamento, a colonização assim como pela presença de agentes externos (organizações religiosas, turísticas, científicas, empresas de cine/televisão, aventureiros e outros).

[...].

⁹ Disponível em www.isa.gov.br, acesso em 20 de julho de 2014.

Neste interim, percebemos que os povos isolados devem ser preservados em sua total identidade cultural, não sendo possível a interferência de nenhuma forma em seus costumes, ritos e tradições, mesmo que considerados pelo Estado como atentatórios ao Direito e à moral.

Já os povos indígenas integrados à sociedade nacional são considerados cidadãos nacionais que conhecem as normas do Estado, são por elas protegidos e devem respeitá-las.

Individualmente, o indígena integrado à sociedade nacional tem seus costumes e tradições respeitados, desde que esteja de acordo com as leis nacionais.

No entanto, o maior problema da política indigenista brasileira está em encontrar o caminho de garantir o respeito às tradições e costumes indígenas dos grupos que estão em “vias de integração”, ou seja, que não são mais considerados isolados, mas vivem em ambientes demarcados e mantêm, ou tentam manter, seu modo de vida primitivo.

Os órgãos indigenistas estão sempre buscando alternativas, de acordo com as políticas públicas e com a ordem jurídica vigente, de participar da realidade destes grupos sem ferir sua identidade cultural. Tal participação se dá, especialmente, no que se refere ao direito à saúde destes grupos e a convivência pacífica quando há proximidade com os centros urbanos.

3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O TRATAMENTO JURÍDICO DO ÍNDIO

A legislação penal brasileira trata o indígena em seu contexto antropológico de integração à sociedade nacional. O indígena que não é integrado ao conjunto de valor e modo de vida de outros considerados não índios, são considerados inimputáveis. Até pouco tempo atrás os indígenas eram considerados inimputáveis por serem considerados portadores de desenvolvimento mental incompleto, mas, hoje, sua condição de indígena leva em conta sua percepção do mundo fora de seu contexto indígena.

De acordo com Fábio André Guaragni (2011, p. 99-109), deve-se observar a resolução dos casos concretos em que o indígena tenha sido responsável pela prática de ilícito penal, pelos seguintes parâmetros:

1. A culpabilidade não pode ser aplicada aos indígenas que não compreenda os valores tidos como injusto pela sociedade nacional. Ele pondera que, sendo inviável que o indígena compreenda a ilicitude, por força da barreira representada por seu próprio conjunto de valores, incide em erro de proibição invencível e nestes termos deve o indígena ser perdoado plenamente por falta de culpabilidade.

2. Pelo contrário, se os indígenas podem compreender a norma jurídica, viabilizados por seu grau de adaptação aos valores da sociedade nacional, ou seja, os valores “oficiais” da legislação penal nacional, o indígena deve ser condenado a pena prevista na legislação ainda que tenha valores diversos. Não obstante, o juiz tem a faculdade de reduzir a pena, de acordo com o grau de integração do indígena. (GUARANI, 2011, p. 99).

Ana Paula Caldeira Souto Maior¹⁰, sobre a imputabilidade penal do indígena, dispõe:

Para saber se um indígena responderá pela prática de crime, se ele é imputável, é necessário averiguar se, de acordo com sua cultura, costume e tradição, ele entendia o caráter ilícito de determinada conduta considerada crime em lei. Não importa o grau de contato que o indivíduo pertencente a um povo indígena mantenha com a sociedade envolvente, mas sim determinar se na ocasião da conduta ele tinha entendimento de que ela era considerada ilícita, e portanto, passível de punição, fora da sua cultura, fora do seu direito consuetudinário.. (SOUTO MAIOR, 2011).

Outrossim, em que pese o contexto de colonização dos indígenas na América do Sul considerar que os povos indígenas são povos primitivos que estavam, na era pré-colonização, em uma fase transitória, a ponto de serem extintos por sua integração a civilização. Ou seja, mais cedo ou mais tarde, a integração total à sociedade nacional faria com que os índios integrados deixassem de ser “índios”.

3.1 Aspectos históricos acerca da imputabilidade penal do índio no Brasil

O Código Civil em vigor, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, assinala que :

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
[...]

Parágrafo único. **A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.**
(grifou-se).

Portanto, deixa um vazio jurídico para a interpretação da situação jurídica do índio, quanto a sua capacidade civil e penal, pois o mesmo é considerado pela Lei como relativamente incapaz, sendo tutelados pelo Estado. O índio era considerado inimputável penalmente. Mas este nem sempre foi o entendimento jurídico penal brasileiro acerca da imputabilidade penal dos indígenas.

Historicamente, temos que em 1916 o Código Civil Brasileiro, atualmente revogado, considerou os indígenas relativamente incapazes, pelo fato único de serem indígenas. A Lei n. 3.071 de 01 de Janeiro de 1916, dispôs em seu artigo 6º, com texto alterado em 1962, que “os

¹⁰ Texto retirado de artigo da então advogada do Programa de Política e Direito Sócio ambiental, do Instituto Sócio ambiental – ISA, postado em junho de 2011, na página Povos indígenas no Brasil. Disponível em www.isa.gov.br, Imputabilidade Penal. Disponível em <<http://www.isa.gov.br>> em junho de 2011. Acesso em 10 de julho de 2013.

silvícolas são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de exercê-los”. E ainda, em parágrafo único, que “os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País” (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

A Lei especial tratada no Código Civil atual já existia antes da entrada em vigor do novo Código Civil, no entanto, bastante defasada em face da atual política indigenista brasileira. A lei especial, Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, regula a capacidade civil do indígena no Brasil e sua inimizabilidade penal. Como tratado no item anterior, esta lei foi denominada “Estatuto do Índio” e permanece em vigor até hoje, por falta de consenso nas discussões para a aprovação da nova lei especial.

Para este Estatuto, o indígena isolado é inimputável e os indígenas integrados a sociedade nacional são tratados como qualquer outro cidadão brasileiro. Esta lei define índio e comunidade indígena em seu art. 3º:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - 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;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Não obstante, esta cronologia bastante complexa da legislação que trata da condição jurídica do índio no Brasil, a Constituição Brasileira, de 1988, estabeleceu a imputabilidade pelo grau de integração a cultura dominante, a dita sociedade nacional. A CF/88 reconheceu aos indígenas seu direito a manter sua organização social e o direito de ser diferente (Art. 231 e 232).

Esta nova forma de ver os direitos indígenas e sua identidade cultural abriu espaço para a nova forma de tratamento acerca da capacidade civil e o tratamento jurídico penal da responsabilidade criminal dos indígenas.

Foi por esta aplicação constitucional que em 2002, o novo Código Civil Brasileiro também mudou sua forma de tratar a incapacidade relativa dos indígenas e estabeleceu que a capacidade civil dos indígenas deve ser regulada em lei específica, ou seja, uma nova lei, diferente do atual Estatuto do índio, mas que até hoje ainda não foi aprovada, permanecendo este como a lei prevista a ser aplicada.

Neste contexto, punir o indígena que comete um crime em situação que ele não compreende como crime, tendo a permissão e costume de sua cultura, seria o mesmo que puni-lo por sua cultura diferente, ou seja, por seu direito a diversidade cultural, por seu direito à diferença.

Para a Corte Constitucional do Brasil e de outros países da América, a lei protege a diversidade cultural e por isso não se pode obrigar o indivíduo que não faz parte de uma cultura dominante que tenha um comportamento diverso de sua própria cultura.

Também a Convenção 169 de OIT, abordada no item 2 deste trabalho, reconhece aos indígenas o direito de manter seus próprios costumes e instituições, incluindo as medidas punitivas.

Mirna Cunningham¹¹, membro do Foro Permanente de Assuntos Indígenas, explica que essa forma de pensar, a de que os indígenas são sempre selvagens, fora do contexto correto de moral e de direito, é considerado, no que diz respeito ao conhecimento dos povos indígenas atual, ultrapassado:

[...] como algo atrasado y salvaje, que además ve al indígena como sospechoso de terrorismo [...]. La criminalización que hacen los gobiernos latinoamericanos sobre las acciones y protestas de los pueblos originarios y de ver al indígena como terrorista refleja las concepciones racistas que trajeron los colonizadores hace más de cinco siglos.

Tratar o indígena em seu habitat, considerando seu comportamento em rituais como crime, sem levar em consideração a sua identidade cultural, não significa tratar a imputabilidade penal de acordo com situação jurídica do índio na sociedade nacional. Os níveis de integração consolidados pela Lei 6.0001/73 podem e devem ser aplicados na esfera penal, pois é importante respeitar as tradições dos grupos indígenas em seu meio, especialmente aos indígenas que optem por viver sua cultura, no convívio com os seus pares.

CONCLUSÃO

Os povos indígenas na América ou outros países do globo são possuidores das terras em que vivem antes de seus colonizadores, mas a maioria das etnias existentes já estão em contato com a sociedade nacional e conhecem as leis de seu Estado e têm conhecimento dos comportamentos ilícitos fora de seu habitat.

¹¹ Disponível em: <<http://www.racismoambiental.net.br>>. 16 de julho de 2013. Postado em Acesso em 19 de julho de 2013.

Não obstante a isso, os povos isolados ou que não tenham consciência de outro conjunto de valores diferente de seu contexto cultural, não podem ser punidos por seus atos ou por rituais que são parte de sua identidade cultural.

O conhecimento ou a busca do conhecimento sobre os povos indígenas, a investigação de sua identidade cultural e de seu modo de vida, não podem levar o Estado a interferir em seu comportamento se não estiverem integrados a comunidade nacional. Mas, nos casos dos povos indígenas que se integram à sociedade, ou nos casos em que estes têm certa consciência de seus atos e da legislação nacional, aí sim, eles devem ser responsabilizados por seus crimes, ainda que sejam considerados ritos tradicionais de seu povo, mas vistos pela lei nacional como delitos.

Os rituais indígenas devem ser respeitados como representações da identidade cultural indígena. As crenças destes povos estão refletidas nestes rituais, consolidadas nas experiências festivas que traduzem e mantem viva a sua história, a sua identidade cultural. Portanto, estes rituais devem ser respeitados pela lei, ainda que esteja em conflito com a moral do Estado nacional. O conflito entre a moral e a lei não pode tocar o que não esteja inserido no contexto cultural da sociedade nacional.

Não obstante todo o aprofundamento da questão sob o ponto de vista antropológico, este tema continua sendo muito complexo do ponto de vista jurídico, porque não há um consenso sobre a questão do grau de integração que nos permite compreender os limites dos fatos morais e legais dos ritos indígenas.

Não é possível valorar os limites do multiculturalismo indígena para descrever e avaliar a realidade dos indígenas contemporâneos. A identidade indígena tem em seus rituais, um contexto muito amplo de percepção de sua realidade e leva em conta seu território ancestral, a natureza selvagem, práticas culturais de seus antepassados e ainda, a economia de subsistência.

A sociedade política internacional já compreendeu que os indígenas são titulares legítimos dos direitos culturais e o Estado têm criado leis que reconhecem tais direitos. Mas a maioria dos cidadãos dos Estados não compreende sua forma de vida e não aceita que eles, os indígenas, sejam diferentes, com suas próprias categorias descritivas e normativas.

Esta relação conturbada entre índios e não índios impede a efetividade das normas constitucionais de reconhecimento do direito à diferença, especialmente no que diz respeito ao comportamento tido pela sociedade como crime e que para determinados grupos indígenas

fazem parte de sua identidade cultural. Esta problemática impede o Estado de reconhecer e acomodar os diversos grupos indígenas, apropriadamente, na comunidade política. Tem criado obstáculos à aprovação de nova lei especial, e conseqüentemente, ao entendimento sobre a efetividade dos direitos indígenas e da garantia multicultural às suas tradições e rituais, conforme o seu modo de vida. A moral e as normas da sociedade impõe a integração do indígena à “comunhão nacional”, o que está na contramão da nova percepção política dos direitos indígenas na atualidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTERINI, Jorge Horacio; CORNA, Pablo María; VÁSQUEZ, Gabriela Alejandra. **Propiedad Indígena**. Buenos Aires: Educa, 2005, 208..

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

ARUAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos indígenas e a “lei dos brancos”: o direito à diferença**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de educação continuada, alfabetização e diversidade: LACED/Museu Nacional, 2006.

BENCHIMOL, Samuel. **Estrutura Geo-social e econômica da Amazônia**. 1º volume. Série Euclides da Cunha. Manaus: Governo do Estado do Amazonas, 1966.

BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário: Instituições de Direito Comunitário Comparado: União Europeia e Mercosul**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASÍLIA. **Código Civil. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002**. Aprova o novo *código civil* brasileiro. Congresso Nacional, Brasília, DF, 2002.

BRASILÍLIA. **Código Civil. Lei n. 3.071 de 01 de Janeiro de 1916**. Congresso Nacional, Brasília, DF, 1995.

BRASIL. **Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o estatuto do índio**. Brasília, 1975.

FREITAS, Urias Sérgio de. **1973: Garimpo do Tapajós: terra sem lei...** Manaus: editora Valer, 2007.

GALLOIS, Dominique Tilkin. **Culturas indígenas e processos de patrimonialização**. *Apud* BARROS, Benedita da Silva *et al.* Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi: Centro Universitário do Pará, 2006.

GUARAGNI, Fábio André. **Culpabilidade: Tratamento jurídico-penal do indígena**. Hiléia: Revista do Direito Ambiental da Amazônia, ano 8, n. 15, Manaus, UEA, p. 99-109, 2011.

LANGDON, Esther Jean. **Rito como Conceito Chave para a Compreensão de Processos Sociais** Apud LIMA, Antonio Carlos (org.). Associação Brasileira de Antropologia, Antropologia em primeira mão: 2007.

LORRAÍN, América. **A Patrimonialização da Arte e da Cultura Indígena na Colômbia**. O caso do Sombrero Vueltiao. In: Brasil. Tellus ISSN: 0040-2826 ed: v.17 fasc.1 p.207 - 229, 2009.

MELATTI, Júlio Cesar. **Índios do Brasil**. Rio de Janeiro: Hucitec, 1980.

PEIRANO, M. (org.). **Rituais ontem e hoje**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SANTAGATI, Claudio Jesús. **Manual de Derechos humanos**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 2012.

STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. **Reflexões jurídicas acerca dos direitos dos povos e seus conhecimentos tradicionais**. in Hiléia: Revista do Direito Ambiental da Amazônia, ano 8, n. 15, Manaus, UEA, 2011, p. 37-52.

URT, João Nackle. **Para compreender a emergência dos povos indígenas no mundo contemporâneo**. Vol.12, n. 124, mar.-abr. Rio de Janeiro: Meridiano 47, 2011.

SITES:

BRASIL, **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**, Disponível em <<http://www.fundaj.gov.br>>. Acesso em 20 de julho de 2014.

Cultura e Cidadania. Ritos indígenas. Disponível em www.lingcultural.blogspot.com.br, postado por Ambiente Cultural em 13 de maio de 2010. Acesso em 18 de julho de 2014.

CUNNINGHAM, Mirna. **ONU: La discriminación a indígenas sigue como en los tiempos coloniales**. Disponível em: <<http://www.racismoambiental.net.br>>. 16 de julho de 2013. Postado em Acesso em 19 de julho de 2013.

BRASIL, **Declaração de Belém sobre indígenas isolados**. Disponível em <<http://www.isa.gov.br>>. Acesso em 20 de julho de 2014.

SOUTO MAIOR, Ana Paula Caldeira. **Imputabilidade Penal**. Disponível em <<http://www.isa.gov.br>> em junho de 2011. Acesso em 10 de julho de 2013.

SZTUTMAN, Renato. **Rituais**. Disponível em <<http://www.isa.org.br>>. Postado em agosto de 2008. Acesso em 10 de julho de 2013.