

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ANTROPOLOGIA

EDSON DAMAS DA SILVEIRA

PERÍCIA ANTROPOLÓGICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA
À AMPLA DEFESA NOS CASOS DE
CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Recife
2013

EDSON DAMAS DA SILVEIRA

**PERÍCIA ANTROPOLÓGICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA
À AMPLA DEFESA NOS CASOS DE
CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Antropologia.

Orientador Professor Dr. Carlos Alberto Cirino

Co-orientadora Professora Dra. Vânia Fialho

**Recife
2013**

Catálogo na fonte

S587p Silveira, Edson Damas da.

Perícia antropologia como direito fundamental indígena à ampla defesa nos casos de crimes contra a dignidade sexual / Edson Damas da Silveira. – O autor : Recife, 2013

140 f. ; 30 cm

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Cirino.

Coorientadora: Prof.^a Dr.^a Vânia Fialho

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, CFCH. Programa de Pós-Graduação em Antropologia, 2013.

Inclui referência.

Bibliotecária, Divonete Tenório Ferraz Gominho. CRB-4 985

EDSON DAMAS DA SILVEIRA

**“PERÍCIA ANTROPOLÓGICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA À
AMPLA DEFESA NOS CASOS DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL”.**

Dissertação apresentada ao Mestrado
Interinstitucional UFPE/UFRR como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre em
Antropologia.

Com co-orientação da Prof^a Dr^a Vânia Rocha
Fialho de Paiva e Souza

Aprovado em: 20/09/2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof^o Dr^o Carlos Alberto Marinho Cirino (Orientador – UFPE)
Mestrado Interinstitucional UFRR/UFPE

Prof^o Dr^o Russell Parry Scott - Representando Renato Monteiro Athias (Examinador Titular
Interno)
Programa de Pós-Graduação em Antropologia – UFPE

Prof^o Dr^o Helder Girão Barreto (Examinadora Titular Externa)
FAC. CATHEDRAL

**A vida é guiada por motivações... e eu tenho
três: Jussara, Pedro Henrique e Maria
Clara...é para vocês !!!**

AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal de Pernambuco, particularmente nas pessoas dos Professores Antonio Mota e Renato Athias, por acreditarem ser possível empreender no Estado de Roraima um MINTER em antropologia.

Aos pesquisadores e professores do Instituto de Antropologia da Universidade do Estado de Roraima, pelo apoio, ensinamentos e compartilhamento de idéias.

Ao amigo e Professor Carlos Alberto Cirino, meu orientador e por quem nutro profundo sentimento de respeito e gratidão.

À Professora Vânia Fialho, da Universidade Federal de Pernambuco, pela sua orientação firme, esclarecedora e condizente com os propósitos deste trabalho.

Ao Procurador-Geral de Justiça do Estado de Roraima, Fábio Bastos Stica, por ter me proporcionado o tempo que precisei para cursar antropologia.

RESUMO

Este trabalho de pesquisa aborda uma hipótese muito singular de perícia antropológica, aquela manifestada por intermédio de laudos dentro dos processos criminais e que investigam a conduta dos indivíduos índios. Em razão do novo texto constitucional, o cidadão indígena tem agora o direito de ser reconhecido como tal, assim como de se manter na sua diferença, sendo respeitado e protegido pelo estado nessa qualidade. Por isso que se defende a tese que uma vez declarado indígena, não pode o magistrado deixar de lhe deferir a feitura de eventual laudo antropológico, tudo no sentido de se verificar no caso concreto o grau da sua imputabilidade ou mesmo reconhecer ocorrência de erro de proibição culturalmente condicionado, ambas as hipóteses para excluir a sua culpabilidade no processo penal. Como se trata de respeito a sua cultura, com valores próprios e ainda que diversos daqueles praticados pela civilização do ocidente, envereda este trabalho de pesquisa por concluir que no caso dos direitos fundamentais dessas minorias étnicas, eles são indisponíveis e quando não observados pelas autoridades torna nulo todo o processo criminal. Para ilustrar a hipótese ventilada, trabalhamos com três estudos de caso, pesquisados a partir dos foros do Estado de Roraima e que tratam do peculiar delito contra a dignidade sexual. Todos os fatos ocorreram dentro de terra indígena e com o envolvimento de índios, tanto no pólo ativo como no passivo da demanda. Foi a partir de tais estudos que propomos ao final a realização de um novo modelo de laudo antropológico, por nós chamado de “emancipatório” e ainda mais afinado com o vigente arcabouço constitucional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: LAUDO ANTROPOLÓGICO. DIREITO FUNDAMENTAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. PROCESSO PENAL.

ABSTRACT

This research deals with a singular hypothesis of anthropological expertise, manifested through technical studies performed during criminal procedures that investigate the conduct of indigenous. Due to the constitutional text, the indigenous citizen has the right to be recognized as indigenous and to maintain its culture. In this context, if the respondent is indigenous, the Judge needs to consider an anthropological referee, in order to verify the culpability or prohibition error (culturally conditioned) related to the case, because both hypotheses affect punishment criteria in criminal procedures. These cultural differences, related to indigenous populations, may conduct to criminal procedures invalidation if is observed in case, that fundamental rights of these ethnic minorities are affected. To illustrate this hypothesis are presented case studies, occurred in Roraima, related to sexual offenses within indigenous lands involving indigenous as respondents and victims. Considering these cultural differences and constitutional rights, it is proposed a new model of anthropological “emancipating” referee aiming to accomplish Brazilian constitutional guarantees.

KEYWORDS: ANTHROPOLOGICAL REFEREE. FUNDAMENTAL RIGHT. SEXUAL OFFENSE. CRIMINAL PROCEDURE.

LISTA DE SIGLAS

ABA – Associação Brasileira de Antropologia
ADin – Ação direta de inconstitucionalidade
AgR – Agravo regimental
AI – Agravo de instrumento
AP – Ação penal
Art - Artigo
CF – Constituição Federal
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
FUNAI – Fundação Nacional do Índio
HC – Habeas corpus
MP – Ministério Público
MPF - Ministério Público Federal
MS – Mandado de segurança
OEA – Organização dos Estados Americanos
ONU – Organização das Nações Unidas
Pet – Petição
RANI – Registro Administrativo de Nascimento Indígena
Rel - Relator
REsp – Recurso especial
RExtr – Recurso extraordinário
RMS – Recurso em mandado de segurança
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJRR – Tribunal de Justiça do Estado de Roraima

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. DIREITO E ANTROPOLOGIA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO.....	13
2.1. À guisa dos encontros e dos desencontros.....	14
2.2. Por uma antropologia da ação.....	19
2.3. Olhar, ouvir e decidir – o direito em ação.....	22
2.4. Esforços isolados de interlocução.....	25
2.5. A emergência da Carta de Ponta das Canas.....	31
3. PERÍCIA ANTROPOLÓGICA E DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS.....	36
3.1. Direitos naturais, humanos e fundamentais como categorias ocidentais de comportamento.....	36
3.2. Interculturalidade e direitos humanos.....	41
3.3. Diferença como direito fundamental.....	46
3.4. Perícia antropológica como direito processual fundamental.....	50
3.5. Laudos antropológicos na jurisprudência dos tribunais superiores.....	52
3.6. A questão da culpabilidade indígena na teoria do delito.....	56
3.7. Hipóteses do erro de proibição do índio por conduta culturalmente condicionada.....	60
4. ESTUDOS DE CASO.....	66
4.1. Comissão Interdisciplinar de Efetivação das Prerrogativas Institucionais de Defesa dos Direitos Indígenas Fundamentais – CIDIF.....	66
4.2. Povos Macuxi e Wapichana.....	69
4.3. Mais delimitação do objeto e dos estudos de caso.....	72
4.4.1. Estudo de caso nº 01.....	74
4.4.1.1. Considerações jurídicas e antropológicas a respeito do caso.....	79
4.4.2.. Estudo de caso nº 02.....	84
4.4.2.1. Considerações jurídicas e antropológicas a respeito do caso.....	89

4.4.3. Estudo de caso nº 03.....	93
4.4.3.1. Considerações jurídicas e antropológicas a respeito do caso.....	96
4.5. Problematicando menoridade e sexualidade indígena: elementos comuns nos três casos de estupro.....	101
5. POR UM LAUDO ANTROPOLÓGICO EMANCIPATÓRIO.....	106
5.1. Breve contexto histórico das perícias e dos laudos antropológicos no Brasil.....	108
5.2. Perícias antropológicas para o direito.....	109
5.3. Perícias e laudos na perspectiva emancipatória dos antropólogos.....	113
5.4. Questionamentos atuais e recorrentes a respeito dos laudos antropológicos.....	118
5.4.1. Privatividade.....	119
5.4.2. Natureza.....	121
5.4.3. Prazo.....	124
5.4.4. Imparcialidade.....	125
5.4.5. Subjetividade.....	128
5.4.6. Quesitação.....	130
5.4.7. Contra-laudo.....	131
5.5. Laudo antropológico nas hipóteses de crimes contra a dignidade sexual.....	133
6. CONCLUSÃO.....	136
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	138

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho de pesquisa teve uma motivação bem prática, qual seja, refletir acerca dos laudos antropológicos em juízo, justamente aqueles que deveriam restar entabulados em processos criminais para se averiguar o grau de imputabilidade ou ocorrência de eventual erro de proibição culturalmente condicionado, no caso de indígenas acusados de crimes contra a dignidade sexual.

Obviamente que o trabalho encerra um debate mais profundo e preliminar, a discutir todo um relacionamento entre antropologia e direito que, nos casos específicos de laudos individuais, encontram certa dificuldade de interlocução em face da legislação mais genérica e pouco específica sobre o tema.

E principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, a dar visibilidade aos membros dessas minorias étnicas e também alçando seus direitos à categoria de fundamentais, a questão dos laudos antropológicos ganhou corpo de essencialidade dentro dos feitos criminais, a torná-los nulos *ab initio* se acaso não se verificar a condição de indígena do acusado ou mesmo recusar a feitura do respectivo laudo antropológico.

Essa problemática diz respeito ao devido processo legal e as suas consequências de amplitude do direito à prova, porquanto valores e modo de vida diferenciado agora importam ao feito na medida em que compete ao Estado Brasileiro protegê-los sob o pálio de bens culturais nacionais de natureza imaterial.

Para ilustrar o necessário diálogo que deve haver entre antropologia e direito nessas hipóteses, primeiro registraremos os desacertos que existem em sede jurisprudencial, passando rapidamente os olhos pelos escassos precedentes de nossos tribunais superiores, a praticamente tergiversar sobre a matéria.

Em seguida, iremos apresentar três casos concretos que guardam estreita simetria entre si em razão das seguintes características comuns: - judicializados em Roraima, justamente o Estado proporcionalmente mais indígena da Federação; tratantes de crimes contra a dignidade sexual praticado por indígena, contra indígena e dentro de terra indígena; e nenhum deles com laudo antropológico, em evidente prejuízo para as partes rés no processo criminal.

Por critérios de amostragem e também qualitativo que serão explicados no decorrer do texto, os casos pesquisados decorrem de projeto de pesquisa de quase dois anos dentro da Penitenciária Agrícola do Monte Cristo, em Roraima, e particularmente acompanhando processos onde constam indígenas como acusados dos mais variados delitos, todos cumprindo pena em regime fechado na Capital do Estado.

Os resultados colhidos empiricamente no campo, quer sobre registros dos nossos Tribunais Superiores, quer nos escaninhos da Justiça Roraimense, haverão de ser problematizados para fins de esclarecer em que medida é possível se construir um laudo antropológico que atenda aos anseios da antropologia e também o fim útil do processo, segundo esperam os operadores oficiais do direito e conforme a nova ordem constitucional.

Nessa linha preliminar de idéias segue o estudo, dividido em quatro capítulos que, concatenados em ordem lógica de fundamento, tratarão da relação entre direito e antropologia como diálogo necessário nesse novo alvorecer normativo, inserindo-se ainda na discussão de categorias como direitos naturais, humanos e fundamentais.

Após exposição dos estudos de caso noticiados, findaremos o trabalho com um capítulo eminentemente prático e propositivo no que diz respeito aos laudos antropológicos de natureza individual, nos valendo da experiência acumulada por ocasião desses levantamentos empíricos, ensejando propor um novo modelo de perícia com tais especificidades, tudo para mediar dificuldades vivenciadas pelos profissionais da antropologia no cotidiano forense, em vista das necessidades processuais emergentes que as causas requerem, à luz ainda do que se permite no direito.

2. DIREITO E ANTROPOLOGIA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO

O povo Gola, do interior da Libéria, tem um provérbio que sentencia: “a lei é como um camaleão – muda de forma em cada lugar, e só pode ser controlada pelos que conhecem seus costumes” (BOHANNAN, 1966). A inteligência daquele milenar pensamento fará pano de fundo para os encontros e desencontros que, permanentemente, sempre permearam as relações entre antropologia e direito, mas que com o novo alvorecer do texto constitucional de 1988 nunca estiveram tão próximos, convergentes e interdependentes no Brasil.

Para refinar o discurso, apenas troco “lei” pela abrangência do termo “direito”, porquanto se compreender aquela primeira expressão apenas como um dos veículos introdutórios de normas, regras e princípios no ordenamento jurídico (...este sim objeto de estudo do direito), todos a prescrevem comportamentos humanos futuros e concebidos como ideais de retidão nos planos das respectivas sociedades reguladoras (CARVALHO, 1993).

Dito enfim de outro modo, o direito é como um camaleão – muda de forma em cada lugar, e só pode ser controlado pelos que conhecem seus costumes. E essa mudança de forma do direito veio expressamente autorizada pelo inciso II do art. 216, a catalogar como nosso patrimônio cultural – aumentando assim o rol dos direitos fundamentais¹ - os modos de criar, fazer e viver dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. E para que serve o direito senão para regular os modos de vida dos indivíduos dentro da sociedade?

Particularmente aos povos indígenas, a atual Constituição Federal também reconheceu como categoria de direitos a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, competindo ao estado protegê-los e fazer respeitar todos os seus bens (art. 231, *caput*), aí entendidos os de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto (art. 216, *caput*), tudo porque o Brasil anseia doravante ser reconhecido como uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito (Preâmbulo da CF/88).

Tudo isso para dizer que a nova ordem constitucional opera agora com o viés do salutar estranhamento e estando aberta para os “diferentes”, tendo eles o direito de se manterem nas suas diferenças enquanto tais e sob a rubrica dos “direitos culturais”, se

¹ Excelente tratado acerca dessa re colocação da cultura dentro do sistema jurídico brasileiro como categoria de direitos fundamentais pode ser encontrado na obra de Tânia Maria dos Santos, intitulada **O direito à cultura na Constituição Federal de 1988**, publicada pela Editora Verbo Jurídico no ano de 2007, para onde reportamos o leitor.

comprometendo o estado a reconhecê-los, protegê-los e também promovê-los com ações afirmativas.

É justamente nessa fenda aberta do sistema jurídico nacional que antropologia e direito haverão de se encontrar, se acertar e principalmente dialogar, pois retornando aos termos da metáfora do camaleão, ele (...o “camaleão do direito”) reconhecidamente muda de forma em cada lugar (porque de fato e apenas se realiza localmente), somente podendo ser controlado pelos que conhecem seus costumes, quando os magistrados realmente irão se valer dos conhecimentos e da pesquisa produzida por antropólogos – nas demandas envolvendo minorias étnicas – a fim de poder decidir os conflitos que lhes serão submetidos.

Esse ponto de contato se materializa principalmente na forma das perícias incitadas em juízo, justamente nosso objeto de estudo neste texto de dissertação e a significar - no plano das ações afirmativas – uma possibilidade real e concreta de interagir conhecimentos antropológicos com a missão de julgar por parte do Estado Nacional.

Se o direito no Brasil deve ser encarado como um “camaleão”, ele haverá de se modificar para adaptar-se ao meio que se destina e o cerca. Porém, tal como acontece com o camaleão, e sob qualquer aspecto que se apresente, não deixará de ser reconhecido sempre como um ser, ou seja, como um animal reconhecível e pronto para ser estudado por todos os outros ramos da ciência. E a sua própria mutabilidade, porosidade ou abertura advogados pela Constituição Federal de 1988 é sim uma de suas principais capacidades; aliás, a que mais irá fortalecê-lo para os novos tempos que se inauguram (BOHANNAN, 1966).

2.1. À guisa dos encontros e dos desencontros

Indene de dúvidas, tanto para antropólogos quanto para juristas, que: - (a) em toda a sociedade existe um corpo de categorias culturais, de regras ou códigos que definem os direitos e deveres legais entre os homens; (b) em toda a sociedade disputas e conflitos surgem quando essas regras são rompidas; e (c) em toda a sociedade existem meios institucionalizados através dos quais esses conflitos são resolvidos e por meio dos quais as regras jurídicas são reafirmadas e/ou redefinidas (DAVIS, 1973).

Dentro dessa perspectiva é que direito e antropologia devem se ajustar, agora no compasso da porosidade pretendida pelos foros judiciais. Diante dessa necessária articulação, devemos reconhecer que a antropologia – diferentemente da tradição do nosso direito positivo

- é por natureza uma ciência fundamentada na abertura cognitiva, razão pela qual a sua textura interna revela uma permeabilidade entre as suas muitas disciplinas objetivas, não havendo, em princípio, nenhum motivo para separar com radicalidade os dois grandes campos em que seus estudos podem se concentrar, quais sejam, aquele da antropologia física e que busca focalizar o homem em sua evolução física (como a paleontologia humana, somatologia, antropometria etc.); e o da antropologia cultural, cuja atenção se encontra mais voltada para o homem em sua evolução cultural, isto é, procura compreender que os produtos civilizacionais resultam da síntese do homem com a natureza, com os outros homens, todas engendradas em meio ao conjunto de projetos delimitados pelo campo da cultura e a partir de contextos históricos e geográficos bem determinados (exemplos disso são as pesquisas no âmbito da arqueologia, etnografia, etnologia etc.) (PAULINO, 2011).

Obviamente que o direito é aqui percebido por nós como um desses produtos civilizacionais que deve estar em intercâmbio permanente com a antropologia, pois ambos têm interesse pelo homem, só que para a antropologia o homem é seu objeto de estudo e para o direito o seu único protagonista, destinatário final dos seus últimos resultados, com a peculiar característica de que a ciência do direito envolve sempre um problema de decisão de conflitos sociais, tendo por objeto central invariavelmente o próprio ser humano (FERRAZ Jr., 1995)

Assim como na antropologia, também o direito pode ser encarado por dois enfoques não necessariamente díspares, a saber: - um foco na sua vocação dogmática, que não questiona suas premissas (dogmas) e onde predomina o sentido diretivo do discurso, prescrevendo o comportamento das pessoas e induzindo-as a uma ação tida por ideal. E outro enfoque na sua aspiração zetética, apta a se preocupar mais com o problema especulativo, onde predomina o sentido mais informativo do discurso e que visa descrever certo estado das coisas. Na linha da zetética jurídica, se procura enfatizar mais os aspectos antropológicos, filosóficos, históricos e sociológicos, insistindo na inserção do direito no universo da cultura, da justiça, da história e dos fatos sociais (FERRAZ Jr, 1995).

Com efeito, e numa perspectiva dogmática, aparentemente o direito tende a se afastar da antropologia e de outras áreas do conhecimento; enquanto, numa perspectiva zetética, o direito se aproxima da antropologia e de outras áreas do conhecimento (ASSIS & KUMPEL, 2011).

No entanto, inegável nos parece que a função do direito – diferentemente do relativismo da antropologia – é sempre regular e padronizar comportamentos humanos, tomando decisões e procurando resolver os problemas. Típico do direito é racionalizar, transformando o que é diverso em único; sendo, por outro lado, próprio das demais ciências sociais respeitar as especificidades e as individualidades do objeto pesquisado (LIMA, 1983).

Esse processo de respeito aos modos do outro, partindo de uma premissa humanista de que não se pode atribuir genericamente e abstratamente uniformidade de condutas para grupos desiguais - ainda que pertencentes a um mesmo agrupamento social organizado -, pressupõe um exercício de relativização muito próprio da pesquisa antropológica. É que a sociedade abrange muitos indivíduos variáveis em termos de características mentais, quer por sua constituição biológica, quer pelas suas condições sociais específicas sob as quais eles cresceram. Apesar disso, muitos deles reagem de modos similares, mas há inúmeros casos nos quais podemos encontrar uma clara marca da cultura sobre o comportamento da grande massa de indivíduos (BOAS, 2010).

Entretanto, não podemos perder de vista neste estudo que o direito é um campo prático, empírico e que existe para administrar os conflitos entre as pessoas, seres de carne e osso, que precisam resolver os seus problemas cotidianos. Em tempos de modernidade, com a sociedade cada vez mais complexa em suas relações intersubjetivas, o direito tem de que se preocupar cada vez mais em como as coisas de fato são. O “mundo do direito”, e isso não podemos jamais olvidar, é o mundo cada vez mais próximo do real (BAPTISTA, 2008).

Em assim sendo, numa proposta de abertura e de diálogo com os outros segmentos das ciências sociais, importa então minimizar aquela velha máxima Kelsiana (1979) de que a dimensão do direito se realizaria apenas no mundo do “dever ser”, projetando para o futuro um comportamento societário previsível. Essa destacada sacralização do normativismo desqualifica a prática jurídica em tempos modernos e questiona o fato do direito exigir, e assim se sobrepujar à aplicação de regras que apenas visam o mundo do ideal.

Como destacado por Garapon (1997), um direito demasiadamente ideal é muitas vezes inaplicável, de modo que o distanciamento entre o direito dos códigos e o direito vivido tornou-se perigoso, tendo em vista que a distorção entre o que a lei determina e o que a prática realiza causa de fato uma anomalia, decorrente não da ausência do direito, mas do seu caráter excessivamente abstrato, generalizante e desconectado com a realidade social.

E à antropologia compete oferecer subsídios para que as decisões jurídicas - principalmente sobre as vidas de grupos humanos - respeitem ao máximo suas dinâmicas socioculturais. Nesse sentido, cabe à antropologia a investigação especializada sobre a especificidade do comportamento, da organização social, dos valores, sentimentos e crenças das sociedades humanas, seu estilo de vida e cosmovisão, uma espécie de senha de acesso a outras realidades. Tal especialização se dá ancorada em metodologia própria, capaz de proporcionar um olhar de alcance profundo sobre a vida em sociedade de um grupo humano e, portanto, capaz de dar essa qualidade à tradução dos termos (CARREIRA, 2008)

Enfim, ao antropólogo cabe contextualizar e dar visibilidade às categorias de pensamento e às práticas sociais que orientam a relação do grupo com o objeto do processo em questão, seja ele um procedimento administrativo ou judicial (CARREIRA, 2008).

Essas práticas sociais reveladas, de par com os valores e estilos de vida, interessam sobremaneira ao direito, pois diz respeito – particularmente em relação aos povos indígenas – à sua organização social, lançada agora à condição de direito cultural com viés de direitos fundamentais no texto constitucional de 1988, segundo consta da cabeça do seu art. 231.

De fato, a antropologia compartilha com a sociologia o interesse da organização social tal qual estipulado no dispositivo anteriormente citado, se preocupando em estudar as estruturas sociais e as suas práticas numa determinada sociedade, dando ênfase maior para que esta última na apreensão do ponto de vista interno, do nativo ou do seu ator (OLIVEIRA, 2007).

Por isso é que temos a percepção que o desafio do nosso direito está em se apropriar dessas informações empíricas para moldá-las dentro daquela estrutura normativa citada e delimitada, com vistas a adequá-las corretamente, com justeza e dando uma satisfação prática de justiça para aquela sociedade destinatária do provimento jurisdicional.

No dizer de Geertz (2009), seria entender o processo judicial como um artefato cultural, pressupondo que todo processo jurídico envolve um movimento no sentido de simplificar os fatos vividos de forma que possam ser “emparelhados” às normas, bem como que se materialize nele um sistema de descrição do mundo a que se predispõe a interpretar.

Ainda com Geertz (2009), o direito se realiza num mundo no qual a sua lógica realmente faz sentido. Isso implica novamente retomarmos a clássica temática da relação entre fato e a lei, entre o “ser” e o “dever-ser”, muito comum também a outras áreas do

conhecimento. Partindo dessa equação, fica fácil demonstrar que o direito é uma maneira de imaginar o mundo em meio a tantas outras, como a arte, o senso comum etc. Só que no caso do direito, se trata de uma representação normativa pautada numa determinada maneira de imaginar como “devam ser” as coisas (a lei) e como elas “são” (o fato), procurando desenvolver um sentido de “justiça” que é sempre específico, muito “localizado”, em dependência de como se relacionam fato e lei nos diferentes contextos culturais.

Ensina Geertz (2009) que tal como a ciência, a religião, a arte e a antropologia, o direito também é um “conhecimento local”, a ser analisado e até pensado – seja por juristas, seja por antropólogos – a partir do modo como se relaciona com a vida social que ele constrói. E isso principalmente num contexto como o atual, em que culturas e sentimentos de justiça variados convivem lado a lado, configurando aquilo que hoje compreendemos por “pluralismo jurídico”.

Ora, se a lei é tão sujeita a mudanças como um camaleão, e tão ampla quanto a sua própria vida, seu conjunto está, obviamente, além da competência de qualquer indivíduo ou mesmo de qualquer profissão. Diz Bohannan (1996) ser necessário que haja muitos especialistas para estudá-la, compreendê-la e aplicá-la. E esses especialistas podem ser rapidamente divididos em dois grandes grupos, o daqueles que se preocupam com a lei enquanto relacionada ao comportamento, e os que estudam os aspectos intelectuais e filosóficos da lei.

Indubitavelmente que os primeiros representam os advogados, juízes, promotores de justiça, policiais e legisladores; enquanto que os segundos são os estudiosos de jurisprudência, da história da arte e do governo, e também os antropólogos, que se concentraram no estudo das maneiras pelas quais os diversos povos, através do mundo, resolvem suas disputas e mantêm, ao menos, um pouco de ordem pública (BOHANNAN, 1966).

Nesse estágio de intersecção é que direito e antropologia precisam se encontrar para dialogar, a fim de realizar os desígnios de um autêntico Estado de Direito, como projeto de uma sociedade democrática e que pretende estimular o convívio respeitoso com os diferentes. Então, direito e antropologia haverão de se imbricar na dimensão do “pluralismo cultural” tão festejado e preconizado pela nossa Carta da República de 1988 (LEITE, 2005). Contudo, essa mudança de postura não deve partir apenas do campo do direito, mas - sobretudo - com a disposição da antropologia para agir, como veremos no próximo tópico.

2.2. Por uma antropologia da ação

O rótulo “antropologia da ação” usado pela comunidade antropológica tem sido por vezes confundido como um tipo de “trabalho social” e, na medida em que se afasta da ciência pura, é visto igualmente como simples aplicação de conhecimento a um “problema social prático” (O'DWYE, 2008).

O antropólogo Sol Tax admite que o termo “antropologia da ação”, primeiramente usado por ele em 1951, tinha o objetivo de qualificar as pesquisas realizadas por antropólogos que trabalhavam juntos na Universidade de Chicago, mas terminou por assumir em certos círculos uma conotação negativa. Assim, em artigo de 1975, pretendia duplamente esclarecer o significado implícito dessa auto-atribuição e demonstrar como os antropólogos mencionados vinham naquele contexto “praticando a ação antropológica” (O'DWYE, 2008).

A expressão, segundo O'DWYE (2008), fora usada para indicar o trabalho do antropólogo em situações de contato entre povos e comunidades de pessoas culturalmente diferentes, notadamente quando tais situações envolviam relações de poder que impunham uma direção única à mudança, como no caso dos povos indígenas da América do Norte. Era nesse contexto restrito, denominado de “situação de aculturação”, que se manifestava o interesse em desenvolver a teoria antropológica.

Tax ainda argumentava que, confrontados com tal situação, os pesquisadores mantinham-se na “tradição antropológica” ao estudá-la “em primeira mão”, tendo a consciência de que o trabalho de campo constitui uma prática clássica de investigação antropológica. Deste modo, ao definir a si próprio – bem como aos seus pares da Universidade de Chicago – como “pesquisadores de campo”, Sol Tax utilizava critérios de pertencimento e afiliação próprios ao fazer antropológico (O'DWYE, 2008).

No Brasil, o termo “antropologia da ação” proposto Tax foi primeiramente usado no âmbito dos estudos sobre contato interétnico, principalmente em situações consideradas de fricção entre populações indígenas e o chamado “mundo dos brancos”. A pesquisa antropológica, naquele contexto, deveria igualmente apreender e compreender as aspirações da população indígena levando em conta o sistema interétnico, no qual índios e regionais desfrutavam de um convívio extremamente desfavorável para os primeiros (OLIVEIRA, 1978).

Dentre essas possíveis aspirações destacava-se principalmente o reconhecimento do território indígena como localidade sobre a qual se assenta a identidade tribal. No contexto daquele debate crítico, e com a emergência do campo das ações indigenistas, pensava-se na possibilidade de uma antropologia da ação através da criação de novos conhecimentos como condição de trabalho prático (OLIVEIRA, 1978).

Foi assim que nos últimos vinte anos, tendo como marco inicial o texto constitucional de 1988 e o reconhecimento dos direitos indígenas no Brasil, ocorreu uma enorme expansão do mercado de trabalho fora da academia, inobstante a antropologia brasileira ter sempre mantido alguma articulação entre o trabalho desenvolvido nas universidades e a implementação das políticas públicas. Emerge uma antropologia com o *status* de “não acadêmica”, concebida por alguns de “antropologia prática”, por outros de “antropologia aplicada” e por nós, doravante no corpo deste trabalho, por “antropologia da ação” (OLIVEIRA, 2008).

Estão compreendidos nessa categoria de profissionais os antropólogos que trabalham nos quadros dos Ministérios Públicos brasileiro, quando assessoram os respectivos Membros para interpretar adequadamente características de territórios indígenas e quilombolas, ou para viabilizar a defesa dos direitos e interesses dessas populações em sentido amplo. Na mesma direção, os antropólogos contratados por ONG’s voltadas para a área socioambiental, ou para os mais diversos serviços sociais, onde envolvem esforços interpretativos ou de mediação cultural (OLIVEIRA, 2007).

Realmente é impressionante o leque de áreas de atuação que se abriu para a antropologia, para o antropólogo e profissionais de outras áreas com especialidade em antropologia. Isso fez com que a Associação Brasileira de Antropologia – ABA, ciosa por tratar da relação dessa diversidade, intensificasse já a partir de 2002 duas linhas centrais de ação com vistas a enfrentar essa nova realidade, uma ligada à questão do ensino da antropologia no Brasil, e outra, ligada diretamente ao nosso foco de interesse neste trabalho, que diz respeito ao aspecto ético da profissão, agora diante dessa particular demanda do mercado (DEBERT, 2008).

Por opção epistemológica mesmo, deixaremos de abordar a formação do antropólogo em face dessa nova demanda para centrarmos esforços de reflexão – e logo mais a seguir, ao nos aprofundarmos na discussão da Carta de Ponta das Canas - sobre o componente ético do profissional da “antropologia da ação”.

Segundo Laraia (1998), até a gestão da diretoria da Associação Brasileira de Antropologia - ABA para o biênio 1986-1988, os antropólogos guiavam sua conduta por um “código moral costumeiro” transmitido de uma geração a outra de antropólogos, norteados pelo bom senso e pelo costume. Em função dos novos campos de atuação profissional abertos com a Constituição de 1988, restou elaborado pela ABA um código de ética escrito. Anteriormente, a ética estava menos documentada e oficializada através de assinaturas e termos legais, mas nem por isto se tinha menos cuidado com ela.

Desde então, a ética no trabalho dos antropólogos se constitui a partir das relações profissionais estabelecidas com quatro seguimentos distintos, a saber: - com os grupos estudados por eles, com outros antropólogos, com suas associações e fundações, e com as organizações estatais e governamentais. Sem dúvida nenhuma, e também destacado pelo código de ética da ABA, as relações mais importantes são aquelas que envolvem os direitos dos antropólogos e os das populações pesquisadas por eles (LARAIA, 1998).

Outrossim, pode-se resumir que a ética do fazer antropológico circunscreve-se aos direitos inerentes às populações que são pesquisadas pelos antropólogos, assim como aos deveres (responsabilidades) e direitos inerentes aos próprios antropólogos, resumidos basicamente nos quinze itens estabelecidos pela Associação Brasileira de Antropologia - ABA (BECKER, 2005).

Relativamente às responsabilidades, não podemos deixar de discutir e de lembrar o forte impacto das orientações do antropólogo sobre a vida das pessoas pesquisadas como, por exemplo, pelos grandes projetos de infra-estrutura e de desenvolvimento econômico quando questionados em juízo.

Em razão da forte pressão dos interesses econômicos, assim como se reconhecendo o direito do contraditório nos levantamentos antropológicos, manifestou-se o então Ministro da Justiça Nelson Jobim pelo deferimento da oportunidade de defesa para todas as partes envolvidas no projeto, institucionalizando aquilo que se convencionou chamar de “laudo contra” (LEITE, 2005).

O principal desdobramento dessa decisão foi a intensificação do debate sobre os limites do trabalho de perícia e sobre o papel do antropólogo na identificação, classificação ou manifestação acerca da identidade de grupos sociais com voz própria, com um “saber” acerca de si mesmos, com formas organizativas e com plena capacidade de expressão. Em outras

palavras, um debate sobre onde o trabalho do antropólogo contribui sem abandonar o rigor conceitual, a ética e a vigilância metodológica próprios da disciplina (LEITE, 2005)

Outro fator de preocupação diz respeito ao impacto dessas mesmas orientações no tipo de projeto que o antropólogo se compromete a empreender, especialmente quando elas passam a criar entraves burocráticos e a fazer exigências que parecem mais interessadas em impedir a pesquisa do que em proteger os sujeitos pesquisados (DEBERT, 2008).

Dizendo de modo diverso, é parte central do código de ética da antropologia que os sujeitos estudados não apenas tenham o direito de serem informados sobre a natureza da pesquisa realizada, mas também sobre o modo de como os procedimentos serão organizados e a burocracia que eles podem envolver. A bem de ver, esse consentimento prévio informado e outras exigências podem se transformar em uma “camisa de força” para o trabalho antropológico (DEBERT, 2008).

Para Debert (2008), a medida exata seria procedimentos éticos que não podem ser tão restritivos a ponto de não serem cumpridos, ou tão amplos que deixem de exercer o impacto desejado na forma como as pesquisas são conduzidas em diferentes áreas do saber.

Prosseguiremos no tema mais adiante, mas sem antes realizar o contraponto do “fazer judiciário”, ou do “direito *em ação*”, ambos levados a efeito pelos magistrados em sede de sentenças ou acórdãos, porquanto destinatários últimos dos laudos antropológicos e diante deles, agarrado ainda com os códigos jurídicos, terão a importante missão de decidir.

2.3. Olhar, ouvir e decidir – o direito em ação

Parafraseando Roberto Cardoso de Oliveira (2006) ao esclarecer o trabalho do antropólogo, aqui – e por aproximação – iremos tentar descrever a função do magistrado dentro dos processos judiciais, haja vista que outorgado pelo estado com a função de julgar os casos então submetidos à sua jurisdição.

Oliveira (2006) logrou êxito em demonstrar que, se o olhar e o ouvir constituem a nossa percepção da realidade focada na pesquisa empírica (ou das coisas como são, o mundo do “ser”), o escrever passa a ser quase indissociável do nosso pensamento, uma vez que o ato de escrever é simultâneo ao ato de pensar. Diz ele que é no processo de redação de um texto

que nosso pensamento caminha, sendo de tal forma solidários entre si o “escrever” e o “pensar” que, juntos, formam praticamente um mesmo ato cognitivo.

No mister de decidir a causa, e também o rumo na vida das pessoas, o magistrado capta por intermédio dos sentidos os elementos que lhes servirão de convicção, quer olhando as provas constantes dos autos, quer ouvindo as partes envolvidas e as suas teses de argumentação. Esse ritual perpassa pela dimensão empírica do ato de julgar, quando o agente do estado se debruça sobre o mundo do “ser” e de lá captura a sua percepção da realidade, ou seja, de como ele acredita que as coisas são ou como de fato aconteceram.

Mas se encontra no momento de decidir – que também implica em “escrever” e “pensar”, isso no momento de se exarar a sentença ou acórdão – o real distanciamento entre o fazer da antropologia e a função de julgar do direito. Retomando Geertz (2009), as dimensões do “ser” e do “dever-ser” são recorrentes em outras áreas do conhecimento, mas particularmente para o direito “dever-ser” significa resolver conflitos dentro de um parâmetro exclusivo de “justiça”, formal e democraticamente estabelecido, por intermédio de uma norma prévia, geral e abstrata, forjada sob o pálio da soberania de um estado que defende e garante a realização de valores concebidos por um único contexto cultural.

Esse âmbito normativo do direito (de como as coisas “deveriam ser”, segundo padrões culturais estabelecidos por segmentos representativos da sociedade dominante) é que faz o magistrado sempre julgar – metaforicamente - com os códigos legais e a constituição “embaixo do braço”.

O positivismo jurídico que tradicionalmente tomou conta do Brasil veio para esvaziar o juízo de discricionariedade do julgador (FERRAZ Jr., 1995) que, mesmo “localizado” no contexto dos acontecimentos, acaba as vezes decidindo por parâmetros de justiça engendrados de modo “deslocado”; ou dizendo de outra maneira, tendo que acompanhar valores importados de outra realidade cultural e que não dizem respeito aos costumes, crenças e tradições daquele povo ora jurisdicionado.

Nos parece então que a distância entre os fazeres da antropologia e do direito, nessa terceira e última fase do processo de formação do conhecimento, estaria representada por aquilo que Roberto Cardoso de Oliveira (2006) resgatou de “idéia-valor”, expressão cunhada pelo antropólogo francês Luis Dumont para registrar que olhar, ouvir e escrever estão desde

sempre sintonizados com o sistema de idéias e valores que são próprios da antropologia, por um lado, e do direito, por outro.

Na prática antropológica, Oliveira (2006) destacou pelo menos duas dessas “idéias-valor”, quais sejam, a “observação participante” e a “relativização”. Não pretendemos discutir e nem mesmo problematizar essas duas categorias eminentemente antropológicas, mas elas se contrapõem antagonicamente ao que chamo de “observação afastada” e “dogmatização”, destacadamente duas das principais “idéias-valor” orientadoras do direito protagonizado pelo estado da modernidade.

A “observação afastada” acontece quando o magistrado parte para a fase empírica do seu estudo, saindo a campo para olhar e ouvir, não desconhecendo que o campo dele basicamente se resume aos fatos documentados no processo. Assim, ele procura observar as coisas sempre com certo distanciamento para não se misturar demasiadamente com os fatos e seus protagonistas, numa empreitada de “observador não participante”.

Esse deliberado afastamento foi por muito tempo tido nos meios forenses como salutar ao fim útil do processo e a servir como uma espécie de precaução, para que não ocorra uma possível “contaminação” no espírito técnico e isento do magistrado, atributos imprescindíveis na arte de julgar. O envolvimento emocional com as partes ou a incontida simpatia com a causa também são considerados “pecados capitais” do julgador escolhido pelo estado, pois ao demonstrar antecipadamente uma tomada de posição, antes do proferimento da final decisão, poderá ele ser provocado para se afastar do processo, isso à luz dos códigos de procedimentos vigentes no país e só o signo da suspeição para a caso.

Por tradição, ainda na magistratura brasileira a palavra de ordem é o culto à “dogmatização” e, por consequência, a restrição à “relativização”, partindo do princípio de que o direito tem que necessariamente colocar fim à controvérsia, decidindo a favor de uma parte e em prejuízo da outra. Raramente as duas partes saem plenamente satisfeitas das demandas judiciais, até porque há contendas – como aquelas que envolvem conflitos familiares – que praticamente não têm fim, vindo com frequência uma sentença não para pacificar os envolvidos, mas no sentido de acirrar ainda mais os ânimos que já se encontravam exaltados.

Enquanto relativizar é constituinte do próprio fazer antropológico, não havendo juízo prévio do certo e do errado, do justo ou do injusto (OLIVEIRA, 2006), dogmatizar é da gênese do nosso direito, de matriz romano-germânico, talhado sob o signo da desconfiança e

ainda informador com antecedência – sem possibilidades de questionamento – daquilo que já ficou estabelecido como certo ou errado, justo ou injusto (FERRAZ, Jr., 1995).

Essa diferença de abordagem é tão significativa na visão dessas duas formas de produção do conhecimento que Schritzmeyer (2008), brincando com seus alunos em sala de aula, sempre diz que um juiz não pode ser antropólogo, senão jamais proferirá uma sentença, pois relativizará a tal ponto os argumentos das partes que não conseguirá decidir de forma maniqueísta.

Mas quem sabe, se ele for um bom juiz, tecnicamente falando, e, além disso, um profissional com conhecimentos antropológicos, psicanalíticos, políticos etc., ele não consiga melhor adequar sua decisão ao complexo contexto social de cada caso? (SCHRITZMEYER, 2008)

Nos termos trabalhados por Geertz (2008), reside na interpretação da cultura por parte dos antropólogos, e na maneira de interpretar o direito pelos juristas, o melhor encaminhamento dessa necessária intersecção, partindo-se da premissa de que o direito não é uma ciência exata, não tem certo e o errado, como a antropologia tampouco tem. A interpretação, portanto, é uma ferramenta tanto da antropologia como dos operadores da justiça (SINHORETTO, 2008).

Ocorre que o magistrado, ao se empreender numa atividade interpretativa, aprendeu a conhecer dos fatos e a moldá-los dentro dos parâmetros absolutos, não questionáveis – até porque dogmáticos – da norma. Como visto, é uma peculiaridade própria da atividade de interpretar o direito, não cabendo ao antropólogo ensinar o juiz de como ele deveria interpretar a lei.

Enfim, a antropologia pode ajudar o direito no questionamento de suas interpretações e se poderia fazer diferente, ainda que limitados aos ditames da Constituição Federal, até porque ela agora e assim o permite, como destacado desde o início neste capítulo. Então isso seria instrumentalizar o conhecimento crítico do cientista social para avaliar e reproduzir os efeitos desejados da ação jurídica no contexto cultural a que se destina (SINHORETTO, 2008).

2.4. Esforços isolados de interlocução

Mesmo sem se dar conta da complexidade que envolve a anterior discussão entre antropologia e direito, não muito preocupados com o diálogo entre esses dois modos de produção do conhecimento, evidentemente que mais imbuídos pelo senso comum do respeito às diferenças culturais e promoção empírica da justiça no caso concreto, é que se levantaram no Estado de Roraima poucos e isolados precedentes em juízo de primeira instância – formados inicialmente dentro do ritual democrático do Tribunal do Júri - que tiveram por mérito legitimar e validar a jurisdição indígena, pautando assim outras decisões monocráticas de juízes togados e tidos como eminentemente técnicos à luz da nossa processualística criminal.

Esses poucos casos identificados resultaram dos esforços envidados pelo Grupo de Pesquisa “Jusdiversidade e interlegalidades Amazônicas”, coordenado por este mestrando junto à Universidade do Estado do Amazonas desde o ano de 2011, com interconexão permanente de estudos com outras pesquisas em andamento na Universidade Federal de Roraima, com o escopo de levantar, examinar e discutir casos judicializados em que o direito praticado no âmbito interno das comunidades tradicionais, ribeirinhas e indígenas da Amazônia acabaram tendo repercussão direta sobre o modo dos nossos juízes de decidirem, ou foram por eles completamente repelidos porque se alinhavam em confronto direto com sistema oficial de direito.

Para fins de refinamento terminológico, convencionamos desde logo definirmos alguns sentidos atribuídos para categorias que seriam básicas às nossas orientações de pesquisa, como aquilo que iríamos entender por “pluralismo jurídico”, “jusdiversidade” e “interlegalidades”, compreensões pactuadas que se fíncaram como norte dos nossos interesses de pesquisa e ainda como critérios formais de classificação.

Não desconhecemos que “pluralismo jurídico” é um conceito não formatado e ainda em aberto tanto no universo do direito quanto das outras ciências sociais, mas acordamos entre nossos pares entendê-lo no sentido mais amplo possível, qual seja, o fenômeno da coexistência de mais de um sistema jurídico a funcionar de maneira legítima, eficaz e paralela sob uma única base territorial, mesmo com o posicionamento por parte do estado que reconhece apenas como direito aquela normatização proveniente dos seus mecanismos oficiais de produção, numa linha eminentemente positivista, ou aquele por ele recepcionado como válido, ainda que originário de outras fontes de autoridade.

Sob outro vértice, compreendemos por “jusdiversidade” – termo cunhado por Souza Filho (1998) em seus escritos jurídicos - também o fenômeno da coexistência de mais de um sistema de direito a vigorar dentro de um mesmo território, mas aquele que admite e opera com um sistema paralelo de direito construído costumeiramente, segundo as crenças e tradições exclusivas de determinado povo indígena, sem resquícios de intervenção do estado mediante a imposição dos seus valores e formalidades.

No mais das vezes verificamos dentro das comunidades indígenas ordenamentos normativos e práticas de direito que foram “copiadas” do modelo oficial, a reproduzirem procedimentos levados a efeito pelo estado no cotidiano forense e que não escaparam às nossas observações, como ficará registrado mais à frente. “Jusdiversidade”, enfim, seria aquele refinamento de uma dimensão jurídica reconhecidamente plural, com ênfase mais no aspecto da etnicidade dos povos envolvidos e num sentido mais puro da sua origem, descartadas as hipóteses de mesmices e cópias dos procedimentos típicos de estado.

E nos casos de “interlegalidade” – em linha de consideração com os estudos de Boaventura de Souza Santos (2000) - o foco de observação já se desloca para o fenômeno do relacionamento, ou seja, para o sentido da heterointegração observado entre os dois sistemas de direito, aquele construído e imposto pelo estado e que doravante chamaremos de “jurisdição estatal”, e aquele tradicionalmente mantido, resistido e operado pelos povos indígenas no seio das suas próprias comunidades, seguidamente designado por “jurisdição indígena”.

Assim, por “interlegalidades” os esforços de descrição e de compreensão ficariam adstritos ao encontro desses dois sistemas de direito tidos como válidos, suas hipóteses de interrelacionamentos e repercussões no âmbito interno de cada um dos ordenamentos normativos analisados. Obviamente que por questões práticas e ainda profissionais, o interesse despertado se volta mais para a reação do estado nacional, procurando entender os discursos e de que maneira a jurisdição estatal recepciona ou nega a jurisdição indígena.

Com efeito, foi justamente dentro dessa realidade palpitante da nossa região que verteram algumas parciais e momentâneas conclusões, como o fato de que os representantes do Poder Judiciário local – quando não aceitam a jurisdição indígena – decidem sob o forte ranço da autoridade universal dos direitos humanos entabulados pela realidade do ocidente, bem como pela prevalência incontestada do código penal brasileiro como disciplinador de

condutas exigidas indistintamente para qualquer cidadão brasileiro, independentemente dos seus traços culturais e matizes étnicas.

Conscientes desse movimento de resistência por parte do Poder Judiciário Nacional, algumas comunidades indígenas da Amazônia vem recentemente concebendo os seus próprios códigos escritos de conduta e respectivas punições, segundo seus usos, costumes e tradições, chegando inclusive a reproduzir na vida comunitária mecanismos de repressão até então muito próprios da sociedade envolvente.

Como exemplos dessas práticas recentes, podemos citar o caso da construção de uma “cadeia” dentro da Comunidade Indígena dos Três Corações, predominantemente formada pela etnia Macuxi e sediada no Estado de Roraima, configurada na forma de uma cobertura totalmente aberta lateralmente, com rede estendida no centro e simplesmente rodeada por um frágil marco de madeira, havendo inclusive um “delegado” índio designado pela própria comunidade para administrar o estabelecimento prisional².

Nacionalmente conhecido, o caso do policiamento ostensivo criado pelos Ticuna da Comunidade Umariçu II, localizada em Tabatinga – Estado do Amazonas, é outro exemplo dessas mimetizações recorrentes, onde os próprios indígenas fazem a vigilância e repressão ao tráfico de drogas, consumo de bebidas alcoólicas e acesso ao território brasileiro por intermédio das fronteiras com a Colômbia e o Peru³.

Em razão desses movimentos organizados pelos indígenas dentro das suas aldeias, tudo registrado mediante a produção de documentos escritos e bem a gosto das autoridades do estado nacional, é que algumas decisões judiciais de primeira instância vêm de fato prestigiando e respeitando o sistema de direito indígena, mas sempre tendo como limite de “tolerância” a nossa pauta universal de direitos humanos e os direitos fundamentais prescritos na Constituição Federal de 1988.

No entanto, interessante observar que não há um movimento articulado dos representantes do estado nacional em relação aos esforços hermenêuticos para aceitação dessa espécie de “heterointegração tolerada”, se resolvendo os processos caso a caso, muito

² Este caso encontra-se minuciosamente relatado e também fotografado por Joel Maduro, Oficial de Diligências do Ministério Público do Estado de Roraima, quando por determinação da Promotoria de Justiça da Comarca de Pacaraima cumpriu a *Ordem de Serviço nº 003*, em 07 de março de 1998. Ao final da aludida inspeção, gerou-se o *Relatório de Inspeção nº 005/98*, hoje devidamente arquivado nos escaninhos daquele Órgão Ministerial.

³ Notícia vinculada no sítio <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/04/20ult5772u3663.jht>, sob o título “Índios criam serviço de policiamento próprio em Tabatinga (AM)”, acessado em 20.4.2009.

dependentes ainda da disposição, sensibilidade e “boa vontade” interpretativa de cada um dos atores jurídicos envolvidos no processo.

Exemplos desses movimentos desarticulados, mas repletos de “boa vontade” em alguns momentos, é o caso dos homicídios julgados pelo Tribunal do Júri na Comarca de Caracaraí – Estado de Roraima, com a particularidade de que ambas as defesas restaram sustentadas sobre a tese da negativa de autoria, atribuída a uma terceira entidade que, nos lavrados roraimenses e entre os indígenas da Região da Raposa Serra do Sol, é conhecida como Kanaimé⁴.

No primeiro daqueles julgamentos, os representantes da sociedade caracariense acabaram absolvendo o indígena acusado – por quatro votos contra três - sob o entendimento de que ele realmente não tinha o necessário discernimento do crime porquanto “possuído” pelo “espírito” vingador do Kanaimé, a punir aquela vítima também indígena pelo seu mau comportamento comunitário.

Contudo, em julgamento de outro caso, mas com peculiaridades muito semelhantes, houve por bem o conselho de sentença da Comarca de Caracaraí em condenar outro índio acusado de homicídio – também pelo placar apertado de quatro votos a três -, não aceitando a tese de defesa para exclusão da culpabilidade com fundamento na incorporação do Kanaimé.

Mas a mudança de paradigma nos foros da nossa região aconteceu mesmo com o julgamento do homicídio praticado pelo indígena Basílio, em sede do Tribunal do Júri da Justiça Federal de Roraima e no dia 31 de maio do ano de 2000, quando por votação unânime se absolveu o réu porque já fora anteriormente julgado e condenado pela assembléia geral da sua própria comunidade, sendo-lhe aplicada a pena de banimento por 10 anos, destituição de todos os seus pertences e afastamento forçado dos seus familiares por igual prazo⁵.

Vingou em plenário a tese do *non bis idem*, a vedar uma segunda condenação pela imputação dos mesmos fatos, uma vez que conhecidos e julgados à luz dos valores defendidos pela jurisdição indígena. Isso quer dizer que os representantes da sociedade não índia e ainda

⁴ Nos termos da dissertação defendida por Manoel Gomes Rabelo Filho junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciência da Religião da Universidade Federal de Pernambuco no ano de 2012, com o título **A representação social do Kainaimi, do Piya'san e do Tarenpokon nas malocas Canta Galo e Maturuca**, Kanaimé se consubstancia – por aproximação – numa espécie de entidade ou espírito guerreiro que tem a capacidade de também se apossar de corpos humanos terrenos a fim de normalmente praticar atos de violência.

⁵ Esse caso encontra-se exaustivamente narrado e examinado no meu livro **Socioambientalismo amazônico**, publicado pela Editora Juruá no ano de 2008.

envolvente acabaram por reconhecer a autoridade do julgamento realizado pela comunidade originária, tendo-o com válido e eficaz para afastar a incidência da jurisdição estatal sobre o mesmo caso.

Indubitavelmente que houve um imenso progresso na relação oficial com os povos indígenas de Roraima, relativizando-se o princípio do monopólio do direito por parte do estado nacional, ainda mais quando promovida por representantes da sociedade não índia, nos moldes do processo formal e democrático que inspira o plenário do Tribunal do Júri no sistema forense brasileiro.

Esse último precedente teve ainda o condão de animar algumas outras decisões judiciais isoladas, agora proferidas por juízos eminentemente técnicos e que também reconheceram a autoridade paralela da jurisdição indígena, como restará explorado no quarto capítulo deste trabalho, quando o sistema judiciário local acatou uma pena de banimento aplicada pelas autoridades indígenas no seio da sua comunidade, colaborando inclusive pelo seu melhor cumprimento e também velando pelo bem estar do menor infrator.

Entretanto, os atores estatais normalmente envolvidos nesse processo de heterointegração (Magistrados, Membros do Ministério Público e advogados) acabam costumeiramente se valendo dos arts. 56, 57 e 58, do Estatuto do Índio – Lei Federal nº 6001/73, para reconhecerem, firmarem e sustentarem direitos indígenas dentro dos respectivos processos, se destacando como motivação das decisões passagens normativas como “grau de integração do silvícola”, “tolerância das instituições próprias” e “direito de assistência do índio”.

Não que esteja aquele código plenamente revogado pela Constituição de 1988, uma vez que vigente desde o dia 19 de dezembro de 1973, mas em descompasso com o linguajar da nova ordem constitucional e ainda desalinhado com a novel filosofia da interação, que veio para substituir o antigo preceito da integração, advogando o respeito ao direito de ser índio e de se manter enquanto tal.

Não por desconhecimento, mas me parece que com certa timidez e por insegurança mesmo no domínio desse novo modo de operar com um viés intercultural do direito é que os nossos juristas locais deixaram de manejar particularmente os arts. 215, 216 e 231 da

Constituição de 1988, para justificarem eventuais recepções pelo ordenamento brasileiro de certas decisões proferidas na jurisdição indígena⁶.

Categorias constitucionais recentes como o direito à cultura e respeito ao modo de vida daqueles povos não são utilizados nas raras decisões de recepção em primeira instância da jurisdição indígena. O reconhecimento aos povos indígenas da sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições raramente são lembrados nesses processos de interlegalidades, deixando transparecer ainda uma enorme dificuldade por parte das nossas autoridades judiciárias em se desfazer do antigo ranço da política oficial integracionista.

Mas não há como negar que estamos avançando, inobstante não constar expressamente em nosso texto constitucional o respeito à jurisdição indígena, como sói acontecer – por exemplo - nas atuais constituições da Bolívia (art. 171, inciso III), Colômbia (art. 246), México (art. 4º) e Paraguai (art. 63). E para se efetivar esse processo de aproximação, o aparato do direito do estado depende muito da participação e auxílio das outras ciências sociais, particularmente do trabalho dos antropólogos para nos descrever e ajudar a compreender o modo de vida de povos estranhos aos nossos valores do ocidente, mas agora aquinhoados constitucionalmente pelo direito à diferença.

2.5. A emergência da Carta de Ponta das Canas

Chegamos até este momento da escrita trazendo sempre os pontos de contato e de afastamento entre direito e antropologia, não medindo esforços para narrar os espaços de diálogos que se abriram entre esses dois ramos das ciências sociais, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988. Quando enveredamos para os fazeres antropológicos e jurídicos, centramos foco de atenção no mister do magistrado, porquanto se revelar no trabalho dele a última instância da prestação jurisdicional, ou seja, os desdobramentos do ato de julgar.

Acontece que outros atores forenses e de igual magnitude avançaram na discussão dessa relação, como aconteceu com o Ministério Público, enquanto o judiciário ainda permanece em estado de letargia institucional no que respeita aos contatos com as outras

⁶ Algumas decisões proferidas nesse sentido e catalogadas como exemplos de um pluralismo jurídico acham-se descritas na obra “**Direitos indígenas** – vetores constitucionais”, de autoria do Juiz Federal roraimense Helder Girão Barreto, publicada pela Editora Juruá no ano de 2003.

fontes provedoras do conhecimento, tão importantes para dar sentido aos termos jurídicos e promover um sentimento de justiça mais localizado.

Talvez pelo fato de precisar da formal provocação e marcadamente informado pela característica da inércia da jurisdição é que o Poder Judiciário tem vindo a reboque do que aconteceu primeiro no âmbito do Ministério Público e da Associação Brasileira de Antropologia – ABA.

Certamente que pelo salto constitucional de qualidade que teve a partir de 1988 é que a Instituição Ministerial vem se destacando na defesa dos hipossuficientes e das minorias étnicas, máxime quando ancorada no art. 129, inciso V, da Constituição Federal, que conferiu ao Ministério Público a função institucional de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas no Brasil.

Em face dessa quadra constitucional é que desde o alvorecer da nova Carta da República o Ministério Público da União, por intermédio da Procuradoria Geral da República, houve por bem se relacionar institucionalmente com a Associação Brasileira de Antropologia – ABA, com vistas a passar esta última a indicar antropólogos para a realização de laudos periciais em processos ligados principalmente a questões indígenas (LEITE, 2005).

Motivada com o desbravamento desse novo mercado de trabalho e os desafios emergentes para a antropologia é que a ABA, durante a Reunião Brasileira de Antropologia realizada na cidade de Florianópolis em 1990 e pela primeira vez no Brasil, resolveu formar um grupo de trabalho para debater a questão dos laudos antropológicos. No ano seguinte, em 1991 e na cidade de São Paulo, aconteceu o seminário “Perícia Antropológica em Processos Judiciais”, promovido pela ABA, Comissão Pró-Índio e USP, agora também com a presença de juristas (LEITE, 2005).

Na década de noventa ganha corpo a noção de um Brasil pluriétnico e pluricultural, sendo registradas intensas discussões antropológicas sobre cidadania, direitos humanos, justiça e diversidade cultural, se destacando as iniciativas da ABA para estabelecer um diálogo com os operadores oficiais do direito, legisladores, representantes de quilombolas e de povos indígenas (LEITE, 2005).

Mas a questão dos laudos antropológicos ganhou impulso redobrado mesmo a partir do ano de 2000, quando foi renovado o acordo de cooperação técnica da ABA com a Procuradoria Geral da República. O documento que serviu de base para assinatura desse novo

Protocolo de Cooperação Técnica restou deliberado ao final da oficina sobre laudos antropológicos, realizada entre os dias 15 e 18 de novembro de 2000, região de Ponta das Canas e na cidade de Florianópolis/Santa Catarina (LEITE, 2005).

Em que pese ter sido elaborado para subsidiar aquele histórico acordo no início do ano seguinte, foi encaminhado também à comunidade científica e se tornou referência para as atividades de perícia realizadas a partir de então, centrando-se as discussões nos seguintes eixos temáticos: - paradigmas teóricos e conceituais; aspectos técnicos e ética profissional (LEITE, 2005).

Ao recuperarmos o interesse estabelecido no anterior item 2.2 pelo tema da ética no fazer antropológico, voltamos agora para dialogar no mesmo sentido com o texto da Carta de Ponta das Canas, cuja integralidade se acha em anexo a este final trabalho de pesquisa.

Por recorte deliberado, destacamos os pontos 3 e 4 daquele documento por abordarem justamente a questão da responsabilidade social e controle de qualidade dos trabalhos antropológicos, erigindo-se agora a ABA como Instituição catalisadora e controladora das perícias ou pareceres antropológicos no Brasil, assim como uma espécie de tribunal ético da profissão.

Doravante, terá que se manifestar em todas as acusações de suspeição ao trabalho dos seus associados, desde que lhes impeçam de desempenhar as suas atividades características e pertinentes (ponto 3.a), ficando sob a responsabilidade da sua Comissão de Ética a missão de acompanhar os casos de comprovada evidência de prejuízo a um grupo social e/ou de antropólogos associados, principalmente quando ocasionado por um exercício de trabalho inadequado (ponto 3.b).

A legitimidade para essa espécie de controle sobre o trabalho profissional do antropólogo decorre justamente do Acordo de Cooperação Técnica antes noticiado, assinado com o Ministério Público Federal no início do ano de 2001. No corpo da Carta de Ponta das Canas se recomenda ainda aos demais operadores da justiça interessados em perícias e pareceres antropológicos recorram em primeiro lugar à indicação de nomes por parte da ABA, devendo essa última fazer sua indicação a partir do seu quadro associativo de membros efetivos (ponto 4.a).

O movimento de indicação garante ao órgão requisitante uma espécie de controle de qualidade do trabalho solicitado, uma vez que a ABA ficará responsável pela devida

disponibilização dos trabalhos para o seu conjunto de associados, partindo-se da premissa que a divulgação é o único meio de estabelecer um controle de qualidade sobre tais empreendimentos (ponto 4.b).

Naquilo que diz respeito ao relacionamento com o campo do direito, é indiscutível o avanço promovido pelo texto da Carta de Ponta das Canas. A partir do destaque da alteridade como um dos problemas verificado nesse relacionamento, seguiu-se ao diagnóstico de que essa dualidade com frequência se observa entre (1) produzir julgamentos ou produzir inteligibilidade; (2) produzir “verdade” ou produzir interpretações; (3) operar uma hermenêutica do código leal para aplicação objetiva de um ordenamento jurídico nacional ou realizar descrições densas da realidade local, que dificilmente podem fugir de suas aplicações contextuais.

As tensões entre os dois modos de produção do conhecimento estão expressamente reconhecidos, sendo consideradas inevitáveis e sem a necessidade de se buscar a sua eliminação. O trabalho do antropólogo, como se encontra preceituado na Carta de Ponta das Canas, não é como o de um detetive ou de um juiz, nem pretende desvelar uma verdade ou produzir um juízo ponderado em torno de diferentes posições; mas sim o de traduzir uma realidade não imediatamente compreensível, particularmente pela cultura jurídica.

Outrossim, se concebe naquele mesmo texto que o saber antropológico se define pelo diálogo, pela tradução e explicitação de categorias e discursividades nativas, sendo capaz de relacionar a categorias étnicas juridicamente formalizadas com as categorias e circuitos de relações próprios aos grupos sociais e aos contextos culturais investigados.

Como recomendação às condições para estabelecimento desse necessário diálogo, a Carta de Pontas das Canas aponta para a clareza que se deve ter do “fato” ou do “objeto” de interesse da justiça ou da instituição solicitante; conhecimento e entendimento dos seus quesitos ou disposições normativas; compreensão de qual é a relação jurídica que dá origem à demanda; eventual correção na formulação dessas demandas, recusando-as ou sugerindo outras; e somente aceitação do trabalho ligado ao êxito das negociações em torno das condições do estabelecimento desse constante diálogo.

Paramos por aqui, mas sem dúvida alguma a Carta de Ponta das Canas se revelou por ora como o principal instrumento guiador do fazer antropológico junto aos fóruns jurídicos, se destacando como um marco institucional no estabelecimento desse necessário diálogo interdisciplinar e que deveria ser estendido para outras frentes do direito.

Acreditamos que a maioria dos magistrados desconhecem esse importante documento de interlocução, assim como advogados e outros membros do Ministério Público Brasileiro. Se a experiência embrionária vem dando certo, e motivados pelos resultados já alcançados em juízo, é mais do que premente que seja repetida com aquelas outras instituições forenses ou, quiçá, num futuro não muito distante, se torne um cânone normativo que deva ser acompanhado por todas as esferas do Estado Nacional.

3. PERÍCIA ANTROPOLÓGICA E DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS

Este capítulo tem por escopo alinhar fundamentos filosóficos e jurídicos que estariam a legitimar a perícia antropológica como direito fundamental do agente indígena, acusado nos processos criminais como autor de crime tipificado pelo nosso atual Código Penal.

Como tese, a nossa pretensão não foi ainda recepcionada nos foros dos tribunais superiores pesquisados, mas já se ventila entre os penalistas brasileiros a possibilidade de uma guinada no encaminhamento legal da discussão, a pelo menos deixar de tratar o indígena como um “retardado mental” nas eventuais hipóteses de exclusão da sua culpabilidade.

Esse caráter discriminatório de enquadramento sofre atualmente duras críticas a partir do que se redigiu no Texto Constitucional de 1988, se admitindo agora a despenalização com base no reconhecimento de um condicionamento cultural diferente, a ser demonstrado no bojo dos respectivos e necessários laudos antropológicos, justamente documentos por nós defendidos como de natureza probatória fundamental para a defesa do réu indígena.

3.1. Direitos naturais, humanos e fundamentais como categorias ocidentais de comportamento

Não se desconhece que a matriz teórica e filosófica de toda a teoria dos direitos naturais, transformados em humanos e depois constitucionalizados na forma de fundamentais a partir da segunda metade do século XX se deve exclusivamente a uma ideologia judaico-cristão, justificada religiosamente na preeminência do ser humano como afirmação histórica da fé monoteísta (COMPARATO, 1999).

Em que pese a nossa civilização festejar uma pauta de direitos fundamentais que se pretende indisponível e também universal, esses mesmos direitos catalogados deitam raízes escritas na antiga Grécia, numa região contígua àquilo que se convencionou chamar de Ásia Menor e perfeitamente integrada com a cultura dos povos do deserto.

Mas foi mesmo a partir do século VIII a.c. que o monoteísmo se afirma em Israel e alcança a sua expressão mais pura, quando a relação religiosa torna-se pessoal e o culto

menos coletivo ou indireto, estando agora o indivíduo autorizado a entrar em contato direto com a divindade para falar de si, consultar, reclamar proteção e pleitear direitos (COMPARATO, 1999).

Pouco mais adiante se tem notícia entre os gregos da obra de Sófocles, chegando até nós os escritos da Trilogia Tebana, mais especificamente a tragédia de Antígona. Naquele opúsculo, a princesa que emprestou seu nome ao mesmo ensaio se defende perante Creonte, seu cunhado e recentemente alçado ao trono de Tebas, que enterrar os mortos (...e particularmente o seu irmão menor) é um direito dado pela natureza aos indivíduos que nem mesmo os Monarcas podem alterar ou dispor (SÓFOCLES, 2012).

A lógica do discurso estaria na razão de que antes de existir o trono de Tebas, antes mesmo do surgimento da civilização Tebana, existe uma natureza que se rege por princípios próprios, como a lei dos ventos, a lei que promove as chuvas e também a lei que autoriza os parentes a enterrarem seus entes queridos. E por ser anterior à própria existência do povo Tebano, não pode uma autoridade que veio depois e por mero capricho alterar a ordem natural das coisas.

Os argumentos de uma ordem metafísica e superior ao mundo dos homens vieram para colocar limites ao arbítrio do estado, com o fim precípua de proteger a pessoa do súdito, assim como provieram de uma inteligência nobre, alimentada e replicada por uma aristocracia emergente. Nessa mesma linha de sustentação também se ergueram os discursos acerca do respeito e proteção dos direitos humanos.

O rol de direitos se estendeu para a salvaguarda de outros valores ocidentais, importantes e no interesse de uma nova facção da nobreza, agora insatisfeita com a tirania Real. Foi o caso da limitação do poder monárquico do João Sem Terra pela Carta Magna de 1215, na Inglaterra. Em que pese firmado por bispos e barões ingleses, assim como ter garantido apenas privilégios feudais exclusivos, aquele documento continua sendo considerado como um grande marco de referência para as atuais liberdades humanas clássicas, como a liberdade de locomoção, garantia da propriedade e, particularmente para que interessa ao presente trabalho, o devido processo legal, como será mais adiante recuperado e desenvolvido (LUÑO, 2004).

Prosseguindo na construção e consolidação dessa pauta de valores, com a relevante adesão da emergente classe burguesa na Europa, seguiram-se ainda na Inglaterra os direitos

enunciados no *Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus Act* de 1679 e finalmente, a mais importante de todas as declarações, a *Bill of Rights* de 1689, promulgada pelo Parlamento para fazer valer direitos individuais contra o arbítrio da monarquia (CUNHA Jr., 2008).

Percebe-se nesse limiar histórico que aquela antiga idéia de um direito dado pela natureza, maior que as forças do estado e garantidor dos interesses individuais ressurgiu na Europa com o mesmo propósito limitador do arbítrio do poder central, mas assentado naquele momento político numa roupagem ainda mais reafirmadora do protagonismo da individualidade, tanto que essa categoria deixou de ser “natural” para se promover a “direitos humanos”.

Humano vem *humus*, que quer dizer terra fértil, solo de onde nascem bons frutos, de onde prospera vida e felicidade. E nada mais sensato do que se reconhecer ao indivíduo “filho de Deus” (...que não deixa de ser um príncipe, um “semi-Deus”!!!) aquela grande virtude, que o destaca dos demais animais terrestres (CORTELLA & LA TAILLE, 2009).

O monoteísmo inspirou no ocidente a crença na individualidade, transferindo a responsabilidade pela segurança e bem estar da pessoa humana para o grupo, no mais das vezes em prejuízo dessa mesma coletividade, que acaba por suportar em algumas oportunidades o ônus da supremacia do indivíduo em face dos interesses da maioria.

De “humanos”, esse catálogo de valores pessoais começa a evoluir para “direitos fundamentais” a partir de 1770, na França e sob o reinado de Luiz XVI. A categoria dos *droits fondamentaux* surge no contexto político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, produto de uma revolução burguesa, apoiada pela igreja e inspirada no culto da personalidade e no mérito do indivíduo, com matizes nitidamente privada (LUÑO, 2004).

Dessa forma, e na última quadra do século XVIII, foi que vingou definitivamente o discurso dos direitos fundamentais como parâmetro de proteção por parte do estado moderno, formatado dentro das idéias liberais que restaram vitoriosas tanto da Revolução Francesa de 1789 como da independência das colônias inglesas nos Estados Unidos da América, principalmente a partir do texto da Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776 (CUNHA Jr., 2008).

Esses direitos individuais, forjados por movimentos revolucionários basicamente burgueses a partir do século XVIII e utilizados como mecanismos de proteção do cidadão

contra o arbítrio do estado, foram também encartados dentro das constituições dos novos estados que se ergueram na modernidade, como aconteceu primeiro com a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, seguida pela Constituição Francesa de 1791 (LUÑO, 2004).

Releva considerar que foi com esse fenômeno da constitucionalização dos direitos ditos humanos e individuais que se convencionou teoricamente montar toda uma doutrina dos direitos fundamentais, garantidos pelo estado para terem eficácia dentro do âmbito do seu respectivo território. E designados como humanos aquela mesma pauta de direitos, mas com validade universal e desde que previstos nos instrumentos internacionais de proteção, tais como os tratados, convenções e outros documentos de compromisso assumidos pelos estados nacionais (PIOVESAN, 2002).

A força da idéia estaria no pensamento cosmopolita de Immanuel Kant no sentido de que, antes de ser cidadão de determinada entidade politicamente organizada, o indivíduo seria membro de toda a sociedade humana e, bem por isso, restaria protegido por essa humanidade (independentemente de fronteiras) contra o arbítrio despótico do seu próprio estado nacional (TRINDADE, 1991).

Sobredita racionalidade ampara todo o discurso dos direitos humanos internacionais que, a bem da verdade, não se distanciou muito dos originários direitos naturais, até porque aqueles valores primeiramente pautados permanecem até hoje válidos e também tutelados, todos marcadamente de cunho personalista e garantidores da segurança do indivíduo contra a autoridade desmedida de um poder central.

Assim, temos “direitos naturais” como fundamento originário de uma rede de proteção que surgiu articulada por parte de uma nobreza dissidente, discurso esse que acabou sendo apropriado a partir do século XVIII pela classe burguesa com fins de modelação de uma nova organização política bem ao gosto do liberalismo de mercado, estruturada que foi na condição de estado nacional e com o fim precípua de garantir liberdades, interesses e direitos individuais privados.

Com o fenômeno moderno da constitucionalização, essa mesma pauta de direitos da pessoa humana passa a constar encartada dentro das constituições dos estados, como forma de limitar poderes desse último e agora ressignificados como “direitos fundamentais”.

Impulsionado pelos horrores da segunda guerra mundial, referido catálogo de direitos individuais ganhou foros de universalidade, passando o atual rol de direitos humanos a servir de modelo civilizatório que deve ser replicado em todas as demais constituições dos estados modernos (PIOVESAN, 2002).

Esse conceito de direitos humanos, sempre com disposição à universalidade, cresceu e evoluiu durante a Guerra Fria, onde os governos ocidentais o utilizaram nas lutas de propaganda e relações públicas contra o bloco socialista.

Com o estabelecimento da Anistia Internacional em 1961, no auge do embate geopolítico entre Estados Unidos da América e União Soviética, aquela entidade não-governamental começou a transformar os direitos humanos numa ideologia acima da geopolítica. A Anistia insistiu e insiste até hoje em denunciar violações de direitos humanos sempre e onde quer que aconteçam, independentemente dos valores culturais em jogo. Baseia seu trabalho exclusivamente nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e nos outros acordos do direito internacional humanitário (RABBEN, 2004).

Bem se percebe, então, que esse caráter universal dos direitos humanos, baseado numa visão eurocêntrica, estaria muito mais ligado a uma concepção de aceitação, conformada no tempo e no espaço, como padrões ideais e ainda individuais de vida moral e política daquela determinada região, do que propriamente reivindicações de validade de suas proposições em dado momento histórico e válido para todos os povos, concluindo pela universalidade somente enquanto analisados sob a ótica do ocidente, uma vez que qualquer cultura reconhece algum estágio evolutivo dos seus próprios direitos humanos (SOUSA, 2013).

Como visto no anterior item 2.4, já se pratica em território Amazônico certo relativismo cultural na prática desses direitos humanos – que defendemos cõnsone com o atual Texto Constitucional – a jogar por terra qualquer pretensão de supremacia dos valores judaico-cristãos sobre diferentes culturas, algumas identificadas mais por privilegiar a integridade de determinado grupo do que promover direitos do indivíduo isoladamente.

A resistência a essa imposição de universalidade não se mostra como fenômeno recente, mas como movimento que data desde a inauguração dos direitos humanos pensados como uma pauta mínima de valores para toda a humanidade, nos termos a seguir rememorados.

3.2. Interculturalidade e direitos humanos

Mesmo naqueles estados que se formaram sob o pálio da nacionalidade⁷, os valores universais não encontraram uma acolhida unânime, sofrendo duras críticas e muita resistência de adesão. Hunt (2012) nos revela que os revolucionários franceses, ao término do golpe fatal na monarquia e quando se reuniram para discutir uma declaração de direitos individuais a ser promulgada, não entraram em acordo quanto ao seu título e também validade para todos os povos que formariam o novo Estado Francês.

Ocorre que normandos, catalões e outras minorias étnicas se recusaram a editar uma carta de direitos que se destinasse aos nacionais franceses, como aconteceu na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Tudo porque não se consideravam franceses, e sim pertencentes ao seu povo originário, de costumes, língua e valores muito diferentes da maioria franca. Por isso que a declaração – mesmo que às pressas – saiu intitulada como de direitos do homem e do cidadão, genericamente e sem especificar para qual civilização se destinava (HUNT, 2012).

Entretanto, esse tropeço histórico serviu para erroneamente se acreditar que já naquela época se pensava numa pauta mínima de valores com validade universal e para todas as civilizações, indistintamente, coisa pensada por Kant somente mais tarde, ao final da Revolução Francesa e com os seus ideais já propagados pelo mundo todo (HUNT, 2012).

Esse resgate histórico – no meio de tantos outros - serve para demonstrar que a característica da universalidade dos direitos humanos não passa de uma pretensão conveniente, jamais experimentada na história da humanidade, atualmente atacada com racionais e fortes argumentos legais de contrariedade, como a seguir apresentaremos.

Contudo, partimos da posição de que o discurso dos direitos humanos representa um avanço sim para toda a humanidade, isso no sentido de regular os abusos dos poderosos – no estado ou fora dele – contra os indefesos, contra toda e qualquer pessoa ou coletividade (RIBEIRO, 2004).

⁷ Nacionalidade vem de “nação”, do latim *natio*, que significa nascer. Tal sentimento foi muito bem explorado pelos burgueses revolucionários da França para formar o seu “exército” de populares contra a guarda real. Se o Monarca tinha o sangue azul, todos os cidadãos (inclusive os burgueses) compartilhavam do sangue vermelho, nasceram próximos, com os mesmos costumes, valores; enfim, deveriam se tratar como irmãos, daí a idéia defendida de “fraternidade”. Um estado se proclamando “nacional”, portanto, se intenta implantar nele uma política da unidade, partindo-se de uma premissa de que todos os nacionais compartilham dos mesmos valores (DALLARI, 2007).

Não olvidemos ainda que a dialética dos direitos humanos se transformou num porto seguro, nesse mar de tempestades impulsionadas pelo ódio e pela intolerância, pela discriminação, pela ganância desenfreada, pelo desrespeito à diferença, à inviolabilidade dos corpos, das residências e das vidas das pessoas. Tão fundamentais são os direitos humanos para a sociabilidade contemporânea que não poderíamos pensar em um mundo sem eles, sem poder invocá-los (RIBEIRO, 2004).

Ademais, o discurso dos direitos humanos restou apropriado também por outros movimentos sociais que se intitulam “minorias”, como sói acontecer com os movimentos indígenas da América Latina, gerando certa contradição entre aqueles que o criticam de um lado porque em descompasso com o seu modo de vida, mas se fazem valer deles como mananciais de luta contra o arbítrio do estado.

Seria aquele comportamento denunciado por Souza (2001) como “claramente contraditório”, pois de um lado esses mesmos direitos são entendidos como parte das forças homogeneizadoras dos processos de formação do estado-nação (ou como força colonizadora do ocidente), e de outro como uma categoria que é instrumental para a luta dos movimentos indígenas, tudo no sentido de internacionalizar e dar visibilidades às suas causas.

Como direitos humanos se tornaram também pauta de reivindicação indígena, ao que me parece estar aberta é a discussão de quais direitos humanos estamos falando, de que conteúdo e qual o seu significado para os diversos povos da América.

No atual contexto civilizatório, tanto não índios quanto índios não prescindem mais dos direitos humanos, mas a busca de uma pauta mínima, na forma de tábula rasa e com validade para todos, é um desafio a ser enfrentado. Depois de muito refletir sobre o impasse, Souza Filho (1998) propõe o seguinte princípio conciliatório: - todos os povos indígenas têm o direito humano de estabelecer a sua própria pauta de direitos humanos, sem interferência e nem processo de validação por parte da civilização colonizadora.

Esse estágio de encontro civilizatório, ainda não experimentado por nós e pensado apenas no campo da teoria, estaria na dimensão do que Hoekema (2002) convencionou intuir como um “pluralismo jurídico formal igualitário”, onde a validade das normas de direitos humanos concebidas por autoridades indígenas prescindem da interferência dos mecanismos oficiais de direito, se posicionando ambos os sistemas como de igual hierarquia, um não se

imiscuindo no funcionamento e na legitimidade do outro, ambos a se pautarem unilateralmente pelos seus costumes, crenças e tradições.

A vingar as teses alhures, seria da competência dos povos indígenas estabelecerem os seus próprios catálogos de direitos humanos, não necessariamente coincidentes com os valores culturais do ocidente e nem deles dependente. Competiria então aos estados nacionais simplesmente respeitarem os sistemas de direito próprio das minorias, tendo-os como igualmente válidos e eficazes para fins de conformação social.

A empreitada viria no sentido de não se negar a existência e nem se descartar um padrão de universalidade, mas na linha de um universalismo crítico propositivo, consistente naquilo que Ribeiro (2004) resolveu chamar de “universalismo heteroglóstico”, a permitir a convivência com cosmopolíticas diferenciadas e que se compreenda a diversidade cultural sem fazer vista grossa às violências ilegítimas onde quer que ocorram.

Prossegue o mesmo autor reconhecendo que essa tarefa é bastante complexa, pois mesmo os ativistas de direitos humanos – como membros de uma cultura particular – compreendem as práticas internacionais a partir do seu próprio horizonte de significação. A partir daí é que destaca a importância do papel da antropologia no campo intelectual e político dos direitos humanos, com a sua capacidade de identificar, interpretar e orquestrar uma multiplicidade de pontos de vista culturalmente diferenciados e propugnar por uma comunidade argumentativa demográfica na qual todos tenham o mesmo poder de fala.

Entretanto, emerge evidente na tese de Ribeiro (2004) que sempre será necessário estabelecer consenso a respeito de certas linhas que não podem ser cruzadas. Essas linhas de respeito absoluto a quem quer que seja incluem um repertório bastante claro e que restou desse modo alinhavadas pelo autor: - o repúdio radical ao genocídio, ao etnocídio, à tortura, ao desaparecimento de opositores do estado, ao racismo, à xenofobia, à opressão de indefesos por parte dos poderosos. Somente dessa forma é que a categoria dos direitos humanos, e quando devidamente contextualizada, continuará exercendo papel fundamental na defesa de grupos vulneráveis, como dos povos indígenas da América Latina.

Sob outro vértice e em contraponto, Souza Santos (2006) descarta totalmente a possibilidade de se trabalhar direitos humanos sob a ótica universal, pois se tomados em sua forma abstrata, tendem a operar como “localismos globalizados”, ou seja, seriam mera

roupagem da globalização hegemônica (ou globalização neoliberal), na qual há evidentes traços do capitalismo e imperialismo globais.

A fim de mudar esta idéia ocidental arraigada em categorias tradicionalistas, Souza Santos (2006) entende que é preciso mudar a lente de enfoque dos direitos humanos como localismo globalizado para um projeto cosmopolita insurgente, resultante global das lutas locais pela igualdade, inclusão social e autodeterminação das minorias. Neste caminho de reconstrução, seria imprescindível identificar os pontos sensíveis para transformação do projeto cosmopolita insurgente em direção à construção do novo conceito de “direitos humanos interculturais”.

Nesse toar, propõe o cientista social lusitano cinco premissas para se atingir um diálogo intercultural sobre a dignidade humana, como meio de fuga a falsos universalismos, tratando-os, porém, como mero ponto de partida para uma hermenêutica diatópica⁸.

Primeiramente, é posta a premissa de superação do debate universalista dos direitos humanos, propondo-se a concepção intercultural expressa em linguagens diferentes e a partir de universos culturais distintos.

Como segunda premissa, defende Souza Santos (2006) que todas as culturas têm sua própria concepção de dignidade humana, porém nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos, como acontece nos rituais de iniciação em algumas tribos indígenas, mediante a aplicação de ordálias, que podem figurar como atentado aos direitos humanos do ocidente. Entrementes, para os nativos o sofrimento constitui meio de angariar respeito dos outros comunitários, perfazendo-se num fator componente essencial da construção da dignidade humana para aquele povo.

A terceira premissa é a de que não existe completude por nenhuma cultura que diga respeito à dignidade humana, provindo esta perfeição conceitual do próprio multiculturalismo.

Na quarta premissa de transformação dos direitos humanos, aduz Souza Santos (2006) que mesmo dentro de uma única cultura podem existir diversas acepções de dignidade humana, algumas mais amplas, outras menos.

⁸ A hermenêutica diatópica se basearia no necessário intercâmbio cultural, no qual o diálogo seria focado nos problemas enfrentados por cada cultura, funcionando os *topoi* como premissas de argumentação na busca da compreensão das reais necessidades humanas. Para melhor entendimento, recomenda-se a leitura completa do trabalho referenciado ao final, na parte da bibliografia utilizada neste trabalho de pesquisa.

Por fim, estabelece a quinta premissa como a tendência natural que as culturas possuem em distribuir as pessoas entre dois princípios competitivos, a saber: - da igualdade e da diferença, alertando a necessidade de se saber diferenciar entre o debate pela igualdade e pelo reconhecimento das diferenças como faceta da isonomia, a fim de que ambas subsistam de maneira eficaz.

Após estabelecer as premissas para um diálogo construtivo e intercultural dos direitos humanos, Souza Santos (2006) pugna pela necessidade de aplicação da hermenêutica diatópica, baseada na idéia de que os *topoi*⁹ de cada cultura são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertençam.

Desta maneira, o diálogo intercultural dos problemas amplia a consciência de incompletude, integrando as noções de direitos coletivos, da natureza, das futuras gerações, bem como dos direitos e responsabilidades dos povos por quaisquer ações ou omissões.

Portanto, para Souza Santos (2006) o fechamento cultural apresenta-se como uma medida autodestrutiva, devendo-se elevar o diálogo intercultural até o mais alto nível, minimizando a possibilidade de conquista cultural, tal como imposto outrora pelo imperialismo ocidental, mas não ao ponto de destruir a possibilidade das aproximações e dos acordos.

Ocorre que essa idéia de diálogo intercultural não pode ser forçada, sendo imprescindível a adesão espontânea da comunidade cultural, resultando em uma convergência das culturas envolvidas, cujos temas sejam acolhidos em participação mútua, com possibilidade de participação e de decisão em igualdade de condições.

Por isso que a evolução dos direitos humanos para uma concepção intercultural deve ocorrer a partir da consagração do direito à diferença, com o seguinte conteúdo: - direito de ser tratado igualmente quando haja diferença, e que ela seja no caso concreto um fator de discriminação negativa; bem como o direito de ser diferente quando a igualdade seja padronizante (SANTOS, 2006).

É na insistência do reconhecimento desse direito à diferença que se guiará todo nosso esforço de pesquisa, uma vez que enxergamos essa categoria de direito devidamente

⁹ Segundo Aristóteles, *topoi* seriam lugares comuns ou verdades aceitas que orientam nossas escolhas diárias. No entanto, Souza Santos (2006) os considera como lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura.

constitucionalizada em nosso ordenamento jurídico, mas infelizmente mal interpretado pelos operadores do direito no Estado Brasileiro, como veremos em seguida.

3.3. Diferença como direito fundamental

Por ora abandonaremos a precisão tecnicista entre direitos humanos e fundamentais – ambos de conteúdo e significados muito próximos - para ficarmos nas quadras deste último, uma vez que os valores que nos interessa por ora manejar encontram-se claramente constitucionalizados no Texto Maior de 1988.

Trata-se do direito à diferença que, na hipótese versada nestes escritos, diz respeito ao direito de ser reconhecido como índio, assim como de continuar indígena, sendo por isso respeitado na sua identidade étnica e sob a tutela proteção do estado (SOUZA FILHO, 1998).

Isso quer dizer que houve uma mudança de rumo no estabelecimento do novo Estado Nacional Brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, previsto logo no preâmbulo daquela legislação maior que o povo brasileiro, por seus representantes reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, se compromete a caminhar para a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, tanto que lá dentro – avançando no corpo da própria Constituição – o estado garante a todos (índios e não índios) o pleno exercício dos direitos culturais¹⁰.

Ainda intimamente ligado à idéia da pluralidade de povos, o mesmo Texto Constitucional confirma como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem estar de todos (índios e não índios) sem preconceitos de origem, raça, cor e quaisquer outras formas de discriminação¹¹.

Não ordenou expressamente que valesse para o âmbito interno, mas o ordenamento constitucional brasileiro tem a autodeterminação dos povos como um dos princípios regedores nas suas relações internacionais¹², sendo tão significativo esse mandamento que nos faz crer que o Brasil apóia e compreende povos organizados de outro modo que não na forma de estados nacionais.

¹⁰ Art. 215, *caput*.

¹¹ Art. 3º inciso IV.

¹² Art. 4º, inciso III.

Quer dizer que o Estado Brasileiro respeita a autodeterminação de outras civilizações, com território e autoridades próprias, independentemente da jurisdição estatal. Para o Brasil então pode existir um povo diferente, localizado em território especificamente delimitado e regido por modos particulares de organização sem que isso atente contra a soberania, ou mesmo signifique a inauguração de outro estado nacional.

A persistência no direito à diferença – e de se manter como diferente em solo nacional – ressaí cristalina no capítulo da nossa Constituição que trata notadamente da educação, assegurando-se às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, sem prejuízo do ensino obrigatório da língua portuguesa¹³.

Souza Filho (1998) observa que ainda persiste a obrigatoriedade do aprendizado da língua do colonizador, mas não deixa de registrar um grande avanço no reconhecimento de que a continuidade da fala dos povos originários se revela de importância ímpar para o firmamento da identidade plurinacional brasileira.

O constituinte originário brasileiro não teve a coragem de expressamente reconhecer que somos inegavelmente um estado pluriétnico e multicultural, em termos constitucionais dispostos – por exemplo – como nas Constituições da Bolívia, Colômbia e Paraguai (SOUZA FILHO, 1998), mas não ignora essa realidade quando afirma com todas as letras que a sociedade brasileira é formada sim por diferentes grupos, e que os seus bens de natureza material e imaterial se constituem em patrimônio cultural brasileiro¹⁴.

É de se entender ainda que além das suas formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira também se constitui em patrimônio nacional¹⁵, competindo às autoridades públicas proteger todas as manifestações culturais dos povos que compõem o grande mosaico do Estado Brasileiro¹⁶.

Fincadas essas premissas constitucionais, é de se perguntar pra que serve o direito senão para organizar a vida em sociedade? Não precisamos repetir neste estudo lições teóricas e filosóficas a respeito da relação do direito com o seu corpo social, porquanto ser do conhecimento comum que uma das principais finalidades do direito é sim a regulação do

¹³ Art. 210, parágrafo 2º.

¹⁴ Art. 216, *caput*.

¹⁵ Art. 216, inciso I e II, CF/88.

¹⁶ Art. 215, par. 1º, CF/88.

comportamento humano dentro das respectivas sociedades com fins de pacificação social (REALE, 1995).

Então, não seria o “modo de viver” em comunidade típica expressão do direito? A resolução dos conflitos societários operada pelo direito não conformaria um “modo de vida” harmônico em sociedade? Obviamente que o direito nada mais é do que um traço cultural que, juntamente com diversos fatores, identificam e singularizam um determinado povo em relação aos outros. O direito surge, portanto, para formatar determinada sociedade na medida em que tutela a sua organização social, costumes, crenças e tradições (SILVEIRA, 2008).

E tais valores indígenas hoje, a par do direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, se encontram sobejamente protegidos pelo art. 231 da Constituição Federal, competindo à União fazer respeitar todos os seus bens, aí incluídos os de natureza cultural.

À guisa de complemento, tem-se hodiernamente a diferença protegida constitucionalmente em duas dimensões, ou seja, como direito de não ser discriminado ou receber tratamento desigual em razão da sua diferença (diferença negativa), ou como direito de permanecer na sua diferença e, bem por isso, receber proteção e respeito por parte do estado (diferença positiva) (CLAVERO, 2006).

Mas a escalada da diferença ao *status* de fundamental não se deve exclusivamente à quantidade de dispositivos constitucionais que a reafirmam como direito, nem mesmo pelo fato de simplesmente constar no Texto Maior de 1988. É que os direitos fundamentais não são apenas direitos atribuídos às pessoas ou sujeitos individuais; também os grupos ou sujeitos coletivos podem, em razão de determinadas essencialidades, ter pretensões em torno de certos interesses ou necessidades comuns (WILHELM, 2006).

No caso em particular dos povos indígenas, manterem-se na condição de índios e serem respeitados como tais está intimamente ligado à sua própria existência, razão pela qual ser “diferente” é de fundamental importância para a respectiva “sobrevivência étnica”.

Estamos a falar de algo que vai além da identidade. A nossa instância de raciocínio está conectada diretamente ao direito à vida, não apenas com saúde física, mas também com higidez emocional e cultural. Tudo isso para não se perder de vista que os direitos dessas minorias são também regidos pelo princípio da igualdade e da não discriminação, não havendo um conjunto mínimo de direitos estabelecidos para esses povos (NÓBREGA, 2013).

Com efeito, esses padrões de qualidade estariam contemplados naquilo que se convencionou denominar – mormente pós 88 no Brasil - de “novos direitos coletivos”, que começaram a ser garantidos no século XX, sobretudo com o advento da Segunda Guerra Mundial e que se revelam verdadeiros direitos de titularidade coletiva ou mesmo difusa, porque a sua preservação constitui direito de todos, sem que deles se possam dispor (DIMOULIS & MARTINS, 2007).

Silva & Grupioni (1995) promovem pertinente abordagem acerca dessa essencialidade coletiva quando partem do direito à educação, sustentando que o convívio construtivo da diferença aproveita às sociedades índias e não índias na medida em que se estabelecem condições necessárias para o conhecimento mútuo, aproveitando cada cultura o que de bom a outra pode oferecer.

Quer nos parecer que tal argumento vem de encontro com o dispositivo constitucional previsto na cabeça do art. 215, haja vista que o acesso às fontes de cultura nacional - aí incluídas as indígenas – é direito fundamental garantido para “todos” (não indígenas e também índios), devendo o estado protegê-las contra qualquer tentativa de malferimento ou risco de extinção, segundo consta do parágrafo primeiro daquele mesmo enunciado.

Não sem razão que e se eventualmente algumas dessas culturas se perderem em território nacional, o dano seria irreparável para todos os nacionais, ficando empobrecida a nossa população em face do desaparecimento de outras referências civilizatórias e também alternativas.

Em todo caso, e sem muito aprofundar no tema, há boas razões para que os juristas não se afastem dos estudos dos direitos coletivos e os deixe de considerar fundamentais para a existência humana, ora porque são um dado inquestionável da realidade política e jurídica contemporânea, ora porque a inevitável sociabilidade do ser humano não o permite existir saudavelmente fora do seu contexto social (CALERA, 2002).

Malgrado haver direitos humanos somente a partir do reconhecimento dos direitos individuais - inclusive chegando Jellinek a negar a possibilidade da titularidade coletiva dos direitos fundamentais - não se tem dúvidas hoje que os direitos coletivos atribuídos aos povos indígenas, quer porque promovem a igualdade, quer porque os protegem da discriminação, são de forte conteúdo existencialista e assim fundamental (NÓBREGA, 2013).

3.4. Perícia antropológica como direito processual fundamental

Neste tópico de argumentação iremos defender a perícia antropológica enquanto direito fundamental individual dentro dos processos criminais em que forem apontados como acusados os indígenas que incidirem nas penas do nosso código repressivo em território nacional, abandonando por ora o interesse coletivo dos povos indígenas e a sua qualidade de direitos humanos devidamente constitucionalizados.

A premissa eleita, e que agora se advoga, é que o índio legitimado no processo penal como parte ré deverá ter o mesmo direito ao devido processo legal e ampla possibilidade de defesa como acontece com qualquer outro cidadão brasileiro, sem privilégios e nem discriminações¹⁷, não podendo ser usado contra ele presunções do senso comum que venham a lhe negar ou mesmo afastar a sua condição de indígena.

Nessa linha de raciocínio, o direito ao devido processo legal, estabelecido formalmente e previamente em lei; com todos os meios de defesa autorizados pelo direito; conhecido e julgado por uma autoridade constituída legalmente e preexistente; também imparcial e infensa à interferência do poder central, foi uma das garantias individuais conquistada pelos súditos ingleses e contra o absolutismo do João Sem Terra exatamente na assinatura da Magna Carta de 1215 (LUÑO, 2004).

Muito da evolução dessa garantia pessoal acompanhou a trajetória dos demais direitos humanos e fundamentais já descrita no anterior item 3.1., mas para enriquecer o debate vem a pêlo lição de Bobbio (2004), classificando o direito ao devido processo legal e à ampla defesa como aqueles de primeira geração, conquistados logo no início do processo de construção dos direitos humanos e forjados nas hostes revolucionárias feudais, disparadas contra o despotismo monárquico na Europa. Essa categoria de direitos decorre das primeiras liberdades civis e políticas, tendo como principal destinatário o estado e a necessidade da sua regulação, a bem do controle legal de seu arbítrio e da proteção da individualidade humana.

Na Carta da República de 1988 o devido processo legal tem sede constitucional expressa no art. 5º, inciso LIV, quando tutela a liberdade e os bens das pessoas privadas, mas

¹⁷ Com o advento do nosso atual Estatuto Supremo, ficou expressamente revogada a tutela representação vigente na ordem constitucional anterior e conferida ao Estado Brasileiro no sentido de representar o indígena nos atos da vida civil, partindo-se do pressuposto legal da sua incapacidade relativa. Isso porque estabelece o art. 232 da Constituição de 1988 que os índios são agora partes legítimas – como sujeitos individuais de direito – para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e dos seus interesses, prescindindo eles da assistência judiciária por parte da União Federal.

segue reforçado por outras garantias igualmente constitucionais e procedimentais que daquele princípio decorrem, como sentença por autoridade competente (art. 5º, inciso LIII); direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inciso LV); inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, inciso LVI); presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII) e outros desdobramentos que momentaneamente não interessam ao nosso estudo.

Dada a sua dimensão doutrinária e abertura para outros direitos formais, trata-se o devido processo legal com a grandeza de uma quase disciplina processual autônoma, vez que reconhecidamente informado por princípios próprios, como o da imparcialidade do juiz; da igualdade; da disponibilidade e indisponibilidade da ação; da livre investigação das provas; do impulso oficial; da oralidade; da persuasão racional do juiz; da publicidade; da motivação das decisões judiciais; da lealdade processual; da economia e da instrumentalidade das formas; do duplo grau de jurisdição; e talvez o mais importante de todos eles – ligado ontologicamente ao devido processo legal – princípio do contraditório e da ampla defesa, com matiz constitucional própria e destacada no art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988 (CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, 1990).

Perceba-se que no ponto específico do direito de defesa – como desdobramento lógico do princípio maior do devido processo legal -, o nosso Texto Constitucional procurou assegurar aos litigantes do processo a mais “ampla” oportunidade para produção de provas, tudo com o escopo de se comprovarem as suas teses e fatos suscitados. O adjetivo deliberadamente destacado da “amplitude” veio para reforçar regra geral de que todos os recursos e meios disponíveis são válidos para promoção das defesas dos acusados em geral, restando não admitidas por estreita exceção somente aquelas provas obtidas por meios ilícitos, segundo a legislação regedora da matéria¹⁸.

Por provas em ações penais, ficaram compreendidos todos os métodos ou procedimentos pelos quais chegam ao espírito do julgador os elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso (OLMEDO, 1960).

No caso em particular das perícias, aí compreendida a de cunho antropológico - que restará melhor problematizada no último capítulo deste trabalho de pesquisa -, a prova é por

¹⁸ Art. 5º, inciso LVI.

excelência técnica e ainda complexa, a obrigar o magistrado a valer-se de pessoas especializadas em razão de que se afiguram insuficientes tanto os depoimentos pessoais quanto os documentos exibidos no processo para o real esclarecimento dos fatos (MORAIS & LOPES, 1978).

Tanto que tem natureza indiscutível de prova dentro do processo, se conformando numa espécie daquele gênero, que a perícia judicial se acha disciplinada a partir do art. 158 da nossa Lei Adjetiva Penal, justamente encartada dentro do Título VII, especificamente a tratar das provas no processo penal brasileiro.

Como prova, a perícia antropológica requerida pela parte interessada e não deferida pelo juízo – assim pensamos - está apta a eivar de nulidade o respectivo processo criminal por cerceamento de defesa, ainda que o magistrado não se sinta vinculado aos termos e conclusões daquele trabalho técnico, segundo cláusula de reserva prevista no art. 182 do Código de Processo Penal Brasileiro¹⁹.

Reiteramos novamente que esse ponto em especial voltará à baila no quinto e último capítulo, quando iremos propor uma reflexão crítica acerca do tratamento e do encaminhamento dados pelo Judiciário Brasileiro às realizações de laudos antropológicos dentro dos processos criminais, propondo um novo olhar sobre aqueles documentos em face da sua essencialidade e da sua peculiar natureza para os autos.

Enquanto isso não acontece, por oportuno ao incitamento da discussão se faz mister passarmos rapidamente os nossos olhos pela jurisprudência unicamente dos nossos tribunais superiores acerca da matéria, ainda que dela discordemos respeitosamente.

3.5. Laudos antropológicos na jurisprudência dos tribunais superiores

Neste tópico, alguns esclarecimentos acerca do corte epistemológico promovido e opções do campo de pesquisa se fazem necessárias para um melhor encaminhamento do trabalho. Assim, a nossa busca jurisprudencial limitou-se ao âmbito de dois tribunais superiores, quais sejam, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, porque pragmaticamente ambos encerram discussões de modo definitivo e que dizem respeito ao malferimento da Constituição Federal, assim como da legislação federal aplicável à espécie.

¹⁹ Preceitua referido art. 182 que o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

Por ordem constitucional, fica a cargo do Supremo Tribunal Federal a última palavra em matéria constitucional e sua conformidade com a nossa Carta Magna²⁰, enquanto ao Superior Tribunal de Justiça compete proferir a final deliberação a respeito das contrariedades suscitadas em face de lei federal, ou ainda negar-lhe vigência em território nacional²¹.

Como instâncias revisoras que de fato e de direito são, essas duas Cortes Superiores estão autorizadas a receberem de todo o Brasil – sejam provenientes dos foros estaduais, sejam iniciadas nos foros federais – recursos judiciais que necessariamente devem enfrentar a possibilidade de dispensa ou não dos laudos antropológicos dentro dos processos judiciais.

Por serem destinatárias últimas dessa matéria, vez que podem ser guindadas ao debate tanto com argumentos constitucionais quanto de natureza ordinária afeta à legislação federal, nos surpreende a pequena quantidade de acórdãos encontrados, ainda que a nossa pesquisa tenha sido realizada a partir de 05 de outubro de 1988, ou seja, desde a promulgação da vigente Constituição Federal.

Se reportando expressamente aos laudos antropológicos como uma das razões de decidir, constatou-se existirem no arquivo público e eletrônico do Supremo Tribunal Federal apenas quatro precedentes, enquanto que no sítio do Superior Tribunal de Justiça restaram compilados nove acórdãos tratando da mesma matéria²².

E dentre os julgados encontrados, podemos destacar decisões que enfrentam a validade e pertinência dos laudos antropológicos identificadores de terras indígenas e, de outro lado, a discussão a respeito da necessidade ou não de laudos antropológicos em processos criminais para atestarem (ou não) a condição de indígena do acusado.

Partindo dessa classificação, uma primeira conclusão de análise já passível de ser registrada é o fato de que os laudos antropológicos carreados para dentro dos processos, em que se discute identificação e demarcação de terra indígena, invariavelmente são tidos como necessários e praticamente vinculantes das decisões judiciais.

A única exceção encontrada foi um precedente do Superior Tribunal de Justiça de 06 de novembro de 2007, em que se dispensou o laudo antropológico sob o argumento de que os posseiros não índios estavam na terra e legitimados por justo título muito antes de 1934,

²⁰ Art. 102, inciso I, alínea “a”.

²¹ Art. 105, inciso III.

²² O nosso acesso àqueles arquivos se encerrou no dia 15 de julho de 2013, quando resolvemos aqui expor os resultados da pesquisa.

quando se entendeu naquela Corte que foi somente a partir daquele ano que os índios teriam direito a terra no Brasil, pois seria a primeira vez dentro de uma constituição nacional que viria a ser expresso o direito do índio à posse do seu território²³.

Esse entendimento restou vencido e revisto pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009²⁴, por ocasião do julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e quando se reconheceu no plenário daquele colegiado a recepção constitucional da tese do indigenato, a conferir aos índios brasileiros posse legítima das suas terras desde o ano de 1680, uma vez que o mesmo instituto acabou sendo recepcionado em nossa ordem jurídica por todos os Textos Constitucionais que se seguiram²⁵.

Ainda no Superior Tribunal de Justiça e tratando de terra indígena, vieram julgados que reconheceram direito dos índios sobre ela e contra assentamento promovido pelo INCRA²⁶; possibilidade de revisão da demarcação de terra indígena feita sob a ordem constitucional anterior no sentido de aumentar a área pretendida²⁷; descabimento em sede de mandado de segurança da discussão sobre a data da ocupação das terras e a possível desconstituição do laudo antropológico realizado no bojo dos autos²⁸; e o reconhecimento definitivo da Terra Indígena Guarani Nhandéva porque o laudo antropológico que estabeleceu os seus limites territoriais somente pode ser revisto por outra prova pericial, de igual envergadura daquela inicialmente produzida nos autos²⁹.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, além do noticiado julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol – onde se validou sem restrições o laudo antropológico produzido em duas ocasiões processuais distintas³⁰ –, seguiu-se logo depois decisão colegiada

²³ REsp. n. 646.933/PE, Rel. Min. Massami Uyeda, 4ª T., DJ de 26.11.2007, p. 196.

²⁴ Pet. n. 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 19.03.2009, DJe 181 de 25.09.2009, RTJ vol. 212, p. 49 e seguintes.

²⁵ “Indigenato” foi o termo cunhado por João Mendes Jr. para se referir ao Ato Institucional n. 01, editado no Brasil pela Coroa Portuguesa em 1º de abril de 1680. Naquele instrumento jurídico se reconheceu que o direito dos índios brasileiros sobre as suas terras é originário, primário e congênito, pois estavam aqui muito antes do colonizador português chegar, cabendo ao estado respeitá-los e lhes garantir a posse (SOUZA FILHO, 1998).

²⁶ AgRg. no MS n. 4.821/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, j. 09.12.1998, DJ 01.03.1999, p. 213.

²⁷ MS n. 14.987/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, 1ª Seção, j. 28.04.2010, DJe 10.05.2010.

²⁸ MS n. 15.930/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção, j. 26.10.2011, DJe 14.11.2011.

²⁹ MS n. 15.822/DF, Rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, j. 12.12.2012, DJe 01.02.2013.

³⁰ Tanto no MS n. 25.483, Rel. Min. Carlos Britto, j. 04.06.2007, DJe 14.09.2007, Ement. vol. 02289-01, pg. 173, como definitivamente na Pet. n. 3.388 Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 19.03.2009, DJe 181 de 25.09.2009, RTJ vol. 212, p. 49 e seguintes.

recusando ação anulatória de demarcação de terra indígena, com base justamente na higidez do respectivo laudo antropológico³¹.

Importa ressaltar que em todos os precedentes noticiados e que tratam de terra indígena, se partiu da premissa de que o laudo antropológico apresenta ares de essencialidade indispensável para o deslinde da causa, ainda que houvesse outros elementos de convicção à disposição do magistrado. Essa última autoridade, e com arrimo no Princípio da Persuasão Racional do Juiz³², poderia perfeitamente ter abandonado a idéia do laudo antropológico para tomar uma decisão com assento em outros elementos de prova; aliás, como costumeiramente fazem os magistrados nos casos em que o cidadão indígena é acusado de cometer crime em processos penais.

Começando pelo Supremo Tribunal Federal, levantamos que há apenas uma decisão colegiada pós Constituição de 1988 tratando de laudo em processo criminal instaurado contra indivíduo indígena acusado de delinquência, segundo nossos costumes e tradições. É um caso de associação criminosa para o tráfico de entorpecentes, em concurso material com o porte ilegal de arma, onde aquela Corte confirmou decisão anterior que dispensava o exame antropológico por conta do grau de escolaridade, fluência na língua portuguesa e nível de liderança do indígena acusado dentro da tida quadrilha organizada³³.

Dentro dos registros eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça encontramos mais quatro precedentes de igual natureza, todos a reconhecerem como desnecessária a produção de laudos antropológicos quando o acusado indígena supostamente estaria “integrado” à comunhão nacional ou mesmo “aculturado”, isso porque possui título de eleitor, habilitação para dirigir veículos ou ainda opera em instituição financeira.

Tais argumentos foram utilizados para julgar indivíduos que se declararam indígenas dentro de processos judiciais e responderam como qualquer cidadão comum por crimes de tráfico ilícito de entorpecentes³⁴, latrocínio³⁵, estupro simples³⁶ e de vulnerável³⁷. Também

³¹ AI 529.105 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., j. 06.04.2010, DJe 07.05.2010, Ement. vol. 2400-06, p. 01306.

³² Tal princípio regula a apreciação e avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção, sem ficar obrigatoriamente adstrito a um tipo de prova. Implica dizer que o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos, mas a sua aceitação a apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, 1990).

³³ HC n. 85.198, Rel Min. Eros Grau, 1ª T., j. 17.11.2005, DJ 09.12.2005, RTJ 203-03, pg. 1088, LEXSTF v. 28. N. 327, 2006, pg. 334-339.

³⁴ HC n. 30.113/MA, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 05.10.2004, DJ 16.11.2004, pg. 305.

aqui os crimes contra a dignidade sexual se ergueram como os de maior incidência, motivo pelo qual resolvemos centrar neles os nossos esforços de intelecção, reduzindo ainda mais o objeto de pesquisa e como será melhor justificado no Capítulo 4 desta dissertação.

Caminhando para o final dessa leitura jurisprudencial, com uma visão mais panorâmica da realidade processual espelhada no ponto pelos nossos Tribunais Superiores - ainda que escasso o material de análise -, outra conclusão não nos ocorre de que os juízes brasileiros decidem sobre direitos coletivos fundamentais indígenas sempre levando em consideração o laudo antropológico, tendo ele como uma prova indispensável e apta a guiar o seu juízo de valor; enquanto que nos processos onde se discute direito fundamental individual indígena, as mesmas cortes de justiça praticamente o dispensam sob alegações das mais variadas matizes e sem qualquer critério técnico/científico.

Retomaremos essa discussão no quinto capítulo deste estudo, procurando entender a razão de serem os magistrados brasileiros tão ciosos com os direitos coletivos indígenas e quase relapsos na tutela individual do cidadão índio, justamente em matéria criminal que permite - ainda que com certos desajustes de encaminhamento - o acolhimento das diferenças civilizatórias, oferecendo aos intérpretes do direito teses tanto para a exclusão motivada da culpabilidade, quanto pelo acolhimento do erro de proibição por conduta culturalmente condicionada, como veremos será expostos logo em seguida.

3.6. A questão da culpabilidade indígena na teoria do delito

A maior parte da literatura especializada penal, nos termos da concepção finalista da ação³⁵, define o delito com sendo uma conduta típica, antijurídica e culpável. Essas características da conduta humana, de acordo com o conceito analítico do crime, correspondem aos três elementos do delito aceitos hoje, sendo que o posterior pressupõe lógica e necessariamente o anterior (BITENCOURT, 2003).

Ainda na definição de crime e como seu primeiro requisito essencial, diz-se que a conduta é típica quando adequada a um determinado comportamento (ação ou omissão),

³⁵ HC n. 25.003/MA, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., j. 09.09.2003, DJ 01.12.2003, pg. 406.

³⁶ HC n. 9.403/PA, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., j. 16.09.1999, DJ 18.10.1999, pg. 242.

³⁷ HC n. 40.884/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., j. 07.04.2005, DJ 09.05.2005, pg. 445.

³⁸ Na concepção finalista, a ação do agente é dirigida para um determinado objetivo previsto e querido pelo do autor do crime. Se o homem pode prever as consequências de sua atividade, orientado-a para a obtenção de seu *desideratum*, ele atua finalisticamente, ou seja, norteando seu comportamento em direção a seu objetivo. O home canaliza a corrente causal no rumo certo, para atingir a meta optada (COSTA JÚNIOR, 1986).

comportamento esse modelar e necessariamente descrito em lei (tipo), que bem descreve as condutas proibidas num determinado ordenamento jurídico. A ação ou omissão humana que se ajusta a um tipo é, portanto, considerada típica (ROXIN, 2002).

Contudo, para a caracterização de um crime, não basta que a conduta seja típica; é preciso, também, que ela seja antijurídica. Isto é, ilícita e contrária ao ordenamento jurídico, pois em casos excepcionais, a lei autoriza a prática da conduta típica, por exemplo, como sói acontecer nas hipóteses de legítima defesa³⁹. A antijuridicidade constitui-se, desse modo, na relação de contradição entre a conduta típica e a ordem jurídica, assim como a sua relevância consiste em dar concretude ao injusto penal, indicado pela tipicidade (MOTTA, 2009).

Não obstante a presença de um fato típico e antijurídico, ainda não se poderá afirmar a existência de crime se a conduta não for culpável, justamente o elemento que nos interessa ao presente estudo e que pretendemos melhor estender a sua compreensão para os casos que envolva índio como agente ativo do delito.

Consiste a culpabilidade num juízo de reprovação que incide sobre o autor da conduta típica e antijurídica, por ter atuado de modo contrário quando podia ter agido de acordo com as determinações legais. A relevância da culpabilidade importa, pois, em atribuir ao autor do injusto penal um juízo de censura por haver se conduzido contra a norma, apesar da possibilidade pessoal de atuar conforme as exigências normativas (MOTTA, 2009).

O plano da culpabilidade seria aquele no qual se reúne o saber sistemático sobre a figura ativa do autor. Pressupõe-se que a pessoa que chega a este plano sabe, de acordo com as etapas precedentes de verificação, que uma conduta humana realizou o injusto penal por completo e, assim, fechando-se o conceito analítico de crime, conferindo-se ao estado a possibilidade jurídica de exercer o seu poder de punir.

Com efeito, nessa última dimensão da culpabilidade - em que pese não se ter dúvida que a conduta humana realizou em sua plenitude um crime - não se pode aquilatar ainda se a conduta verificada pode ser imputada a determinado homem; e se um determinado homem pode ser considerado responsável por sua conduta, inaugurando-se a partir dessa fase outra discussão, que diz respeito agora à imputação subjetiva do injusto a um determinado sujeito (HASSEMER, 2005).

³⁹ Art. 25 do Código Penal.

Mas, se não há crime sem culpabilidade, o que se exige mais, então, para que se configure o juízo de reprovação ao autor de uma conduta típica e antijurídica? Em primeiro lugar, e destrinchando os meandros da culpabilidade, que o agente tenha, ao tempo da ação ou omissão, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Em segundo lugar, exige-se a consciência de ser, o fato praticado, contrário às exigências da ordem jurídica. Por último, deve ter sido exigível do agente, por ocasião da prática do fato típico e ilícito, uma conduta de acordo com o direito (MOTTA, 2009).

Esses são, pois, os elementos intrínsecos da culpabilidade, mensurados no comportamento do autor do fato criminoso, personalíssimos e somente encontrados na investigação do caso concreto. Por isso mesmo, dizem respeito à sua imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Quando não encontrado algum desses requisitos, não há que se falar em culpabilidade, porquanto a ausência de qualquer um deles ocasiona a exclusão desse último elemento do crime, a isentar de pena o agente ou mesma diminuí-la em face dos parâmetros legais (CASTRO, 2013).

Por isso mesmo é que no caso concreto, e após presente condutas típica e antijurídica, compete ao juiz em primeiro lugar verificar se o agente do fato punível é um sujeito normal, isto é, se possui maturidade e sanidade psíquica suficientes para suportar a reprovação penal. Depois, e no segundo nível de valoração, cabe ao juiz analisar se o agente imputável tinha plena consciência da ilicitude do fato ou pelo menos a possibilidade de ter essa consciência (real ou potencial da ilicitude) para, quando chegar na última e terceira etapa, verificar a normalidade ou anormalidade das circunstâncias em que o agente imputável atuou (CASTRO, 2013).

Dentro do círculo da culpabilidade, atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa é estudar o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível. A falta dessa capacidade torna o agente inimputável, ou seja, não sendo considerado o agente capaz psicologicamente no momento da sua conduta ou consciente da ilicitude do que estava fazendo, afastar-se-á o elemento da culpabilidade do crime e, por consequência, a punibilidade do indivíduo (JESUS, 2001).

As condições para a imputabilidade não estão definidas pelo nosso Código Penal, prevendo-se apenas em seu texto hipóteses excepcionais em que um agente pode ser considerado inimputável, como nos casos de isenção de pena para aquele que possua doença

mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento⁴⁰.

Outras hipóteses legais dizem respeito ainda à menoridade do autor do fato criminoso como causa de inimizabilidade⁴¹, ficando sujeitos às medidas protetivas disciplinadas no Estatuto da Criança e do Adolescente⁴²; assim como no caso de isenção de pena para o agente que cometer delito em estado completo de embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, e se estiver na hora da ação ou omissão inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento⁴³.

Particularmente à exclusão da culpabilidade e que diz respeito diretamente à imimizabilidade indígena, o critério utilizado há décadas pela doutrina brasileira é o da capacidade psíquica da culpabilidade disciplinada pelo art. 26 do Código Penal, considerando isentos de pena – ao lado dos surdos-mudos sem desenvolvimento cognitivo ou volitivo – os silvícolas não adaptados, termo usado pela lei para reportar-se aos agentes indígenas (GUARAGNI, 2010).

Argumentos das mais absurdas roupagens se levantaram para considerar o índio isento de pena por se reconhecer a sua imimizabilidade, isso em face do reconhecimento do seu desenvolvimento mental incompleto, uma vez que lhe faltou a sua convivência em sociedade, ocasionando imaturidade mental e emocional; ou porque – e mesmo que quisesse – não tem condições de chegar ao pleno desenvolvimento mental em face do acúmulo das experiências hauridas no passado selvagem (CAPEZ, 2003).

Acontece que uma minoria recente de autores vem negando que a situação de culpabilidade dos índios tenha algo a ver com natureza patológica, mas que deve ser avaliada segundo o seu grau de integração ou não dentro da sociedade hegemônica e envolvente, sendo em todos os casos impositiva a feitura de laudos antropológicos justamente para se verificar o seu grau de aculturação, segundo a tábua de valores ocidentais e recepcionada pelo nosso direito⁴⁴.

⁴⁰ Art. 26 do Código Penal.

⁴¹ Art. 27 do Código Penal, que prevê serem imimizáveis os menores de dezoito anos de idade.

⁴² Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

⁴³ Art. 28, parágrafo primeiro, do Código Penal.

⁴⁴ Nesse sentido, registre-se – entre outros – os entendimentos de Capez (2003), Greco (2009), Bitencourt (2007) e Prado (2008), todos com obras arroladas na final bibliografia.

Segundo essa corrente menos preconceituosa, a realização do respectivo laudo antropológico será válida para se averiguar três possibilidades quando do cometimento de injusto penal por indígena, a saber:

primeiro; e se for caso de índio plenamente adaptado aos valores dominantes, será imputável e sofrerá plenamente as conseqüências penais, havendo apenas de se respeitar a atenuante obrigatória derivada da sua condição pessoal de índio⁴⁵; **segundo**, e se for verificada a sua parcial adaptação, terá a pena reduzida e poderá dar cumprimento à sua execução em estabelecimento federal de assistência ao índio existente próximo da sua tribo⁴⁶; e **terceiro**, quando não se apontar nenhum grau de adaptação, ficará enquadrado mesmo como portador de desenvolvimento mental incompleto previsto no art. 26 do Código Penal, visto que infelizmente a legislação ordinária brasileira não dispõe sobre casos de absolvição por ausência plena de integração do silvícola (GUARAGNI, 2010).

Nessa última hipótese, e para gozar das benesses do direito, o indígena deverá necessariamente restar conhecido em sentença como um “retardado mental”, tudo porque nem o atual Código Penal Brasileiro, e muito menos o vigente Estatuto do Índio, dispõem de mecanismos legais para reconhecimento de uma cultura diversa, não afinada com os nossos valores judaico-cristãos.

Insatisfeitos com essa cruel e discriminatória solução normativa, alguns penalistas se aprofundaram no tema e vêm dando um novo encaminhamento para a discussão, subsumindo a conduta dos indígenas fora do circuito da imputabilidade, prevendo aplicação no caso concreto das hipóteses legais do erro de proibição por conduta culturalmente condicionada, como veremos a seguir.

3.7. Hipóteses do erro de proibição do índio por conduta culturalmente condicionada

Neste descortinar, importa esclarecer que ao abordarmos o erro de proibição permaneceremos circunscritos à esfera da culpabilidade, terceiro, último e essencial requisito para a definição de crime. Apenas estamos deslocando o nosso foco de abordagem da circunstância da imputabilidade para o elemento da potencial consciência da ilicitude, ambos

⁴⁵ Dispõe o art. 56, *caput*, que 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.

⁴⁶ Prescreve o parágrafo único do art. 56 que as penas de reclusão ou de detenção impostas aos índios 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.

estágios imprescindíveis para serem percorridos quando se pretende construir o sentido de “conduta culpável” dentro da teoria do delito.

A empreitada diz respeito à consciência potencial do ilícito por parte do sujeito, que se circunscreve à consciência que o agente deve ter de que atua de modo contrário ao direito. Assim, não basta que o autor do injusto penal seja imputável, isto é, capaz de entendimento e autodeterminação, para que sobre ele recaia o juízo de censura da culpabilidade; é necessário que tenha tido, ou tenha podido ter consciência da ilicitude da sua conduta, quer dizer, consciência que atua de modo contrário ao direito promovido pelas hostes estatais ((MOTTA, 2009).

O potencial conhecimento da ilicitude se reveste na possibilidade de o agente poder conhecer o caráter ilícito da sua ação segundo os ditames do direito oficial. Deverá ele estar convencido de que está realizando algo de errado, de anti-social, de censurável. Deve o agente estar consciente de que atua de forma contrária ao sentimento do justo que impera no meio social em que vive, ciente de que pratica uma conduta imoral, nociva, reprovada pela sua respectiva sociedade; em suma uma conduta que constitui uma violação da ordem social ou moral em seu meio comunitário (PRADO, 2008).

Nesse diapasão, Roxin (1979) relaciona a consciência da ilicitude com a ordem moral e as concepções culturais, uma vez que as normas jurídico-penais não estão separadas delas e nem são tampouco ordens independentes de um déspota caprichoso que poderiam ter este conteúdo ou qualquer outro, senão que encontram sua sustentação na convicção popular – que precede à regulação jurídica – sobre o justo e o injusto.

Se não há possibilidade do agente ter consciência de que pratica uma conduta contrária ao direito do estado, não lhe é exigível uma atuação de modo diverso, conforme o direito, não havendo motivo para que se abstenha da prática daquela conduta. Consequentemente, não é culpável o agente que atua com a errônea suposição de ser lícita a sua conduta, porque, em razão do erro, não tinha consciência da ilicitude do seu comportamento e não pode agir culpavelmente quem supõe, por erro, que atua conforme o direito (FRAGOSO, 2004).

Trata-se a hipótese ventilada do erro de proibição, que é o erro que recai sobre a ilicitude da conduta: o agente não tem a consciência de que sua conduta é contrária ao ordenamento jurídico estatal; ele supõe que ela seja lícita, quando na verdade é ilícita. Portanto, o erro de proibição verifica-se quando o agente não conhece a norma de proibição

que respeita diretamente ao fato, ou, conhecendo-a, tem-na por não válida, ou, em consequência de uma interpretação incorreta, representa defeituosamente o seu âmbito de validade, considerando, em consequência disso, o seu comportamento como juridicamente admissível pelo aparelho de repressão do estado (SERRA, 1991).

Como o agente do injusto penal não pôde atingir a consciência de que seu comportamento é contrário ao direito, a sua conduta não pode ser objeto de reprovação, por falta de consciência da ilicitude, não se configurando a tão necessária “culpabilidade” para se ter crime perfeitamente conformado (MOTTA, 2009).

Foi nesse sentido que enveredou o Código Penal Brasileiro quando albergou a hipótese de erro de proibição costurada no seu art. 21, prevendo que a regra geral da não possibilidade de submissão por desconhecimento da lei - embora inescusável, sendo que ninguém poderá alegar em prol da sua defesa⁴⁷ - haverá de ser flexibilizada em duas circunstâncias distintas, quando ocorrer o erro inevitável sobre a ilicitude do fato (com isenção de pena), e quando ocorrer o erro evitável sobre a ilicitude do fato (com possibilidade de diminuição de um sexto a um terço da pena).

A sistematização do erro de proibição na legislação penal brasileira se baseia na premissa de que a regra da inescusabilidade do desconhecimento da lei é limitada pelas exceções representadas pelo erro de proibição invencível e pelo erro de proibição vencível, apenas com a graduação da reprovação desse último. Invencível é aquele erro inevitável pelas diligências ordinárias, ou do chamado “homem médio”; enquanto que o vencível é aquele que poderia ter sido evitado caso houvesse um mínimo de esforço e inteligência por parte do agente (CASTRO, 2013).

Muito recentemente, alguns penalistas brasileiros – despertados por festejados autores estrangeiros – têm tratado da questão penal indígena de forma mais apropriada, afastando-se das concepções preconceituosas, se aproximando de resoluções do problema que adotam justamente o erro de proibição alhures suscitado como hipótese mais cônsona com a nossa ordem constitucional para exclusão da culpabilidade (REZENDE, 2009).

Não podem existir mais dúvidas quanto à opção constitucional adotada pelo legislador constitucional de 1988 no Brasil, que inadmite toda e qualquer pretensão de homogeneização

⁴⁷ Também segundo o art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Lei Federal n. 4.657, de 04 de setembro de 1942.

sociocultural forçada, garantindo com isso o direito à diversidade cultural e o direito à alteridade. A nossa era encerrou o banimento definitivo de categorias como “aculturados”, “integrados” ou “civilizados”, seja porque a noção de cultura com totalidade, como perfeita coerência de crenças unívoca e homogeneamente partilhadas é ultrapassada; seja porque, nas relações interétnicas, as situações de contato não significam o abandono dos códigos e valores que orientam cada grupo, verificando-se antes a possibilidade de articulação em alguns setores ou domínios específicos de atividades, mantidas as proscricções de interações tendentes a proteger partes de sua cultura da confrontação e da modificação (PEREIRA, 2002).

Essa nos parece ser a real tendência do atual ordenamento constitucional brasileiro, razão pela qual a solução tecnicamente apropriada para eximir de pena um indígena que no caso concreto não estava em condições de saber que a sua ação era reprovada pelo ordenamento jurídico estatal está na inculpabilidade, mais especificamente na ausência do conhecimento da antijuridicidade da conduta, vale dizer, no erro de proibição (REZENDE, 2009).

Zaffaroni e Pierangeli (2006) trazem à baila alguns exemplos que bem se afiguram ao enquadramento sugerido, como a possibilidade de um esquimó querer agradecer os seus visitantes oferecendo sua mulher perfumada por urina, ficando muito ofendido com uma eventual recusa por parte dos forasteiros.

Se um juiz esquimó tivesse que julgar a injúria cometida pelos visitantes em razão da recusa daquela “gentileza”, dificilmente iria exigir dos acusados que internalizassem essa “estranha” regra de conduta. Da mesma maneira, o indígena de uma comunidade que há séculos tem seus próprios ritos para funerais e sepultamentos, talvez incorra numa tipicidade contravencional ao violar as regulamentações sobre inumações, mas é muito duro exigir-lhe que abandone todas essas regras para acolher as nossas, e assim reprovar-lhe penalmente porque não o tenha feito (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2006).

Tendo aqueles exemplos como referência, nós – cometendo injúrias ao rejeitar a mulher perfumada com urina na sociedade esquimó, e o indígena, violando as disposições sobre sepultamento em nossa sociedade – estaremos em situações de erro de compreensão sobre o ilícito, porque não era exigível de todos aqueles agentes a possibilidade de entender a antijuridicidade da conduta, no sentido de poder internalizar as normas estranhas aos seus valores sociais (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2006).

É por isso mesmo que Zaffaroni e Pierangeli (2006) defendem o erro culturalmente condicionado como uma das hipóteses constitucionalmente possíveis para afastamento da culpabilidade, acreditando eles que as pessoas não possuem o mesmo senso de compreensão acerca do ilícito, dependendo de outros fatores não previstos expressamente na lei penal brasileira, como circunstâncias pessoais e sociais que irão influenciar na exigência que deve ter um agente em relação ao entendimento da antijuridicidade da conduta.

Notadamente aos indígenas, muitas vezes praticam condutas sem saber que a sua ação é reprovada pelo ordenamento jurídico nacional, incorrendo em erro sobre a ilicitude do fato (proibição), a excluir por completo a sua culpabilidade no caso concreto. Assim, decorre do erro de proibição – segundo Zaffaroni e Pierangeli – também o erro culturalmente condicionado, porquanto aquele que, mesmo sabendo da ilicitude do fato, não a compreende como reprovável e não consegue internalizar os valores contidos na norma, definitivamente não pratica crime (DE LUCA, 2011).

Portanto, não se pode punir o agente que, embora tome conhecimento do tipo penal, não o cumpra porque está em desacordo com os costumes e práticas que sempre esteve internalizado dentro dele, por fazer parte de suas raízes, da cultura da sociedade onde sempre viveu. Se a não compreensão da norma, a não internalização de seu valor, se der em razão do condicionamento cultural do agente, está-se diante de um erro de proibição culturalmente condicionado (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2006).

Esse novo modo de ver se constrói sobre a premissa de que um estado plural e democrático deve respeitar a diversidade cultural. O respeito à diversidade cultural implica a possibilidade de se exigir de membros pertencentes a culturas diversas, que já têm internalizados os seus valores próprios, que ajam em desconformidade com estes valores para, ao contrário, seguirem os valores contidos na norma, quando houver conflitos entre eles (REZENDE, 2009).

Destarte, se não se pode exigir conduta em conformidade com os valores da norma e desconformidade com os valores culturais internalizados do agente, não se pode culpá-lo por não ter assim agido, de forma que o erro de proibição culturalmente condicionado, segundo sustentam seus idealizadores, afasta a potencial consciência da ilicitude e, conseqüentemente, a culpabilidade (REZENDE, 2009).

De tudo que foi escrito, e quando houver a prática de injustos penais por índios, é na avaliação da potencial consciência da ilicitude que se dá a clivagem do tratamento penal. Assim, os agentes indígenas estarão isentos de se o fato punível por ele praticado não estiver na categoria de valores próprios de seus usos e costumes (GUARAGNI, 2010).

4. ESTUDOS DE CASO

Este capítulo traz por compilação resultados e dados primários obtidos em campo, com o emprego de pesquisa empírica e mediante estratégia dos estudos de caso, levados a efeito que foram por equipe multidisciplinar e nos termos que serão a seguir entabulados.

Trata-se de três acontecimentos muito particulares, selecionados a partir do nosso interesse de pesquisa e a envolverem delitos contra a dignidade sexual praticados por agentes indígenas, em desfavor de vítimas indígenas e ocorridos dentro de terra indígena, todos documentados e judicializados dentro das esferas de competência do Poder Judiciário Roraimense.

Tais narrativas se fizeram necessárias na medida em que bem ilustram o problema de pesquisa nesta dissertação de mestrado e ainda legitimam as suas finais conclusões, dando um sentido prático ao trabalho de campo realizado e a contribuir para o melhor encaminhamento de uma demanda cada vez mais crescente no âmbito dos processos judiciais brasileiros, a saber, pelo deferimento em juízo de estudos antropológicos com vistas à compreensão e detalhamento de outras culturas, agora com matizes constitucionais capituladas no rol dos direitos humanos fundamentais e a legitimar outros encaminhamentos processuais penais que não a mera responsabilização por descumprimento de norma homogeneizadora de condutas dentro de um estado reconhecidamente plurinacional.

4.1. Comissão Interdisciplinar de Efetivação das Prerrogativas Institucionais de Defesa dos Direitos Indígenas Fundamentais - CIDIF

O problema desta pesquisa surgiu de uma demanda prática e muito concreta, concernente no pedido realizado pela Comunidade Indígena X – em meados do ano de 2011 e conforme detalhamento escrito no seguinte item 4.3- para que antropólogos da Universidade Federal de Roraima, conjuntamente com membros dos Ministérios Públicos Estadual e Federal, traçassem um programa preventivo junto a escola daquele aldeamento acerca dos crimes contra a dignidade sexual.

A partir da referida solicitação, o trabalho evoluiu para a formação de um grupo com viés também de pesquisa, agora com ações direcionadas para o âmbito interno da

Penitenciária do Monte Cristo, no Estado de Roraima, a fim de se mapear a real situação de todos os indígenas que estavam cumprindo pena naquele regime fechado.

Foi desse modo que durante todo o mês de dezembro do ano de 2011 realizou-se um levantamento do número total de detentos indígenas, chegando ao montante de 35 (trinta e cinco), dos quais restaram 31 (trinta e um) entrevistados e apresentando um índice de 64% dos delitos tipificados pela legislação pátria como violadores da dignidade sexual, ou seja, estupro, sedução e atentados violentos ao pudor, na maioria contra pessoa vulnerável, ou seja, em desfavor de crianças e adolescentes indígenas segundo categorias adotadas pela sociedade envolvente.

Outro dado alarmante, extremamente grave e que diz respeito diretamente ao objeto desta pesquisa foi o fato de que todos os 35 (trinta e cinco) processos judiciais foram julgados à revelia de laudos antropológicos, sem considerar a condição de indígena dos réus sentenciados e nem mesmo os traços culturais das etnias envolvidas.

Ademais, 61% dos entrevistados dentro daquele sistema prisional disseram ter idade superior a 35 anos, sendo muito provável que esse índice tenha relação direta com os tipos penais de maior incidência, quais sejam, crimes contra a dignidade sexual.

Ainda relacionado aos tipos penais dessa categoria de delitos, 64% representam crimes tipificado no artigo 213 do novo Código Penal Brasileiro, a incriminar ações que consistem em constranger alguém - mediante violência ou grave ameaça - para ter conjunção carnal, praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Interessante observar que alguns desses crimes restaram combinados com outros dispositivos e assim se contabilizaram em concurso material com estupro (64%); homicídio (13%) e sua correspondente tentativa (10%); tráfico de drogas (10%) e incidência na Lei Maria da Penha (3%).

Não desmerece a nossa atenção o elevado índice de pertencimento, onde registramos 96% dos detentos concentrados em apenas duas etnias indígenas do Estado de Roraima, a saber, identificados como Macuxi e Wapixana. E desses, 76% vieram provenientes de duas grandes áreas indígenas, tanto da Terra Indígena Raposa Serra do Sol quanto da Região da Serra da Lua.

Historicamente, as etnias anteriormente citadas podem ser consideradas no Estado de Roraima como aquelas de maior contato com a sociedade envolvente, em decorrência justamente das invasões de fazendeiros, instalações de vilas dentro das terras indígenas e por terem conseguido interagir mais facilmente com os valores do ocidente.

Por outro lado, os detentos da Região da Serra da Lua se apresentaram como pertencentes àquelas comunidades que estão mais próximas da cidade de Boa Vista, o que se pode concluir pela sua maior vulnerabilidade quanto ao consumo de bebidas alcoólicas, prática essa apontada pelas próprias lideranças indígenas como a responsável pelo aumento da incidência dos crimes contra a dignidade sexual no âmbito das respectivas aldeias.

Relativamente à assistência judiciária dos entrevistados, 27% disseram nunca ter tido acompanhamento de advogado; 23% revelaram que se encontram assistidos por advogado particular e devidamente pago pelos seus familiares; e 50% se defenderam e ainda se socorrem perante a Defensoria Pública do Estado de Roraima.

No entanto, todos eles reclamaram alguma dificuldade na relação com os seus defensores judiciais, pois pagaram os advogados e não mais obtiveram retorno; assim como estão há meses sem conseguir falar com o defensor público responsável pelo seu processo.

O sentimento de abandono dentro do sistema prisional se revela ainda mais assustador quando a grande maioria dos detentos indígenas revelaram que não recebem visitas regulares dos seus familiares por uma série de fatores, quase todos ligadas ao fato de que os parentes moram nas aldeias distantes e não conseguem se deslocar com frequência até a Penitenciária Agrícola do Monte Cristo, localizada cerca de 10 quilômetros fora do centro urbano de Boa Vista.

Finalmente, constatamos que 55% dos entrevistados possuem o Registro Administrativo de Nascimento Indígena (RANI) junto à FUNAI, mas de antemão já se pode concluir que em nenhum dos processos relatados restou considerada a peculiar condição de indígena do réu, muito menos a existência de laudo antropológico para auxiliar o magistrado na condução do processo.

Os resultados deste trabalho foram detalhados e também apresentados na 28ª Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 02 e 05 de julho do ano de 2012, na Cidade de São Paulo, tendo por título “Práticas culturais indígenas e a criminalização a luz do nosso

ordenamento jurídico”, subscrito pelo Professor Carlos Alberto Marinho Cirino (orientador desta dissertação) e ainda por este mestrando em antropologia.

Em face dos resultados alcançados nessa primeira investida, com a liberação do cárcere de alguns indígenas presos indevidamente, o nosso trabalho evoluiu para a criação de um grupo permanente de trabalho, agora denominado “Comissão Interdisciplinar de Efetivação das Prerrogativas Institucionais de Defesa dos Direitos Indígenas Fundamentais – CIDIF”, sob a coordenação do Professor Carlos Alberto Marinho Cirino e tendo como membros representantes da Advocacia Geral da União em Roraima, Ministérios Públicos Estaduais e Federais, assim como professores, alunos e pesquisadores da Universidade Federal de Roraima.

O trabalho de assistência, acompanhamento processual e defesa dos indígenas detidos na Penitenciária Agrícola do Monte Cristo continuou durante todo o ano de 2012, findando que em dezembro daquele mesmo ano foi realizado novo levantamento dentro do referido estabelecimento prisional, dando-se retorno àqueles réus que contam com processos pendentes e entrevistas com os novos indígenas encarcerados.

Com efeito, foi justamente dentro dessa realidade premente e também precária que surgiram como objetos de investigação – com vistas à sustentação empírica deste trabalho de investigação - os três estudos de casos que passaremos a seguir delimitar, começando pela nomeação e justificação das etnias pesquisadas.

4.2. Povos Macuxi e Wapixana

Com o problema de pesquisa surgido no decorrer dos trabalhos da Comissão Interdisciplinar de Efetivação das Prerrogativas Institucionais de Defesa dos Direitos Indígenas Fundamentais – CIDIF, o primeiro critério para escolha dos três estudos casos dentre todos os processos analisados - que servirão para ilustrar as nossas reflexões e corroborar as finais considerações acerca das perícias antropológicas - restou construído sob dois aspectos objetivos e meramente formais, a representarem as etnias indígenas que, somadas na região leste por laços históricos de convivência, se consolidaram como de maior densidade populacional tanto no Estado de Roraima quanto no âmbito da Penitenciária Agrícola do Monte Cristo, situada na Cidade de Boa Vista.

Os números apresentados e as estatísticas levadas a efeito no item anterior confirmaram que – durante todo o período da pesquisa - 96% dos detentos recolhidos nas instalações daquele sistema prisional se concentraram basicamente nas etnias Macuxi e Wapixana, não por coincidência, ambas a representarem mais de 60% da população indígena estimada atualmente para o Estado de Roraima⁴⁸ e quase 8 % de toda a população roraimense⁴⁹.

Essas duas etnias sempre habitaram, convivendo proximamente e depois compartilhando os mesmos aldeamentos ao sul da área *circum-Roraima*, quais sejam, as vertentes meridionais do Monte Roraima e os campos ou savanas dessa Unidade Federada, que se estendem pelas cabeceiras dos rios Brancos e Rupununi, território politicamente compartilhado entre Brasil e Guiana (SANTILLI, 2001).

Macuxi é a designação corrente para os grupos Pemon que habitam aquela região, não sabendo eles dizer o significado da palavra, parecendo mesmo não se preocuparem com tal questão. De filiação lingüística carib, simplesmente se dizem Macuxi quando querem se distinguir dentre os povos Pemon e Kapon, bem como diante de seus vizinhos, os Wapixana, de filiação lingüística aruak e que também compõem o grande mosaico étnico que é o Estado de Roraima (SANTILLI, 2009).

Os Wapixana, povo de filiação lingüística diversa dos Macuxi (descendentes diretos do tronco carib) - em que pese dividirem as duas etnias muitas aldeias, principalmente na Região da Serra da Lua – acabaram incorporando nas primeiras décadas do século XX os remanescentes dos Amariba, Maopityan, Tapicari, Atoradi e Tarumá, povos dizimados pelo processo de contato (FARAGE, 1997).

Segundo informações prestadas por Lobo D’Almada em 1787, até o final do século XVIII os Wapixana eram considerados o maior grupo indígena do Rio Branco, havendo fortes indícios que chegaram àquela região antes mesmo do povo carib. No entanto, tiveram o seu

⁴⁸ Segundo levantamento promovido pelo Instituto Socioambiental – ISA, habitam o Estado de Roraima 29.931 índios Macuxi, 19.338 Yanomami, 7.832 Wapichana, 2.914 Waiwai, 1.490 Waimi-Atroari, 1.271 Ingarijó, 673 Taurepag, 471 Yekuana e 128 Patamona. Esses números tiveram como referência dados fornecidos pela Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, devendo ainda ser considerados com certa reserva quando se tem conhecimento que todas aquelas etnias se deslocam com muita frequência entre as fronteiras com os estados do Amazonas e do Pará, assim como percorrem e transitam entre as fronteiras nacionais da Venezuela e da Guiana (RICARDO & RICARDO, 2011).

⁴⁹ Percentual alcançado em face do censo realizado pelo IBGE em 2010, atribuindo para o Estado de 450.479 habitantes, segundo consta do sítio <http://www.ibge.gov.br>, acessado em 18 de março de 2013.

território invadido por outros povos indígenas, principalmente pelos Macuxi, que foram acossados pelos espanhóis para se refugiarem nas savanas do rio Rupununi (CIRINO, 2004).

Relativamente às aldeias exclusivamente Macuxi, muito mais volumosas nos dias de hoje, se encontram em sua maior parte (cerca de 90 %) espalhadas pelo Vale do Rio Branco, em território brasileiro, agregadas por uma notável constância, porquanto inalteradas em sua extensão territorial desde os primeiros registros historiográficos disponíveis, concentrando-se basicamente nas regiões da Raposa Serra do Sol e São Marcos (SANTILLI, 1997).

Mas agora virou regra geral que as duas etnias dividem pacificamente várias comunidades indígenas, como acontece dentro da Terra Indígena Malacacheta, delimitada na forma de ilha em 21 de maio de 1982, por intermédio da Portaria n. 1.227, com o seu decreto de homologação assinado somente no dia 05 de janeiro de 1996, confirmando uma área reservada de 28.631 hectares (CIRINO, 2004).

Naquela região e durante a estação da seca, os índios Macuxi e Wapichana praticam as diversas modalidades de pesca e de caça, essa última em menor intensidade por causa da vegetação escassa. Como outros povos indígenas nas terras baixas sulamericanas, cultivam basicamente mandioca, milho, cará, inhame, batata doce, banana, melancia, ananás, entre outros gêneros de menor proporção, que variam a cada aldeia (SANTILLI, 1997).

Hodiernamente, as comunidades Macuxi e Wapixana que habitam o lavrado roraimense possuem coletivamente pequeno rebanho de gado bovino, obtido através de projetos iniciados pela Diocese de Roraima, pela FUNAI e pelo Governo do Estado, sendo considerado indispensável no sustento daqueles povos em vista do progressivo escasseamento da caça (SANTILLI, 1997).

Dentro deste quadro, torna-se perfeitamente compreensível o modo como aqueles povos receberam e se relacionaram com os primeiros colonos e posseiros nacionais, que começaram a chegar e a se instalar enquanto criadores de gado dentro do seu território de ocupação tradicional, mais exatamente nos lavrados do Vale do Rio Branco e a partir das últimas décadas do século XIX (SANTILLI, 1997).

Com efeito, o recrutamento de crianças indígenas para serem criadas junto às famílias “civilizadas”, e assim pretensamente aprender a lidar com o gado e servir como mão de obra doméstica, também foi um expediente amplamente utilizado pelos posseiros do Vale do Rio

Branco, dando ensejo ao estabelecimento de relações de compadrio entre índios e fazendeiros, assim como a prática da exploração infantil em suas várias nuances (SANTILLI, 1989).

Em item próprio, e ao final do capítulo, iremos abordar a maneira como foram “encontradas” algumas crianças indígenas, havendo casos em que eram levadas por funcionário das Fazendas Nacionais para dentro da sua casa, ficando elas ao dispor dos adultos, lhes servindo em todos os sentidos, inclusive para exploração sexual (LIMA & SANTOS, 2008).

Dessa forma, nas relações culturais interétnicas que gestaram o tecido social de todo o Vale do Rio Branco, a criança indígena fez parte de sua construção histórica e social, contribuindo de certa forma na aproximação entre as duas culturas (LIMA & SANTOS, 2008).

4.3. Mais delimitação do objeto e dos estudos de caso

Justificada a opção pelas etnias investigadas e ligeiramente contextualizadas nessa parte da Amazônia Ocidental, algumas outras considerações de ordem metodológica se fazem necessárias antes mesmo das narrativas dos casos pesquisados. A primeira delas diz respeito à deliberada omissão nas reportadas narrativas tanto do nome das partes envolvidas nos processos judiciais quanto da respectiva comunidade indígena que, por ordem de preferência e a seguir também motivada, é a mesma onde se transcorreu os três estudos de casos aqui explorados.

Por uma questão de respeito aos réus, vítimas, testemunhas e todos os indígenas envolvidos naqueles acontecimentos, os citaremos apenas pelas iniciais dos verdadeiros nomes, em que pese serem os respectivos processos públicos, podendo ser consultados e acessados por qualquer cidadão brasileiro.

Com relação à Comunidade Indígena investigada, local onde ocorreram os três casos a serem estudados, se preferiu também omitir o seu nome, substituindo a designação ora por Maloca X, ora por Terra Indígena X, tudo a fim de se preservar os demais moradores daquela comunidade, evitar constrangimentos desnecessários e ainda não alimentar o preconceito velado e já existente no Estado de Roraima em desfavor dos povos indígenas, seus costumes e tradições.

Não se quer repetir com essa pesquisa alguns estereótipos criados em tempos passados, onde se imputou à alguns povos indígenas - inclusive de Roraima - a pecha de discriminadores de gênero, violentos, promíscuos e pervertidos sexualmente⁵⁰, considerando que os três casos examinados envolvem excepcionalmente delitos contra a dignidade sexual, não sendo obviamente prática reiterada e corriqueira no dia a dia daquele aldeamento.

Notadamente à eleição da Comunidade Indígena X como o nosso terreno de pesquisa, interessa epistemologicamente registrar que se desenvolveu à margem dos centros urbanos do Município do Cantá e também da Capital Boa Vista. Por isso é que tradicionalmente os indígenas que lá habitam sempre mantiveram contato direto e sistemático com a sociedade colonizadora há mais de dois séculos, sofrendo uma forte pressão daqueles centros urbanos principalmente de ordem comercial.

Como se constatará mais adiante, também impera registrar que essa mesma comunidade indígena sofre constantes interferências das autoridades do estado no âmbito da suas relações internas, por lá passando com muita frequência membros do conselho tutelar municipal; policiais, civis, federais e militares; servidores públicos não indígenas ligados aos setores de educação e de saúde; assim como outros agentes do estado que se dizem em missão oficial.

Relativamente à técnica utilizada para o exame documental, adotou-se o critério de manutenção fiel à narrativa do inquérito policial, quer porque invariavelmente confirmada em juízo, quer porque guarda uma proximidade temporal maior com os acontecimentos e calor dos fatos.

Obviamente que não se desconhece o caráter inquisitorial daquelas narrativas, todas prestadas em sede policial e sem acompanhamento de advogado, à míngua do exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. Mas uma possível desconfiança acerca da fidelidade dos testemunhos se dissipou quando, perante o Juiz e também do Membro do Ministério Público, os fatos acabaram sendo revelados de modo muito parecido com aqueles registrados nos respectivos inquéritos policiais.

⁵⁰ Exemplo dessa situação aconteceu com o antropólogo francês Jacques Lizot (1988) que, após conviver com os yanomami entre os anos de 1970 a 1994, descreveu o modo de vida daquele povo descontextualizado dos seus respectivos valores e de forma estereotipada, tendo como parâmetro de análise a cultura européia e apontando as demandas por alimentos e ainda a disputa por mulheres como fatores motivadores das guerras permanentes entre aqueles indígenas.

Outra nota final e digna de satisfação diz respeito ao linguajar reproduzido neste caderno de pesquisa, sempre muito fiel ao modo de percepção de todas as partes envolvidas naqueles comportamentos sociais. Colocadas dessa forma, alguns termos e expressões colhidas pelos agentes do estado podem parecer chulos e fortes aos nossos olhos, mas que estão muito próximos de representar o sentimento das partes e a maneira sem rodeios de como tratam assuntos desse jaez.

4.4.1. Estudo de caso nº 01

Os fatos atinentes a esse estudo de caso restaram compilados no Processo nº 010.12.001421-1, em trâmite no Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Boa Vista, tendo como infrator o menor indígena A.T.C., também acusado pelo crime de estupro, nos termos do nosso atual Código Penal⁵¹.

Esse caso tem ainda a particularidade de que foi acompanhado desde os seus primeiros desdobramentos tanto por este Mestrando quanto pelo seu orientador, Professor Doutor Carlos Alberto Marinho Cirino, inclusive na ocasião em que a comunidade se reuniu em assembléia para discutir as providências que seriam adotadas quanto aos fatos ocorridos.

Ademais, além de nos avistarmos com os indígenas acusados dentro do recinto prisional e na Cidade de Boa Vista, também estivemos presentes durante a audiência de entrega, compromisso e responsabilidade do menor indígena aos seus responsáveis, procedimento ocorrido no âmbito do Ministério Público do Estado de Roraima e nos termos registrados em ata lavrada no dia 09 de março de 2012.

Segundo consta do correspondente relatório policial, em 30 de janeiro de 1992 restou apreendido em flagrante delito o adolescente indígena A.T.C., da etnia wapixana e acusado de ter auxiliado o seu irmão maior de idade e também indígena R.T.C., a estuprar a mulher indígena M.C.P., fato tipificado como crime no art. 213 do Código Penal Brasileiro e ocorrido na madrugada do dia 29 de janeiro de 2012, dentro da Comunidade Indígena X, Município do Cantá, Estado de Roraima.

⁵¹ Considera-se estupro, segundo o art. 213 daquela específica legislação, constranger alguém mediante violência ou grave a ter conjunção carnal, ou contra ela se permitir que se pratique outro ato libidinoso.

Os policiais civis tomaram conhecimento dos fatos por intermédio de uma Conselheira Tutelar do Município do Cantá que afirmou ter sido acionada pela Tuxaua daquela Maloca, a fim de justamente apurar fatos e responsabilidades com o fato ocorrido na madrugada anterior.

Juntamente com aquele menor, também restaram conduzidos à mesma delegacia e no dia imediatamente seguinte ao suposto estupro mais cinco outros indígenas, sendo que quatro deles foram imediatamente liberados pela polícia em razão dos seguintes desdobramentos:

A.T.C., então com 12 anos de idade, informou às autoridades policiais que era indígena residente da Comunidade Indígena X e que se encontrava no aniversário de um amigo na mesma maloca quando, por volta das 21 horas do dia 29 de janeiro de 2012, saiu do respectivo local acompanhado pelo seu irmão maior de idade R.T.C.

Confessou ter tomada apenas três copos de caxiri⁵² quando, ainda próximo do local da festa, viram no meio do lavrado um aglomerado de pessoas. Em face da escuridão, se aproximaram para ver do que se tratava quando deparou – segundo versão do depoente – com a vítima M.C.P. sendo segura por outros cinco homens, todos também e devidamente identificados por ele perante a autoridade policial.

Pensando que fosse apenas uma brincadeira de todos, atendeu pedido para também segurar o braço da vítima, ocasião em que percebeu que ela estava usando somente uma blusa, sem as vestimentas de baixo. Outrossim, presenciou que tanto o seu irmão R.T.C. como o outro indígena D.L.O. mantiveram à força relações sexuais com M.C.P., ficando ele e os outros homens presentes segurando-a e apenas assistindo o ato.

Interrogado em seguida, P.C.S. confirmou a versão da festa, mas negou conhecer M.C.P e com ela ter tido relação sexual, até porque disse ter saído do aniversário somente às 05 horas da manhã, quando o crime já tinha acontecido.

F.C.T., apontado por A.T.C. como outro participante do evento criminoso, disse num primeiro momento ter tido conhecimento do caso somente na manhã do dia seguinte, através da sua irmã, mas quando informado do conteúdo das informações dadas pelo menor A.T.C., mudou a sua versão para confirmar que também presenciou o estupro de M.C.P., sendo ela violentada apenas por D.L.O. e R.T.C., enquanto os outros homens presentes apenas a

⁵² O *caxiri* é uma bebida fermentada após o processamento da mandioca, típica da região da Raposa Serra do Sol e muito consumida em festejos tradicionais dos povos indígenas que lá habitam (SANTILLI, 2009).

seguravam. Acrescentou ainda que M.C.P. estava muito bêbada e disse ter ele ingerido na festa somente três copos de caxiri.

N.C.P., amigo de todos os envolvidos e também presente no ato de violência, indicou que somente R.T.C. estuprou M.C.P., negando que D.L.O. estivesse no local. Afirmou ter tomado 06 copos de caxiri e confirmou que A.T.C. apenas segurou a vítima para que o seu irmão maior de idade, ou seja, R.T.C., praticasse o abuso violento e não consentido.

Acusado diretamente por A.T.C. como um dos autores principais do estupro, D.L.O. confirmou a história da festa, confessando ainda ter ingerido quase um litro de caxiri, mas negou a sua participação no crime. Disse ser tudo mentira, uma vez que somente teve notícia daqueles fatos no dia seguinte, quando apareceu a polícia na sua casa para levá-lo até a sede da delegacia do Cantá.

F.C.T., também apontado como um dos participantes do ato de violência pelo menor indígena, esclareceu que esteve na mesma festa de aniversário, lá ficando até próximo à meia noite, quando retornou para a sua casa. Não ouviu os gritos de M. e nega a versão antes registrada por A.T.C.

R.T.C., irmão mais velho do menor envolvido e apontado como um dos autores do estupro, registrou a versão de que – quando estava retornando para a sua casa, por volta de uma hora da madrugada do dia 29 de janeiro – escutou uma mulher pedindo socorro no meio do lavrado. Chegando ao local, viu M.C.P. deitada no chão e sobre ela D.L.O., em pleno ato sexual. R.T.C. Disse ainda ter tirado M.C.P. daquela condição e lhe mandado correr em fuga dos seus alcoses. R.T.C. esclareceu ter percebido que, quando M.C.P. saiu do aniversário noticiado, os indígenas acima citados foram atrás dela, não negando inclusive ter mantido relações sexuais com ela, mas no caso dele, tudo devidamente permitido pela vítima.

Por fim, fez questão de deixar registrado que foi M.C.P. quem o procurou para fazer sexo, de livre e espontânea vontade e sem o uso da força. E que não tapou a sua boca, tendo apenas recebido uma mordida no braço direito quando tentava levar M.C.P., que estava muito bêbada, para a casa dela. Quanto às declarações do seu irmão menor A.T.C., disse não concordar, porquanto reafirma o consentimento da vítima e o fato de não ter em nenhum momento utilizado do uso da força para manter relações sexuais com M.C.P.

Mas determinante mesmo para a conclusão do inquérito policial e os encaminhamentos legais do caso foi a palavra da vítima M.C.P, ouvida em continuidade à

apreensão do menor A.T.C. e no dia 30 de janeiro de 2012. Contando ela com 23 anos de idade e se dizendo indígena residente da Maloca X, confirmou a sua participação no aludido aniversário quando, por volta da quatro horas da manhã, resolveu retornar para a sua residência.

No entanto, e a caminho de casa, três homens acabaram lhe pegando a força para levá-la ao meio do lavrado, tendo reconhecido naquela escuridão apenas dois deles, quais sejam, o menor indígena A.T.C e seu irmão R.T.C. O outro agressor, segundo ela, estava com a “cabeça amarrada” e ficou apenas olhando.

Registrou que apenas R.T.C. manteve com ela relação sexual não consentida e de forma violenta, tendo inclusive tapado a sua boca para que parasse de gritar. Nesse momento de desespero, disse M.C.P. que mordeu o rosto de R.T.C., quando conseguiu se desvencilhar do seu agressor para sair correndo e assim procurar ajuda na casa da Diretora da Escola Comunitária.

Não sabendo identificar a terceira pessoa, esclareceu que o menor A.T.C. apenas a segurava pelas mãos enquanto R.T.C. praticava a violência sexual, acabando por inocentar os demais conduzidos e depoentes naquela delegacia de polícia, dizendo que não estiveram no local e nem tiveram qualquer participação no evento criminoso.

Por final, deixou assentado em depoimento que demorou a comunicar o fato porque estava em estado de choque, oportunidade em que informou ao delegado ter sim realizado exame de corpo de delito, mas o médico já lhe adiantara que daria negativo em virtude de ter feito a sua higiene pessoal antes, pois estava se sentindo “suja”.

Principalmente diante desse último depoimento e com a confissão de A.T.C., o delegado presidente do correspondente auto de apreensão em flagrante por ato infracional houve por bem concluir o feito no mesmo dia 30 de janeiro, apontando A.T.C. como o adolescente que segurou os braços de M.C.P. para que fosse estuprada somente por R.T.C., não deixando de reconhecer o estado de embriaguez da referida vítima.

Diante dessa conclusão, o menor indígena A.T.C. foi imediatamente recolhido ao Centro Sócio Educativo de Boa Vista, lá ficando à disposição da Promotoria da Infância e da Juventude, assim como R.T.C. restou encaminhado à Cadeia Pública da Capital a fim de aguardar manifestação dos órgãos judiciais de Roraima.

Tais acontecimentos tiveram grande repercussão na região, tanto que na seguinte reunião ordinária do dia 02 de fevereiro o caso foi amplamente debatido pela comunidade, chegando-se à deliberação de que os dois indígenas envolvidos deveriam ser banidos da maloca, não mais se aceitando a presença de ambos dentro da Terra Indígena X.

Com o passar dos dias, a nossa preocupação (tanto minha quanto do Professor Carlos Cirino) era primeiro acompanhar os desdobramentos procedimentais junto ao Ministério Público e que envolvia diretamente o indígena A.T.C, uma vez que se encontrava apreendido – juntamente com outros menores não índios – dentro do Centro Sócio Educativo de Boa Vista, distante da sua comunidade e sem poder receber visita dos seus familiares.

Notadamente a esses últimos, tivemos sérias dificuldades em reuni-los, pois o pai também se encontrava preso em decorrência de outro crime sexual (e ainda contra menor de idade), estando residindo a sua mãe em outra comunidade indígena e de difícil acesso. Foram os irmãos mais velhos, todos residentes na Comunidade X, que se apresentaram junto ao Ministério Público a fim de ficarem responsáveis pela guarda do menor A.T.C..

Todavia, em face dessa única disposição, ocorreu um impasse de ordem jurídica – como será melhor explicado em item específico e a seguir -, colocando de um lado a legislação brasileira da infância e do adolescente, e de outro, a autoridade da decisão tomada na última Assembléia Ordinária da Terra Indígena X, deliberando-se pelo banimento do menor indígena A.T.C. daquela comunidade.

Ocorre que o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, com muita sensibilidade social e até para preservar a integridade física do menor, decidiu conceder a guarda de A.T.C. para os seus tios, casal esse que mora em outra Comunidade Indígena, que fica dentro da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e muito distante da Maloca X, compondo-se uma solução que viesse a dar eficácia aos termos do Estatuto da Infância e da Adolescência e ainda acolher deliberação ordinária da maloca diretamente interessada.

Passado quase um ano dos acontecimentos, tivemos notícias que o menor A.T.C. retornou para a Terra Indígena X e encontra-se lá agora sob guarda do seu pai, que deixou a prisão para responder, também em liberdade, o crime de estupro que lhe foi anteriormente imputado. R.T.C., outro envolvido no delito e irmão do mesmo menor indígena, também se encontra solto e morando dentro da mesma Comunidade X, à disposição da justiça para ainda

responder o mesmo processo em liberdade, tudo autorizado e mediante acompanhamento das autoridades comunitárias locais.

Quanto à vítima M.C.P., nos foi repassado por autoridades comunitárias que tanto ela como o seu marido não residem mais na Comunidade Indígena X, tendo procurado outra terra indígena para viverem logo após os fatos aqui relatados.

4.4.1.1. Considerações jurídicas e antropológicas a respeito do caso

Ainda que brevemente, as nossas primeiras considerações se prenderão às duas principais dimensões jurídicas do caso, quais sejam, percepções de ordem investigatória e posteriores desencadeamentos processuais. Preliminarmente, não há que se questionar a entrada e apreensões realizadas pela polícia civil dentro da Terra Indígena X, uma vez que procurados pelas autoridades comunitárias a fim de investigarem e assim tomarem conta de um caso que abalou toda a região.

Mas o que realmente desperta atenção – não que seja para demérito das autoridades policiais – foi a rapidez daquelas investigações e final conclusão do Auto de Apreensão em Flagrante de Ato Infracional nº 001/2012, tudo a se realizar num tempo de aproximadamente 24 (vinte e quatro) horas. Ocorre que se trata de um caso complexo, com várias contradições entre supostas testemunhas, co-autores e ainda principais protagonistas, onde a própria vítima contradiz pessoas que se encontravam no local e a tudo presenciaram.

Em que pese todos em estado de embriaguez, uma acareação mais acurada entre aqueles que participaram do crime se fazia necessário e salutar para um melhor deslinde do caso, a fim de se apontar justamente outros supostos autores e co-autores, alguns inclusive confessos em seus termos de depoimentos, assim como as reais motivações que levaram àquele ato de violência.

Estranhamente a autoridade policial houve por bem dispensar quatro dos seis indígenas apreendidos, em que pese terem dito que a tudo assistiram e nada fizeram para evitar o cometimento do delito. Se não contribuíram diretamente para o evento criminoso, no mínimo se omitiram quer na prevenção, quer na imediata repreensão e, bem por isso,

mereceriam responder pela permissividade que também se revela criminosa, à luz do que determina o nosso Código Penal⁵³.

Acerca dessa culpa mensurada, outro fator importante no caso e que não se revelou de muita preocupação do agente policial diz respeito ao estado de embriaguez de todos os envolvidos, inclusive vítima. O claro discernimento do ilícito e a perfeita compreensão psíquica dos fatos são matrizes elementares para se aferir o grau de culpabilidade de cada um dos envolvidos no crime, isso sem se adentrar no fato de que se tratam de indígenas, a se pautarem por uma cultura diversa da nossa e com olhares diferenciados sobre os seus próprios acontecimentos e valores sociais.

O significado do álcool e suas conseqüências na vida daquelas pessoas podem ser compreendidos pelos protagonistas daqueles acontecimentos, assim como reiterado por toda comunidade, como algo completamente diferente da nossa civilização, razão pela qual o conseqüente estudo antropológico se fazia necessário e de salutar ajuda para esclarecimento da motivação dos fatos.

Respeitante ainda ao modo de investigação policial, curioso foi não ter o delegado ouvido o marido da vítima, também participante do mesmo aniversário e ainda conhecido de todos na comunidade. E mais preocupante ainda foi o fato de M.C.P. ter dito que mordeu o rosto de R.T.C. durante o ato sexual, enquanto que ele próprio admite uma mordida no seu braço direito, isso quando tentava levar M.C.P. - em evidente estado de embriaguez - para a sua casa. Não consta nos autos qualquer exame de corpo de delito neste sentido, muito importante para se esclarecer o consentimento ou não da vítima no ato sexual, tese defendida desde o início por R.T.C. e muitas vezes excludente de crimes contra a dignidade sexual em tais hipóteses.

Agora, de salutar relevo para se apontarem os reais autores e co-autores do delito, segundo critério adotado pelo delegado de polícia, foi a revelação por parte da vítima que havia no local uma terceira pessoa, com o rosto coberto e também participante de todo o desenrolar dos fatos. Ora, se a palavra de M.C.P., nos termos do relatório final da polícia do Cantá, acabou sendo determinante para se apontar somente A.T.C. e R.T.C. como autores do

⁵³ Segundo o art. 29 do mesmo código repressivo, também será condenado pelo mesmo crime quem - de qualquer modo - concorrer pelo resultado danoso, respondendo cada um na exata medida da sua culpabilidade.

delito em questão, porque não se diligenciou e nem se procurou minimamente apontar-se a identidade de um terceiro presente, com o rosto coberto, segundo versão da própria vítima?

A vingar o critério adotado pelo delegado de polícia, temos um criminoso solto e também impune no âmbito da Comunidade X, com o risco de voltar a delinquir em razão da benesse que lhe foi outorgada por omissão daquela mesma autoridade policial.

Sob outro vértice, e com o procedimento jurisdicionalizado perante o Ministério Público do Estado de Roraima, melhor encaminhamento foi dado pelo Promotor de Justiça da Infância e da Juventude de Boa Vista. Malgrado não ter entrado no mérito das investigações, aquele agente do estado procurou em todo momento conciliar a medida tomada em assembléia pelos indígenas da Maloca X e os dispositivos legais que se aplicam ao menor A.T.C., justamente pelo fato de ser menor de idade à luz do nosso Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

Tendo em mente que a Comunidade X deliberou pelo banimento de A.T.C. e R.T.C. daquela terra indígena, o Membro do Ministério Público não apenas acatou aquela decisão como procurou dar eficácia ao instituto da liberdade assistida preconizado pelos arts. 118 e 119 da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, atual Estatuto Brasileiro da Criança e do Adolescente. Desse modo, aceitou deixar o menor indígena A.T.C. sob a guarda de um casal de tios, residentes em outra comunidade indígena, mas dentro da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e sob as seguintes condições:

1. Zelar por sua conduta, evitando que freqüente lugares impróprios;
2. Matrícula em estabelecimento escolar, com acompanhamento sistemático da freqüência e do rendimento escolar;
3. Garantir o sustento e a guarda da criança/adolescente, mantendo-o sob sua responsabilidade;
4. Apresentar o adolescente na Promotoria de Justiça, em Juízo, na Delegacia ou onde se mostrar necessário; e
5. Prestação de serviço comunitário de três horas diárias pelo prazo de seis meses, a ser definido (tipo de serviço) e fiscalizado pelo Tuxaua local, devendo o mesmo enviar relatório à mesma Promotoria de Justiça.

Relativamente a esta última condicionante, o Tuxaua da Maloca destinatária – que prontamente acolheu A.T.C. em sua comunidade - fez chegar às mãos do respectivo Promotor relatórios pormenorizados sobre o comportamento, atividades comunitárias e escolares do mesmo menor indígena.

Com a liberdade provisória do pai de A.T.C. e seu retorno para a Terra Indígena X, deliberou aquela comunidade em aceitar de volta o mesmo menor para ser doravante assistido dentro da própria aldeia, ficando atualmente à disposição da Promotoria da Infância e da Juventude para fins da remissão prevista nos arts. 126, 127 e 128, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Todo esse desenrolar de procedimentos legais também não escapa de um olhar antropológico mais acurado e crítico, a contribuir inclusive para a promoção do sentimento de justiça que o caso requer, mormente em se tratando de uma comunidade indígena que possa ter costumes, tradições e valores cultuados de forma diferente do que aqueles protegidos pelo sistema de direito da sociedade envolvente.

Esse cuidado infelizmente não foi observado pela autoridade policial que desde o início das investigações tratou o indígena A.T.C. como menor de idade, à luz dos dispositivos especiais do nosso Estatuto da Criança e do Adolescente, partindo da premissa de que todos os povos formadores da sociedade nacional brasileira gozam do mesmo entendimento, assim como das mesmas categorias sociais e familiares.

Sem embargo do competente laudo antropológico – em nenhum momento ventilado no caso concreto -, e ainda que superficialmente, já se pode inferir que a questão da menoridade de A.T.C. (com doze anos à época dos fatos) não foi sequer considerada pela Comunidade X para diferenciá-lo de R.T.C., seu irmão e indígena maior de idade, tanto que ambos receberam a mesma punição de banimento daquela terra indígena⁵⁴. Essa discussão acerca da menoridade e permissividade de práticas sexuais voltará à baila ainda neste trabalho, em item próprio e no final deste capítulo, para onde reportamos o leitor, uma vez que permeiam os três casos em estudo.

Fator também interessante para a compreensão dos mesmos acontecimentos e seus conseqüentes desdobramentos dentro daquela terra indígena diz respeito ao fato de que os

⁵⁴ O banimento consiste na expulsão do indígena da sua respectiva comunidade, desprovido dos seus pertences pessoais e também da companhia dos seus familiares, dependendo do caso e da gravidade dos fatos que lhes foram imputados (BARRETO, 2003).

indígenas irmãos foram novamente reintegrados ao corpo social, em breve espaço de tempo, como se tivessem sido perdoados, após melhores investigações e avaliações feitas pela própria Comunidade X.

Neste caso em particular, como em outros que restarão expostos no decorrer do trabalho, vinga a necessidade urgente de uma pesquisa antropológico para se entender os fenômenos da sexualidade e consumo de *caxiri* entre os moradores da Maloca X, uma vez que invariavelmente se encontram intimamente ligados em casos de atentados contra a dignidade sexual, isso aos olhos das autoridades do estado nacional.

E na linha de perquirição sobre as condicionantes da sexualidade entre aqueles indígenas envolvidos, interessa para um melhor encaminhamento do caso concreto junto às hostes da justiça o fato de como a comunidade percebe e reage na hipótese de uma mulher mais velha (M.C.P.) ter se envolvido, em menor intensidade e ainda que contra a sua vontade, com um jovem indígena de apenas 12 anos de idade.

Se tais questionamentos afloram de modo repugnante no seio daquela sociedade, então como se compreende o fato de que o mesmo aldeamento acabou aceitando os supostos autores do crime de volta ao ambiente comunitário? E até que ponto esse “perdão” se denota compatível com o grau de reprovação verificado por ocasião do banimento deliberado há poucos meses pela mesma comunidade? Ou será que no âmbito da Comunidade X restaram apuradas por lideranças locais outras condicionantes não reveladas às autoridades policiais e que chegam a minorar os efeitos do caso?

Bem se vê que todas essas novas informações e também indagações não respondidas somente se viabilizam - tão importantes e esclarecedoras para os rumos do processo - na forma da conseqüente perícia antropológica, em nenhum momento ventilada pelo delegado e nem pelo promotor de justiça, ambos a encaminharem o caso por procedimentos próprios da sociedade não indígena e segundo os nossos valores judaico-cristãos.

Essa mesma influência vem sendo sistematicamente impingida à Maloca X quando por lá circulam membros do Conselho Tutelar do Município do Cantá, em diligências de fiscalização ao comportamento dos indígenas menores de idade como se estivessem desempenhando as suas atividades num bairro da Cidade de Boa Vista. A interferência direta desse órgão de estado no funcionamento interno da comunidade é outra questão em aberto e que deveria ser melhor explicada no laudo antropológico que o caso requer, lembrando que

foi esse mesmo Conselho Tutelar que desde o início apurou, acompanhou e ultimou a primeira apreensão de A.T.C.

Por derradeiro, não escapa de uma avaliação antropológica o fato de que todo o procedimento policial de apreensão, investigação e final conclusão do caso em questão ter se dado em apenas 24 horas, ou seja, em prazo extremamente exíguo para uma complexidade e repercussão de acontecimentos reconhecidamente complexos, como se demonstrou rapidamente em linhas anteriores.

Paira no ar certo descaso ou no mínimo a redução dos fatos a uma simplicidade ímpar que também poderia ser objeto de reflexão no competente laudo antropológico. Não se pode confundir agilidade e eficiência do trabalho policial com um sentimento subliminar de discriminação étnica ou menosprezo pelos acontecimentos, assim como pouco empenho e cautela negligenciada por ocasião da averiguação dos fatos. Com todos aqueles pontos a descoberto, será que apurando fatos análogos, envolvendo não índios e acompanhados dos seus bem pagos advogados, em tão pouco tempo a autoridade policial daria o caso por encerrado?

4.4.2. Estudo de caso nº 02

Consiste na compreensão e narrativa do Processo nº 0010.09.222112-5, em trâmite junto à Segunda Vara Criminal de Boa Vista e tendo como réu unicamente N.C, incurso que foi nas penas de um estupro qualificado, nos termos do Código Penal Brasileiro⁵⁵.

Neste caso também houve uma participação direta de membro do Conselho Tutelar do Município do Cantá, que compareceu no dia 25 de junho de 2009 perante as autoridades policiais para informar que após diligências realizadas dentro da Terra Indígena X se constatou um caso de abuso sexual contra a menor indígena M.S.L., de apenas 12 anos de idade.

Instaurado o competente inquérito policial de nº 029/2009, receberam os agentes a missão de intimar possíveis testemunhas, assim como a suposta vítima e seus pais biológicos.

⁵⁵ Combinando-se os arts. 71, 213 e 226, inciso II, todos daquele estatuto legal, interpreta-se como qualificado o estupro que resulte do constrangimento de alguém, mediante violência ou grave ameaça para se ter conjunção carnal, prevalecendo-se da sua autoridade sobre a vítima menor de idade que se submete à condição de ascendente ou padrasto do autor do fato, tudo praticado de modo continuado e mediante reiteração de mais de uma ação.

No relatório daquela missão, esses mesmos agentes fizeram constar que N.C. - apontado por M.S.L. como seu molestatador e também padrasto - estaria perseguindo e ameaçando a vítima. E que segundo informações colhidas dentro da própria comunidade, N.C. seria violento e metido a valentão quando estava bêbado.

Ouvida em 30 de junho de 2009, M.I.M.R. foi a primeira moradora da Maloca X a testemunhar, esclarecendo que foi procurada pela menor M.S.L. - filha de E.A.S. e também enteada de N.C. -, ocasião em que lhe disse que o seu padrasto ficava acariciando os seus seios e vagina durante a noite, tendo em outras oportunidades tentado manter relação sexual com a mesma menor de idade.

M.I.M.R. confirmou que o casal E.A.S. e N.C. vivem se embriagando, momentos em que o padrasto se aproveita para tentar manter relações sexuais com M.S.L. Revelou ainda que no dia 09 de junho de 2009 esse fato foi levado ao conhecimento da comunidade, mas que N.C. não compareceu para prestar melhores esclarecimentos.

Naquela oportunidade, apenas E.A.S. estava presente e disse num primeiro momento nada saber a respeito do ocorrido, se contradizendo um pouco mais tarde quando revelou ter visto N.C. e M.L. nus, acreditando - contudo - que nada tivesse acontecido entre eles.

M.I.M.R. ainda lembrou que na referida reunião E.A.S. declarou não querer mais a guarda dos seus filhos menores que, além de M.S.L., contam os outros com oito e cinco anos de idade. Diante dessa revelação, M.I.M.R. acreditava que E.A.S. sabia de tudo, mas tinha medo de N.C.

Chamado à delegacia de polícia para ser ouvido em 02 de julho de 2009, H.R.M. - Tuxaua da Comunidade X na época - disse não apenas ter conhecimento dos fatos como ainda procurou E.A.S., mãe de M.S.L., para que conversasse com a sua filha a fim de saber se a denúncia era verdadeira ou não.

Mais tarde, E.A.S. procurou H.R.M. e confirmou ter ouvido da boca da própria M.S.L. que N.C. a procurava constantemente para lhe acariciar o corpo, principalmente quando E.A.S. se encontrava embriagada ou não estava em casa.

S.S.L., pai biológico de M.S.L., prestou depoimento em 03 de julho de 2009 e na delegacia de polícia assentou que estava separado de E.A.S. por aproximadamente dois anos, indo morar e trabalhar na Região do Projeto Taboca. Ao saber que N.C. vinha tentando

manter relações sexuais com a sua filha menor de idade, resolveu retornar para a Terra Indígena X com o intuito de ficar mais próximo de M.S.L.

Soube ainda que quando N.C. ingere bebidas alcoólicas, ele fica com muito ciúme de M.S.L., ameaçando ainda colocar fogo na casa quando todos estivessem dormindo. E que E.A.S., sua ex-mulher e atual companheira de N.C., é uma pessoa desequilibrada e que vive se embriagando. Tanto que ao saber que o seu marido N.C. tinha sido denunciado na polícia, comeu veneno de rato a fim de se suicidar, estando agora em bom estado de saúde.

S.S.L., irmã mais velha de M.S.L. e também filha biológica de E.A.S., foi ouvida em 03 de julho de 2009 na mesma delegacia de polícia e afirmou que a sua irmã menor de idade lhe procurou para relatar que N.C., seu padrasto, estava “mexendo” com ela. Diante dessa revelação, S.S.L. pediu para que seu marido fosse falar com o Tuxaua da comunidade para tentar resolver o problema.

Como a notícia ficou apenas no âmbito daquela Maloca, resolveu então comunicar o caso para o Conselho Tutelar da Cantá, pois temia que N.C. fizesse algo mais grave contra a sua irmã M.S.L. Em razão desse procedimento, E.A.S. – mãe da declarante e da menor molestada – lhe disse que N.C. tinha ido até a cidade de Boa Vista para contratar alguém a fim de matar S.S.L. e seu marido. Confirmou ainda que a E.A.S. tomou veneno, mas que por ora estava bem de saúde, ficando ainda com a guarda de M.S.L. no sentido de lhe prover a segurança pessoal.

Por fim, restou ouvida a menor indígena M.S.L., na condição de vítima e no dia 03 de julho de 2009, perante a autoridade policial, onde confirmou todas as acusações anteriormente ventiladas, dizendo inclusive que a sua mãe E.A.S. já tinha flagrado N.C. sem roupas ao lado da declarante e na tentativa de “mexer” com ela.

Afirmou que procurou a mãe para falar que N.C. estava tentando beijá-la à força, no que foi contestada acerca da verdade dos fatos, chegando E.A.S. a dizer que ela estava gostando de N.C. Corroborou a informação de que está morando atualmente com a sua irmã S.S.L. porque vive com medo de N.C., que ameaçou matar ela, S.S.L. e também o cunhado.

Antes da conclusão do inquérito, e nos termos do nosso Código de Processo Penal, o mesmo delegado de polícia intimou N.C. para ser ouvido acerca dos fatos que lhes restaram imputados. Isso ocorreu em 06 de julho de 2009, quando N.C. compareceu na delegacia do Cantá para dizer que vive com E.A.S. e as crianças há aproximadamente três anos e meio,

mas que a partir de 2008 começou a ter um comportamento diferenciado em relação a M.S.L., quando tentava brincar com ela e também passar a mão na sua bunda.

N.C. explicou que tais brincadeiras eram também retribuídas por M.S.L., chegando ele inclusive a passar a mão na cabeça, pernas, bundas e na vagina dela, isso quando chegava bêbado em casa. Tentou beijá-la algumas vezes, no que foi repellido por M.S.L., jamais usando a força para agarrá-la ou mesmo ter tido relação sexual com ela, uma vez que tudo isso foi realizado com o consentimento da sobredita menor.

No relatório conclusivo do respectivo inquérito policial, firmado somente em 21 de outubro de 2009, se reproduz resumidamente as declarações acima descritas, mas dando ênfase no caráter violento de N.C. e na conduta irresponsável da mãe da vítima, levando a crer o delegado subscrevente que E.A.S. estaria protegendo N.C., ocultando a verdade e sendo omissa quanto à guarda de M.S.L.

Com efeito, além de indiciar apenas N.C., o mesmo delegado de polícia representou pela prisão preventiva dele em razão das ameaças que vinha fazendo tanto para a vítima como aos demais membros da família. Forte no parecer favorável do Ministério Público e em 03 de dezembro de 2009, o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Capital decretou a prisão preventiva de N.C., estando ele recolhido à Penitenciária Agrícola do Monte Cristo desde o dia 05 de janeiro de 2010.

A denúncia do Ministério Público em desfavor de N.C. restou protocolada junto ao juízo da 2ª Vara Criminal de Boa Vista em 16 de novembro de 2009, contendo muito sucintamente os fatos acima narrados, com a particularidade de N.C. deveria ser enquadrado nas penas do art. 213 (estupro), com as causas de aumento de pena previstas no art. 226, inciso II, em razão da ascendência sobre a menor M.S.L., e na forma da continuidade delitiva do art. 71, todos do Código Penal Brasileiro, assim como se observando o fato da menoridade também agravada pelo art. 1º, inciso VI, da Lei Federal n. 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Recebida a denúncia criminal e processada audiência de instrução e julgamento em 20 de julho de 2010, basicamente se reproduziram as provas testemunhais colhidas no inquérito policial, com a única novidade de que N.C. agora negou categoricamente os fatos antes reconhecidos na sede policial.

Na mesma audiência, importante documento acabou sendo juntado aos autos, qual seja, o laudo de exame de corpo de delito realizado em M.S.L. no dia 03 de julho de 2009, onde se atesta categoricamente a virgindade daquela suposta vítima.

Em alegações finais escritas e apresentadas no dia 29 de julho de 2010, o Promotor de Justiça insiste na condenação de N.C. nas penas do art. 217-A (estupro de vulnerável), em continuidade delitiva prevista no art. 71, ambos do Código Penal, também registrando ser contra a sua liberdade provisória em virtude da ameaça que N. C. representa para as irmãs M.S.L. e S.S.L.

Por parte da defesa de N.C., representado nos autos pela Defensoria Pública do Estado de Roraima, se alegou insuficiência de provas – posto que todas elas testemunhais –, corroboradas ainda pelo exame de corpo de delito atestando que não há vestígios de ato libidinoso e nem de violência contra a menor M.S.L.

Entretanto, sobreveio em 22 de setembro de 2010 sentença condenando N.C. a 32 anos e 4 meses de reclusão, negando-se inclusive ao réu o direito de recorrer em liberdade, consideradas para isso as ameaças noticiadas, sobretudo em desfavor da vítima M.S.L. E a principal motivação para uma sanção tão exasperada foi justamente o fato de N.C. ser padrasto da vítima que, ao ver do nosso direito e comparado à condição de pai, representa uma reprovação moral muito mais intensa.

Inconformada com a decisão de primeiro grau, a Defensora Pública representante de N.C. recorreu ao Tribunal de Justiça Roraimense alegando, em síntese, a falta de materialidade do delito, assim como testemunhos confusos e contraditórios, pugnando ao final pela absolvição do réu.

Em contrarrazões recursais, o Ministério Público de primeira instância defendeu os termos da sentença, pedindo ao Tribunal que mantenha a condenação de N.C. nas penas anteriores firmadas, sendo acompanhado nesse posicionamento pelo Órgão Ministerial de Segundo Grau.

Ocorre que foi justamente nessa fase processual que o grupo formado por profissionais do direito e também pesquisadores da UFRR – constituído para levantar e acompanhar os casos de indígenas presos em Roraima, conforme motivação exposta no anterior item 4.1. deste trabalho - tomou conhecimento dos fatos envolvendo N.C. Após confirmar os acontecimentos e a repercussão do julgamento dentro da Maloca X, autorizados ainda pelas

lideranças comunitárias, réu e seu familiares, resolveu-se marcar uma audiência com o Desembargador relator do processo de N.C.

Naquela ocasião, e após narrativa do assombro da comunidade com o resultado dos 32 anos de reclusão impingido à N.C., os membros do referido grupo se limitaram a pedir ao Desembargador relator apenas uma especial atenção para a dosimetria da pena realizada em primeira instância, excessivamente alta para os padrões do direito estatal e fora dos parâmetros normalmente considerados para a condenação de não índios em casos similares.

Julgado em 20 de março de 2012, e por unanimidade, o Tribunal de Justiça de Roraima deu parcial provimento ao recurso da defesa de N.C. para justamente diminuir a respectiva pena para 8 anos e 9 meses de reclusão, concordando no entanto que naqueles mesmos autos restaram comprovados a existência do delito e a sua autoria.

N.C. permaneceu encarcerado por aproximadamente mais um ano, estando atualmente cumprindo pena no regime semi-aberto e, pela sua condição de indígena aldeado, pode pernoitar sete dias consecutivos em sua casa, na Comunidade X, e outros sete dias consecutivos na sede da Penitenciária Agrícola do Monte Cristo, na Capital do Estado.

4.4.2.1. Considerações jurídicas e antropológicas a respeito do caso

Adotando a mesma linha de critérios anteriores, este caso – no âmbito preliminar e estritamente jurídico – restará brevemente analisado sob os seus aspectos materiais de investigação e ainda processuais, com os fatos devidamente judicializados e até final condenação pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, vez que a decisão lá proferida já transitou em julgado.

Aquela primeira fase, iniciada pela denúncia da irmã da menor vitimada junto ao Conselho Tutelar do Município do Cantá, quer nos parecer desencadeada com o apoio das autoridades da Comunidade X, uma vez que tomaram conhecimento prévio dos acontecimentos, intimaram padrasto e mãe de M.S.L. para construírem uma solução para o caso, sem - contudo - chegarem a um consenso em razão da esquivia e recusa de N.C. em comparecer perante o conselho comunitário.

Com efeito, e não dando conta a própria comunidade de resolver o caso, não me parece que tenha havido desrespeito à organização social da Maloca X com a chegada dos

conselheiros tutelares e policiais dentro daquela maloca indígena, acionados ainda por parente da vitimada menor de idade, segundo o nosso Estatuto da Criança e do Adolescente.

Descartada a eventualidade de uma indevida intromissão nos assuntos internos, as autoridades do estado preferiram conduzir o caso com excessivo rigor em relação à individualização da conduta de N.C., tanto que preferiram mantê-lo preso preventivamente desde o início das investigações, atribuindo-lhe culpa exclusiva pelos acontecimentos e carregando com fortes tintas na condenação de primeira instância.

Não se têm elementos mais concretos para se concluir por sentimentos raciais e ainda discriminações de ordem social, mas que a liberdade provisória de N.C. seria perfeitamente e juridicamente possível no caso concreto não se tem dúvidas, porquanto de bom comportamento social conforme manifestações da própria comunidade indígena, necessidade de solto continuar trabalhando para sustentar outros que lhe eram dependentes e sem qualquer possibilidade de acesso ou mesmo ascendência sobre M.S.L., uma vez que fora residir em outra casa, sob a guarda direta do cunhado e da sua irmã maior de idade, tudo reforçado pelo retorno do pai biológico à aldeia justamente para tomar conta da sua integridade física.

Até porque o caráter violento de N.C. e as supostas ameaças de morte só foram levadas para dentro do inquérito por conta das declarações exclusivas da vítima M.S.L., cujas palavras devem ter certa credibilidade em juízo, mas jamais foros de certeza absoluta, em hipóteses reconhecidas pela nossa jurisprudência quando a própria vítima dá causa ou contribui para o ato libidinoso⁵⁶. Não olvidemos que essa possibilidade – e neste caso especificamente – restou ventilada tanto pelo acusado N.C. como principalmente por E.A.S., mãe da vítima menor, que M.S.L. estava “procurando e dando em cima de N.C.”.

Inobstante corrigida pelo Tribunal de Justiça, merece destaque nessa linha de exageros em desfavor de N.C., a pena inicialmente lhe imposta de 32 anos e 04 meses de reclusão, muito fora dos parâmetros de normalidade para um estupro tentado e jamais consumado, conforme laudo médico acostado aos autos.

⁵⁶ Vários são os julgados em que – reconhecido o consentimento da vítima nos crimes sexuais – têm-se a absolvição ou no mínimo a atenuação da pena do acusado, porquanto ausente a violência ou grave ameaça no caso concreto. Nesse sentido, confira-se: STJ, nos acórdãos HC 110876/RS, AgRg no REsp 1214407/SC, REsp 705429/GO, REsp 1184336/TO e REsp 1189374/MS: TJAP, Apel.Crim. 1526/02, Rel Des. Mello Castro; TJGO, Ap. 25220-2/213, Rel Des. Paulo Teles, j. 29.6.04; TJES, EJES 5396, Rel. Des. Arione Vasconcelos Ribeiro; TJSP, RJTJSP 138/424, Rel Des. Silva Leme.

Mas o que realmente pende de explicações razoáveis é a ausência no pólo passivo das investigações de E.A.S., mãe que confessadamente chegou a presenciar os gracejos de N.C. sobre M.S.L. e nada fez para evitar, ou mesmo prevenir os atos de molesta que se seguiram. Testemunhas inclusive levantaram a hipótese de E.A.S. estar dando guarida à N.C., em evidente concorrência para o crime, nos termos do art. 29 do Código Penal Brasileiro.

As condutas e omissões de E.A.S. sequer foram consideradas ou investigadas pelas autoridades policiais, tutelares e judiciais, reforçando a suspeita de que interessava ao aparelho de estado dar uma satisfação rigorosa e focando somente na conduta de N.C., sem preocupação com o contexto social em que os fatos restaram desencadeados.

Obviamente que todas essas circunstâncias mereceriam registro e reflexões dentro de um necessário laudo antropológico que abordasse os valores culturais e costumes sociais da Comunidade X, principalmente tentando compreender os hábitos da bebida alcoólica disseminada e questões envolvendo a sexualidade de jovens indígenas no âmbito da aldeia.

Ocorre que, à luz do nosso código de repressão nacional, manter conjunção carnal ou mesmo praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos se caracteriza como estupro de vulnerável, partindo-se da presunção legal de que ocorreu violência física ou moral no desiderato do acontecimento, ainda que houvesse consentimento por parte da suposta vítima⁵⁷.

E nesse aspecto não se acautelaram as autoridades oficiais, trabalhando desde o início das investigações sobre uma pauta de valores com lógica judaico-cristã que podem – neste caso *in concreto* – não corresponder ao verdadeiro sentimento de justiça, até porque a sociedade destinatária dessa esperada solução é essencialmente indígena que, apesar da proximidade física com a sociedade colonizadora envolvente, pode se pautar por outros parâmetros de idade que venham a ser tolerados na iniciação sexual ou mesmo se estruturarem em graus diferentes de parentesco, desconhecendo a nossa tradição de equiparar padrasto à figura do pai biológico, com todos os seus impedimentos e responsabilidades, como restará ponderado no último item deste capítulo.

Ocorre que essa última circunstância é muito relevante para o processo que envolve N.C., uma vez que na condição de padrasto de M.S.L., respondeu por um crime como se fosse pai biológico da menor indígena, condição que serviu de base para agravar uma pena que chegou a mais de 32 anos de prisão justamente porque a reprovação da sua conduta atingiu

⁵⁷ Art. 217-A, Código Penal Brasileiro.

um dos princípios familiares mais caros para o nosso direito, qual seja, a repugnância pelos atos incestuosos.

Categorias como menoridade e família, assim como questões acerca da sexualidade, podem ter tratamentos diferenciados dentro da Maloca X e como destacado no último item deste capítulo, a reclamarem outros encaminhamentos que não uma condenação às penas restritivas de liberdade, ainda mais na dimensão de 32 anos de reclusão.

Ademais, o fato da mesma maloca – via reunião comunitária – não ter dado conta de resolver o problema e apelar para o chamamento dos órgãos de estado a fim de atuarem internamente, não significa que esteja de acordo com os procedimentos adotados e nem concorde com a final punição do envolvido nos termos inicialmente decididos.

Essa satisfação que deva ser dada à respectiva sociedade é um compromisso do nosso direito com os seus jurisdicionados, tanto que trabalha na perspectiva da prevenção geral e da particular reorganização social, razão pela qual compreender a dinâmica daquela maloca e os valores tradicionalmente respeitados pela população indígena, é uma condição inafastável ao restabelecimento da ordem social e à promoção do sentimento de justiça no âmbito daquela comunidade.

E o instrumento aceito pelo código de processo em hipótese tais, com o intuito precípua de auxiliar o magistrado na compreensão dessa sociedade que pode parecer estranha aos nossos olhos, é justamente o laudo antropológico, em nenhum momento pensado e ventilado para o caso em exame por parte das autoridades do estado.

Em que pese se identificarem e se comportarem como indígenas que realmente são, também neste processo se partiu da premissa única de que todos os povos formadores da sociedade nacional brasileira gozam dos mesmos padrões de moralidade, assim como das mesmas categorias sociais e familiares.

O ausente laudo antropológico poderia também esclarecer se no processo em que houve a condenação de apenas N.C. ocorreu ou não discriminação racial por parte das primeiras autoridades estatais que conheceram dos fatos, a conduzirem as investigações para a responsabilidade solitária de N.C., eximindo deliberadamente de culpa – por exemplo - a mãe indígena da menor M.S.L.

Essa rápida e prévia atuação do Conselho Tutelar do Município do Cantá dentro da Comunidade X, assim como no caso anterior, novamente carece de uma apurada reflexão e de uma séria pesquisa de ordem antropológica, ainda mais quando contribuiu para um apenamento em primeira instância demasiadamente injusto, ao modo inclusive de proceder do próprio Tribunal de Justiça que veio posteriormente a reformar a sentença singular.

4.4.3. Estudo de caso nº 03

Esse caso diz respeito aos fatos noticiados nos Processos nº 010.08.011236-9 e 0010.09.207882-2, ambos tramitando na Comarca de Boa Vista e respectivamente junto às 2ª e 3ª Varas Criminais, tendo como réu T.S.P. e que também responde pelo crime de estupro, nos termos do nosso atual Código Penal⁵⁸.

Muito parecido com os anteriores, a envolver menor de idade em crime contra a dignidade sexual, os acontecimentos investigados naqueles autos nos interessam sob dois aspectos principais, a saber: - primeiro, porque o acusado se declarou indígena perante o Juiz do feito, requerendo assistência por parte da Funai que foi prontamente recusada pelo Magistrado; e, segundo, quando o condenado T.S.P. progrediu do regime fechado para o semi-aberto, dada justamente a sua condição de indígena, não teve condições físicas e nem materiais de cumprir uma das condicionantes de apresentação que lhe foram impostas, incidindo em violação aos termos da progressão, pelo que acabou retornando para a Penitenciária Agrícola do Monte Cristo, onde se encontra preso até os dias atuais.

As investigações dos acontecimentos envolvendo T.S.P. se iniciaram em 09 de maio de 2006, quando M.I.M.R. - então Tuxaua da Comunidade Indígena X – restou ouvida em inquérito policial instaurado na Delegacia de Polícia do Município do Cantá e lá declarou que no dia anterior, por volta das 20 horas, foi procurada em sua residência pela mulher indígena V.S.P., que noticiou à declarante que a sua filha menor I.S.P., então com 9 anos de idade, tinha sido vítima de estupro praticado pelo seu próprio tio e irmão de V.S.P.

Segundo versão de V.S.P. revelada à Tuxaua da Maloca X, ela teria ido levar o seu irmão deficiente físico até o malocão da comunidade para receber o vale alimentação ofertado

⁵⁸ Naquela legislação, e segundo consta do seu art. 213, considera-se estupro constranger alguém mediante violência ou grave a ter conjunção carnal, ou contra ela se permitir que se pratique outro ato libidinoso.

pelo governo do estado quando, no retorno e dentro da sua própria casa, flagrou T.S.P. mantendo relação sexual com a sua filha menor I.S.P., de apenas 9 anos de idade.

Após socorrer a criança toda “melada” de espermatozóide, a mãe V.S.P. foi logo procurar a declarante que, na condição de Tuxaua, ordenou a imediata apreensão de T.S.P. que ficou retido na casa do Vice-Tuxaua da Comunidade Indígena X até a chegada do carro da polícia.

V.S.P., irmã de T.S.P e ainda mãe da vítima I.S.P., disse em seguida na mesma Delegacia de Polícia que no dia 08 de maio de 2006, por volta das 07 horas, o seu esposo foi trabalhar na roça e levou consigo uma filha do casal de 6 anos de idade, deixando as outras crianças três crianças (09, 04 e 02 anos) em casa para que ela própria tomasse conta.

Esclareceu também que mora com a mesma família um irmão de V.S.P. e de T.S.P. que, na condição de deficiente físico, acaba sendo beneficiado mensalmente com um vale alimentação fornecido pelo Governo do Estado de Roraima, razão pela qual levou o seu irmão deficiente até o malocão da comunidade naquele dia justamente para receber sobredita ajuda assistencial.

Como a liberação do vale estava demorando, resolveu voltar à sua casa por volta das 12:30 horas quando flagrou T.S.P. deitado na rede, com as calças arriadas e mantendo relação sexual com a sua filha I.S.P., enquanto tapava a boca da menor para que não pudesse gritar. Ato contínuo, T.S.P. largou a menor e saiu do quarto, quando V.S.P. pode examinar que I.S.P. estava toda vermelha, despida e ainda com vestígios de esperma no seu corpo.

Em face da ausência do seu marido, V.S.P. resolveu procurar a Tuxaua da Comunidade X a fim de narrar os acontecimentos e pedir providências, quando então foi determinada pela mesma autoridade comunitária a imediata apreensão de T.S.P..

A vítima I.S.P. também prestou depoimento, revelando que estava em sua casa juntamente com suas irmãs menores quando o seu tio T.S.P. entrou no momento em que ela se preparava para tomar banho. T.S.P. a chamou para deitar na rede com ele, ficando I.S.P. com medo e se segurando no girau para não ir obrigada. Mesmo assim o tio usou da força e a carregou, tapando ainda a sua boca para que ela não gritasse, conseguindo “mexer” com a vítima até que sua mãe chegasse e visse T.S.P. em cima dela.

Ouvido por último e na condição de preso em flagrante delito, T.S.P. não negou os fatos acima narrados perante o Delegado de Polícia, apenas acrescentando que a vítima I.S.P. não esboçou qualquer reação, sendo a primeira vez que teve essa conduta, sem saber externar os verdadeiros motivos que o levaram a isso.

Concluído o inquérito policial em 17 de maio de 2006, lá se reproduziram os termos de assentada acima resumidos, indiciando-se T.S.P. por crime de estupro qualificado nos termos do art. 213, c/c. art. 224, inciso “a”, com a incidência do art. 226, inciso II, todos do Código Penal.

Logo denunciado no dia 23 de maio de 2006 pelo Ministério Público Estadual, e nos mesmos moldes relatados em inquérito policial, realizou-se audiência de instrução e julgamento no seguinte dia 19 de setembro, quando T.S.P. se declarou indígena perante o Magistrado presidente do feito para solicitar assistência de um advogado da Funai, a fim justamente de lhe acompanhar no processo.

O pedido restou prontamente negado pelo Juiz de Primeiro Grau sob o argumento de que o assunto em questão não tem nada a ver com a Funai, deixando o índio de ser tutelado pelo Estado Brasileiro pós Constituição de 1988, entendendo inclusive aquela autoridade que “a Funai não deveria mais existir”.

Diante dessas considerações, nomeou uma Defensora Pública do Estado de Roraima para cuidar do caso, naquilo que se seguiram as oitivas na própria audiência, com o depoimento do acusado e registro dos testemunhos colhidos na fase investigatória que, na essência, reproduziram os termos constantes no inquérito policial.

Com a insistência do Ministério Público em finais alegações para a condenação de T.S.P. nas penas relacionadas em denúncia criminal, a Defensoria Pública centrou esforços em demonstrar que o réu contribuiu para a promoção da justiça com a sua confissão em juízo, assim como insistiu no fato de que não aconteceu penetração na menor I.S.P., ao contrário do que se imaginava inicialmente e tudo devidamente atestado em laudo de exame de corpo de delito realizado à época na menor vitimada. Assim, pugnou pela desclassificação do delito na sua forma tentada, por ser medida mais justa e consoante se comprova nos autos.

Inobstante os sólidos argumentos de atenuação suscitados pela defesa, T.S.P. foi condenado em primeira instância no dia 17 de outubro de 2008, e nos exatos termos pretendidos pelo órgão de acusação, tendo a sua pena fixada em 14 anos, 7 meses e quinze

dias de reclusão, com a decisão de que deve permanecer preso, sem o direito de apelar em liberdade.

Em grau de recurso, no julgamento realizado em 10 de julho de 2012 e com a concordância do Ministério Público de Segundo Grau, deliberou o Tribunal de Justiça Roraimense em dar parcial provimento ao inconformismo da defesa a fim de reduzir a pena de T.S.P. para 09 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Ocorre que no processo que tramitava em paralelo junto à 3ª Vara Criminal da Capital, tratando da execução provisória da pena da T.S.P., consta que em 06 de agosto de 2009 restou deferida a progressão do regime fechado para semi-aberto, permitindo-lhe que saísse durante a semana para trabalhar fora da Penitenciária Agrícola do Monte Cristo, mas com a condição de sempre retornar para fins de pernoite no mesmo presídio, até que – em 22 de outubro de 2009 e segundo Portaria n. 224/2009/GAB/SAI/PAMC – T.S.P. foi dado como foragido, haja vista que não comparecia naquele estabelecimento desde 17 de outubro de 2009.

Recapturado somente em 02 de março de 2011, T.S.P. teve a regressão do regime semi-aberto para fechado decretada em 15 de agosto de 2011. Ocorre que a partir da movimentação da sua própria comunidade, produzindo documento escrito e assinado por grande parte de seus moradores atestando que realmente T.S.P. trabalhou no âmbito daquela aldeia desde que recebeu o benefício da progressão, não comparecendo nos dias apontados porque a sua bicicleta restou furtada, estando por isso mesmo desprovido do único veículo que dispunha para ter acesso à Penitenciária Agrícola do Monte Cristo, distante aproximadamente 50 km. do seu local de trabalho, o juízo da execução houve por bem novamente conferir o direito de T.S.P. responder pelo seu crime em semi-liberdade.

Desde meados deste ano T.S.P. acha-se posto novamente em liberdade para cumprimento final da pena dentro da sua própria comunidade, mas ainda com a obrigação de pernoite diária na Cadeia Pública de Boa Vista/RR, outra unidade prisional que dista um pouco mais de vinte quilômetros da sua residência. Isso quer dizer que o direito de semi-liberdade lhe foi devolvido, agora para serem cumpridas por pernoites diárias num estabelecimento prisional mais próximo da sua casa.

4.4.3.1. Considerações jurídicas e antropológicas a respeito do caso

Com essas breves considerações, não se pretende julgar novamente a conduta T.S.P. e nem rever o seu comportamento dentro daquele processo, até porque já foi condenado à luz dos valores preservados pela sociedade envolvente e defendidos pela legislação nacional. Não se procura também absolver ou justificar as atitudes de T.S.P. contra a menor I.S.P., mas adaptar a sua conduta e respectiva reprimenda a um sentimento de justiça mais próximo dos valores do povo que habita a Terra Indígena X, ainda que seja para lhe reconhecer uma pena comunitária muito mais severa do que os 09 anos de reclusão resultante desse processo criminal, pois não raras vezes alguns povos tribais se valem de sanções excessivamente cruéis e até despropositadas aos nossos olhos para dar a devida satisfação social.

Importa observar, numa proposta de reflexão multiétnica e de relativismo cultural preconizado pelo art. 216, inciso II, da Constituição Federal, que T.S.P. teve negado no decorrer de todo esse processo a sua própria condição de indígena, notadamente quando procurou se defender enquanto tal. É que na audiência realizada no dia 19 de setembro de 2006, e como relatado no item anterior, T.S.P. não apenas se declarou índio como ainda requereu a assistência da Funai para acompanhar o seu processo, pedido imediatamente negado pelo Juiz do feito sob o argumento de que o assunto em questão não tem nada a ver com a Funai, considerando ainda que os indígenas deixaram de ser tutelados pelo Estado Brasileiro com o advento da nova Constituição de 1988.

Essa decisão proferida no bojo daqueles autos, por si só, já seria uma causa de nulidade absoluta, a invalidar todos os demais atos processuais, inclusive sentença e acórdão proferidas posteriormente, tudo porque o Superior Tribunal de Justiça – no RMS nº 30.645-AM, julgado em 22 de novembro de 2011 – decidiu que o indígena tem sim direito à assistência da Funai nos processos a que responda independentemente da causa discutida, por força legal do art. 11-B, par. 6º, da Lei Federal nº 9028/95.

Ao negar a presença da Funai no processo, órgão do estado em condições para investigar a sua condição de indígena e ainda ponderar – por meio de laudo antropológico – os efeitos dos atos por ele praticado no seio da sua comunidade, o Juiz de Direito negou a T.S.P. o direito constitucional de ser avaliado segundo os seus costumes e tradições, ainda que fosse – repetimos – para lhe impor uma pena mais severa do que os 09 anos de reclusão.

Essa mesma condição de indígena deixou novamente de ser considerada pelo Poder Judiciário do Estado de Roraima por ocasião da atual execução da sentença, quando T.S.P. deveria cumprir a sua pena de reclusão em regime especial de semi-liberdade, no local de

funcionamento da Funai mais próximo da sua morada habitual, ou seja, na sede da Comunidade Indígena X, a teor do que dispõe o art. 56, parágrafo único do Estatuto do Índio – Lei Federal nº 6001/73.

Isso chegou a ocorrer, mas não por respeito ao Estatuto do Índio e seus dispositivos antes citado, mas porque o tempo de prisão cumprido por T.S.P. já lhe dava o direito de progredir na execução da pena, evoluindo – como direito de qualquer outro cidadão brasileiro - do regime fechado para o semi-aberto.

E quando isso de fato aconteceu, mais exatamente no ano de 2011, novamente a sua condição de indígena lhe foi negada, porque ainda que trabalhando dentro da comunidade de origem e tendo a sua bicicleta furtada, revogou-se *incontinenti* aquele benefício sob a forma da falta diária injustificada, quando T.S.P. tinha por obrigação de se recolher diariamente para pernoite dentro da Penitenciária Agrícola do Monte Cristo, distante aproximadamente 50 quilômetros da Maloca X.

Nada disso foi considerado pelo Juízo da Execução: - o fato de ser detento indígena, cumprindo obrigações legais dentro da sua comunidade de origem e ter tido a sua bicicleta furtada, comprovadamente o único meio de locomoção de que dispunha para diariamente chegar e dormir em estabelecimento prisional na cidade de Boa Vista.

Recolhido novamente ao presídio da Capital no final do ano de 2011, a Funai interveio no feito para lhe prestar assistência jurídica, pelo que novamente o juízo da execução requerido – em despacho datado de 13 de novembro de 2011 - pede para que aquele Órgão Federal comprove primeiro a condição de indígena do reeducando T.S.P. para depois lhe deferir o pedido de acompanhamento. Ou seja, pela terceira vez consecutiva e num espaço interregno de cinco anos, a Justiça do Estado de Roraima teve enormes dificuldades em reconhecer que o réu T.S.P. era sim indígena.

Neste caso em particular, a fim de exercer o seu direito de defesa tanto dentro do processo principal – onde se discutiu o mérito do comportamento – quanto no processo de execução da sua pena, T.S.P. teve a sua identificação étnica sequer oportunizada para discussão, porquanto todos os magistrados do feito se valeram de entraves meramente formais para lhe negar o direito à diferença, justamente aquela categoria trazida por novidade dentro do Texto Constitucional de 1988, em franca marcha emancipatória e no sendeiro da solidariedade humana.

Atenuantes na imputação do crime e também na aplicação da pena - como estupro tentado e não consumado -, assim como o fato de não ter comparecido diariamente na Penitenciária Agrícola do Monte Cristo para pernoite - distante 50 quilômetros da sua comunidade indígena e sem condições de transporte -, encaminham o presente caso para uma forte tendência discriminatória por parte das primeiras autoridades do estado, que bem poderiam ter sido adequadamente tolerantes em face da necessidade de se deferir a feitura do competente laudo antropológico no processo de T.S.P..

Agora, é de uma irracionalidade evidente – para não dizer outra coisa – o fato de um primeiro juiz admitir em 2006 que T.S.P. era indígena, mas que não precisava mais da assistência da Funai porque - ao seu modo de ver e segundo os novos ares constitucionais - o índio deixou de ter a tutela proteção por parte do Estado Brasileiro. E logo mais adiante, na fase da execução de sentença no ano de 2011 e quando a Funai resolve intervir no processo em defesa do indígena que ela mesma reconhece, outro magistrado exige comprovação formal de que T.S.P. seja de fato (e também documentado) indígena.

A situação processual de T.S.P. pode ser resumida a partir da seguinte constatação: - foi inicialmente considerado como indígena para negar-lhe o direito a uma defesa especializada, mais cômsona com a amplitude de oportunidades preconizada pela legislação brasileira; sendo que num segundo momento, quando se insistiu nesse mesmo direito que também lhe beneficiava, esqueceram daquele anterior posicionamento para agora colocar sob suspeita a sua condição de indígena, a fim de novamente negar-lhe a mais ampla oportunidade de defesa, quando se traria à discussão a dinâmica da sua comunidade, proximidade com o meio urbano e relacionamentos interétnicos. Ou seja, T.S.P. ora foi índio dentro do processo (no ano de 2006), ora deixou de ser indígena dentro do mesmo processo (no ano de 2011), quando as autoridades judiciárias se valeram de justificativas completamente antagônicas para de novo lhe negar direitos.

Não nos conduz à outra conclusão que neste caso, sendo ou não índio, tal condição restou manejada pelas autoridades do estado no sentido de sempre negar direitos a essa categoria de cidadãos, ainda que existam normas protetivas dessas mesmas minorias étnicas, impingindo-lhes por comando constitucional um olhar diferenciado, com viés de respeito e promoção da sua cultura.

Inegavelmente que neste estudo relatado, e não apenas sob o sentimento antropológico, há marcas incontroversas do ranço colonialista e ideológico, a negar direitos

aos representantes dessas minorias no modo de sutilezas processuais, como impor formalidades descabidas aos sujeitos do feito apenas para dificultar outra importante discussão de fundo, visando esclarecer se estão ou a merecer um olhar diferenciado por parte do estado.

Como nos casos anteriores, uma tentativa válida e legal de se procurar melhor compreender questões envolvendo a sexualidade entre indígenas da Comunidade X, relativizando-se os rigores da legislação nacional, seria o empreendimento do respectivo laudo antropológico, também de grande valia para esse processo, principalmente quanto à revelação dos aspectos volitivos e motivacionais dos agentes envolvidos, a se demonstrarem de importância ímpar na discussão acerca do elemento subjetivo do injusto, quando – entre outros fatores – se determinará o grau da culpabilidade de cada um dos envolvidos e consequente dosimetria da pena.

O estudo antropológico de que se cogita – como defendido no item anterior – não necessariamente deve vir para absolver ou eximir T.S.P. das suas responsabilidades perante a Maloca X, mas como instrumento apto a lançar luzes culturais sobre o caso e na tentativa de compreender inclusive a reação indignada das autoridades comunitárias que determinaram a imediata apreensão do acusado para ser entregue aos agentes de repressão do estado.

Essa dependência do aparelho oficial de polícia, no sentido de auto- reconhecimento por líderes da própria maloca de que não conseguem resolver e administrar todos os seus conflitos internos - ainda que acompanhada pela máxima reprovação dos atos praticados por T.S.P. - notoriamente deveriam ser objetos de reflexão dentro do respectivo laudo antropológico, a muito contribuir para o Poder Judiciário de Roraima melhor conhecer os aspectos da esperada prevenção geral, conseqüências sociais do crime, adequação da pena aplicável e realização de justiça no caso concreto, tendo-se em linha de conta que todos esses fatores devem ser considerados em relação ao povo a que se destinam, ou seja, com efeitos e repercussão dentro da Comunidade Indígena X.

Não parece ser uma missão fácil de ser realizada, mas são exatamente as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal Brasileiro e que devem pautar todas as decisões judiciais exaradas em processos criminais, interpretação inclusive que deve seguir temperada com o respeito aos modos de vida dos povos indígenas que habitam a Maloca X, cuja organização social, costumes e tradições seguem reconhecidos para efeitos de adaptação

e de relativização do direito estatal, à luz do que determinam o art. 216, inciso II, e *caput* do art. 231, ambos da Constituição Federal.

4.5. Problematicando menoridade e sexualidade indígena: elementos comuns nos três processos de estupro

Como visto, permearam os três estudos de caso judicializados e antes narrados categorias como menoridade, sexualidade e estupro, a merecerem uma especial atenção neste encerramento de capítulo porque se consistiriam, em última análise, nos elementos centrais de reflexão e de compreensão desejados no competente laudo antropológico para fins de defesa dos acusados indígenas, se de fato existisse ele no âmbito daqueles três processos.

À luz da nossa sociedade do ocidente, repugna o fato de menores de 14 anos de idade – independentemente de existir ou não o consentimento das vítimas - estarem envolvidos com atividades sexuais vistas como precoces pela legislação brasileira, a incriminarem os acontecimentos como crimes hediondos, aqueles mais depravados, sórdidos, imundos, repulsivos e horrendos que possam existir no seio da sociedade regulada (FERREIRA, 1986).

No entanto, não se pode atribuir tal prática como costumeira dos povos indígenas, como se fossem exclusivamente deles o modelo do relacionamento reprovável, sem qualquer interferência ou mesmo violência por parte da sociedade envolvente.

LIMA e SANTOS (2008), ao concluírem trabalho de pesquisa sobre “A criança indígena e sua relação com a sociedade do Vale do Rio Branco nas primeiras décadas do século XX” – justamente dentro do recorte territorial da nossa pesquisa de campo – puderam observar a utilização das crianças indígenas nas fazendas de gado, nos afazeres domésticos, na lavoura e ainda como agentes passivos de abuso sexual, sendo levadas por não índios a viver um mundo que não o seu. Admitiram que apesar de produzidos em épocas diferentes, os valores e práticas dos grupos que formam a sociedade envolvente ainda não mudaram.

Lograram ainda comprovar que historicamente os particulares e funcionários estatais tiveram postura desumana com relação aos menores indígenas, sendo grande o número de pessoas tidas como da “alta sociedade” rio-branquense que promoveram atos não dignos de tratamento humano para com as crianças indígenas. E algumas práticas daquela sociedade envolvente – mormente se relacionando sexualmente com crianças - acabaram também

assimiladas por representantes dos povos indígenas subjugados, aí compreendidos todo o tipo de comportamento, mesmo aqueles abomináveis pelos próprios comunitários indígenas.

Obviamente que os indígenas do lavrado roraimense não aprenderam com os fazendeiros, servidores públicos e outros agentes não índios a se relacionarem sexualmente e de forma prematura com crianças, não devendo ficar exclusivamente na conta da sociedade colonizadora o patrocínio daquela prática e a sua transmissão por contato com os povos de que tratamos neste capítulo.

Silva & Nunes (2002) desconstroem essa possibilidade a partir do estabelecimento de alguns princípios, a romperam paradigmas dentro da própria antropologia, onde tiveram por mérito explicar que a infância deve ser entendida como uma construção social não formatada por oposição à imaturidade biológica, muito menos por características naturais dos grupos humanos.

Criança é uma categoria a ser considerada como mais uma variável de análise social, tal como gênero, classe ou etnicidade, pois estudos comparativos revelam mais de uma variedade de “infâncias” do que um fenômeno único e universal (SILVA & NUNES, 2002).

Essas experiências diferenciadas da infância são particularmente demonstradas por Nunes (2002) no ensaio “O lugar da criança nos textos sobre sociedades indígenas brasileiras”, onde assinala e comenta a percepção que os autores de algumas etnografias têm evidenciado a respeito da participação da criança na vida social e na cultura do seu povo. Registra a mesma autora que nos estudos pioneiros de Charles Wagley, ao final da década de quarenta e quando descreve a organização social do povo Tapirapé sem levar em consideração o critério formal da idade, identifica-se criança por solicitações decorrentes do ciclo biológico, através da imitação constante do que vêem acontecer no mundo adulto, e por intermédio da ocorrência de brincadeiras infantis que são praticadas em todos os lugares e culturas, como, por exemplo, a brincadeira de casinha.

Lembra ainda que 1958, quando Maybury-Lewis chegou à área Xavante para tentar iniciar as suas pesquisas, se despertou para alguns episódios de provocação mútua entre as crianças e os “iniciandos”, *status* esse alcançado entre os meninos quando finalmente são conduzidos à casa dos solteiros, deixando de serem socialmente considerados crianças para se tornarem adultos, entre a faixa dos 09 ou 10 anos. E a maturidade plena daquele povo, quer

seja para os meninos, quer seja para as meninas, vem mesmo com o nascimento do primeiro filho.

Nunes (2002) também se apropria dos resultados de pesquisa de Viveiro de Castro que, ao observar as crianças Araweté na década de oitenta, constatou que desde a concepção e até atingir a sua autonomia plena – lá pelos 08 a 10 anos – elas passam por diversas fases de crescimento que implica restrições de várias ordens para os pais, significando amadurecimento e passagem para a vida adulta, e que escapam de modo muito visível ao que entre nós consideramos ser criança. E no caso das meninas, já a partir dos 07 anos de idade elas podem ser entregues a homens mais velhos que vão iniciá-las à sexualidade, através de preparação e “fabricação do corpo” de mulher.

Alcida Ramos, ao descrever na década de noventa o modo de vida dos Sanumá – também habitantes do que hoje se designou Estado de Roraima - testemunhou que os integrantes daquela sociedade atingem mesmo a auto-suficiência por volta dos 10 anos de idade, quando meninas desenvolvem atividades sempre junto à mãe e os meninos sob o olhar atento do pai.

Por esses breves estudos compilados no artigo de Nunes (2002), bem se vê que menoridade, fase adulta e amadurecimento humano são processos construídos socialmente, ao sabor dos valores de cada povo e conforme as suas necessidades vitais. Nessa linha de raciocínio, também seguem as discussões acerca da sexualidade e parentesco, assim como os sentimentos de violência e repugnância social.

Mesmo para nós do ocidente, já na época colonial brasileira e sob o influxo da cultura portuguesa, o estupro era considerado apenas uma espécie do gênero “luxúria”, classificado à margem da simples fornicação, rapto, adultério, incesto, sacrilégio e contra a natureza. Rapto e estupro se diferenciava porque o primeiro implicava em forçar a relação, enquanto estupro consistia na fornicação com mulher virgem (MACHADO, 2000).

Entretanto, se fossem estuprador e estuprada do mesmo nível social, ele “pagava” o mal praticado casando-se com a mulher que tinha sido até então virgem. Se fossem de nível diferente, era estipulado um montante da restituição devida, de forma que ela pudesse se casar “como se virgem fora” com outro homem (MACHADO, 2000).

E uma terceira forma de reparação é a das hipóteses de estupro que se fazem no interior das relações que são consideradas incestuosas, como sói acontecer com dois dos

nossos estudos de caso explorados neste trabalho de pesquisa. Também na cultura medieval portuguesa o incesto no Brasil colonial era um dos pecados da luxúria, que se devia confessar, mas menos do que pecado, era matéria prima da igreja para regulamentação dos casamentos. Não era um pecado que causasse horror. Não havia hierarquização de relações incestuosas mais e menos proibidas, mais e menos pecaminosas (MACHADO, 2000).

Com efeito, somente mais tarde, com a configuração do “sentimento de família”, do “sentimento de maternidade”, do “sentimento de casa” e do “sentimento de criança” dos séculos XVIII e XIX, é que a nossa sociedade houve por bem considerar o incesto entre as pessoas familiares mais próximas e que moram na mesma casa uma proibição gradativamente pecaminosa, cada vez mais se associando à idéia do estupro (ARIÉS, 1981).

Noutro giro, entre nós e particularmente no bojo da legislação brasileira, a distinção entre “criança” e “adolescente” como etapas distintas da vida humana é ainda mais recente, com raízes reconhecidas somente a partir da Convenção da ONU sobre o Direito da Criança de 20 de novembro de 1989, que apenas estabelece o marco temporal máximo de 18 anos para se entender o ser humano como infante (SOLARI, 2003).

Somente com a Constituição Brasileira de 1988 e com o nosso Estatuto da Criança e do Adolescente é que se conceberam pela primeira vez na história jurídica do ocidente as definições legais de “criança” e de “adolescente”⁵⁹, tendo-os agora como partícipes de relações jurídicas, conceitos esses que balizam regras específicas de relações jurídicas por parte do estado para fins de proteção da infância e da juventude, a representar o início de uma mudança cujo resultado final somente poderá ser verificado no futuro (PAULA, 2002).

Para fins de alteração legislativa, o argumento vencedor foi a extraordinária expansão do conhecimento científico sobre a infância e adolescência verificado nas últimas décadas, tanto no âmbito psicológico e social como nos domínios genético e biológico, que têm servido para reiterar a importância decisiva que essas fases da vida humana desempenham na construção de personalidades sadias (ou desejadas) e, ao mesmo tempo, para justificar de sobejo as preocupações da família, da escola e de outras instituições sociais com fatores, condições e influências que facilitam ou prejudicam aquilo que entendemos ser o desenvolvimento humano (PFROMM NETTO, 2003).

⁵⁹ Nos termos do art. 2º do referido estatuto – Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990 – considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Obviamente que não se pretende no decorrer desta pesquisa se aprofundar nos temas por ora e superficialmente ventilados, mas nessas poucas linhas de reflexão já se pode redimensionar a complexidade que envolve relações sociais e modos de vida diferentes daquela raiz judaico-cristã, possíveis de serem melhor compreendidos pelo judiciário brasileiro a partir da competente e necessária perícia antropológica.

Como destacado no capítulo anterior, é a partir do exame do elemento subjetivo do injusto (perquirição do dolo ou culpa do agente) que o magistrado está autorizado a condenar, absolver, agravar ou minorar penas, segundo o discernimento que cada pessoa tem do seu ato, níveis de proibição e de reprovação comunitária, até porque o resultado do trabalho forense no estado da modernidade agora tem como destinatário final a sociedade e o local onde o indivíduo encontra-se inserido.

E o estudo antropológico, como seguidamente continuaremos a insistir, se revela como um instrumento processual inestimável e insubstituível de defesa - principalmente para os povos indígenas no Brasil -, destacando-se pelos seus argumentos técnicos que são determinantes na compreensão de culturas estranhas à nossa, mas igualmente aquinhoadas e destinatárias dos direitos promovidos pelo estado.

5. POR UM LAUDO ANTROPOLÓGICO EMANCIPATÓRIO

Neste capítulo abordaremos exclusivamente as perícias antropológicas e os seus corolários laudos empreendidos no bojo dos processos judiciais. O estudo se iniciará por uma breve abordagem deles no contexto histórico brasileiro, seguindo-se por uma passada de olhos sobre os ditames legais reguladores daqueles trabalhos nos foros nacionais, assim como se fazendo registrar perspectivas típicas dos antropólogos acerca dos seus próprios afazeres, modos de compreender aquela atividade e dilemas de ordem profissional.

A idéia também foi de estabelecer um imediato contato com a realidade prática e atual dos laudos antropológicos em juízo, razão pela qual apresentaremos ao debate alguns questionamentos atuais e recorrentes a respeito da sua construção, pontuando particularmente as questões da sua privatividade, natureza, prazo, imparcialidade e subjetividade, tudo ilustrado e por ordem de contraponto aos processos por nós investigados no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Roraima e devidamente narrados no capítulo anterior.

Ao final desta parte do trabalho, iremos ainda discorrer sobre laudos antropológicos nas hipóteses de crimes contra a dignidade sexual, exatamente a espécie de delito ventilada naqueles três casos pesquisados, procurando a partir deles propor entabulamento de um laudo antropológico que denominaremos doravante de “emancipatório”, na linha teórica de Boaventura de Souza Santos (2008), porque acreditamos muito pertinente à realidade multicultural e pluriétnica experimentada no território amazônico.

Para o sociólogo lusitano, não há na contemporaneidade uma só forma de conhecimento (e os laudos antropológicos bem podem levantar isso), mas várias, competindo a nós optar pela que favorece a criação de imagens desestabilizadoras e de atitudes de inconformismo perante a atual sociedade capitalista, baseada no consumo desmedido e no egoísmo de mercado. Na sua visão, o paradigma da modernidade ocidental comporta duas formas principais de conhecimento, quais sejam, o conhecimento regulação e o conhecimento emancipação.

Explica ele que o conhecimento regulação consiste numa trajetória entre um ponto de ignorância, designado por caos, e um ponto de conhecimento, designado por ordem. O conhecimento emancipação consiste também numa trajetória, mas entre um ponto de ignorância, chamado de colonialismo, e outro ponto de conhecimento, agora chamado

solidariedade. Apesar dessas duas formas de conhecimento estarem igualmente inscritas no paradigma da modernidade, a verdade é que no último século o conhecimento regulação ganhou primazia sobre o conhecimento emancipação. Com isso, a ordem passou a ser a forma hegemônica de conhecimento (de que o cânone é exemplo) e o caos a forma hegemônica de ignorância.

Esses modos de transição – no seu ver - levaram ao sofrimento humano, justificado em nome da luta da ordem e do colonialismo contra o caos e a solidariedade. Esse sofrimento humano teve e continua a ter destinatários sociais específicos – trabalhadores, mulheres, minorias étnicas, raciais e sexuais -, cada um deles considerado a seu modo perigoso precisamente porque representa caos e solidariedade, contra os quais é preciso lutar em nome da ordem e do colonialismo.

Mas acontece que o Texto Constitucional Brasileiro de 1988 elegeu esses mesmos destinatários específicos como protagonistas de “novos direitos”, numa visível e salutar guinada de rumo para resgatá-los do campo da invisibilidade, ainda que tenhamos caminhado pouco na dimensão da sua concretude de fato.

Segundo ainda Santos (2000), efetivar essa demanda social numa perspectiva de direitos perpassa pela efetivação dessa sociedade da emancipação, em que formas de ignorância, ações colonialistas e a concepção de sujeito como objeto sejam abolidas para dar lugar a uma sociedade do reconhecimento da solidariedade, da emancipação, do sujeito enquanto sujeito de ação e que formas de subjetividade individual e coletiva possam ser concretizadas no âmbito das relações sociais.

Para tanto, há que se superar o monoculturalismo e edificar o conhecimento multicultural, entendendo que a solidariedade é uma forma de conhecimento enquanto produtor de conhecimento. Essa superação será dada pela diferença, pelo respeito aos diversos conhecimentos, valores, estilos de vida, crenças de vários povos e não mais a produção dos silêncios que retrata a perda de conhecimentos de nações inteiras no período do colonialismo ocidental (SANTOS, 2000).

E os modos de operar dos laudos antropológicos que ao final iremos propor vêm exatamente neste sentido, resgatando valores e firmando diferenças que agora merecem nosso respeito e proteção, porquanto categorizados como patrimônio cultural brasileiro.

5.1. Breve contexto histórico das perícias e dos laudos antropológicos no Brasil

Em nosso país, há uma grande quantidade de modalidade de perícias entabuladas em juízo, mas as primeiras que se registraram no bojo dos processos diziam respeito às áreas então regulamentadas em lei e ainda vinculadas aos conselhos da respectiva área de disciplina. Nessa categoria de origem se encontravam perícias ligadas às áreas de contabilidade, documentoscopia, engenharias, geologia e medicina. Em tempos contemporâneos e por obra da complexidade das demandas judicializadas, outros exames periciais se fizeram igualmente necessários, agora ligados à tecnologia da informação, odontologia, medicina veterinária e antropologia (SOUSA & GRANDE, 2010).

Os primeiros laudos antropológicos produzidos no Brasil foram feitos na década de setenta por Virgínia Valadão e Bruna Francheto, apresentando – pelas grandes e novas responsabilidades que implicavam para a antropologia – um grande desafio, em especial, no que diz respeito às dificuldades de traduzir em termos jurídicos os conhecimentos da disciplina (LARAIA, 1994).

Como decorrência social da mudança das práticas legais e das estruturas administrativas autoritárias implantadas em nosso país pelos governos militares, e um pouco antes do evento da nova ordem constitucional - mais especificamente em julho de 1987 -, restou assinado entre Procuradoria Geral da República e Associação Brasileira de Antropologia (ABA) um Protocolo de Intenções com vistas à elaboração de laudos antropológicos em causas envolvendo terra indígena, reconhecendo oficialmente os profissionais desta associação como idôneos e de notória especialização para o desempenho de tal função. Nesta ocasião, também a ABA oficiou ao Supremo Tribunal Federal e aos juízes federais de Cuiabá protestando contra a nomeação de engenheiros e agrônomos para responder questões de natureza antropológica (DAL POZ NETO, 1994).

Sem embargo dos pioneirismos recordados, Oliveira (2002) afirma que os laudos e perícias antropológicas apareceram de fato, e com vigor que hoje se verifica, no contexto de uma conjuntura de redemocratização, cujo evento mais destacado foi realmente a promulgação da Constituição Federal de 1988, resultado de um amplo debate nacional que se arrastou por mais de um ano, implicando na consulta e mobilização da sociedade civil.

Como esclarecido no anterior item 2.5, a edição da Carta de Ponta das Canas no ano de 2000 disciplinou a questão das perícias antropológicas no âmbito ético da ABA e ajudou a promover um salto de qualidade na feitura dos laudos no Brasil jamais visto nos meios forenses, voltando o tema a ser replicado e pensado em vários eventos científicos que se seguiram (LEITE, 2005).

As suas recomendações – naquilo que couber – podem ser consideradas para fins de realização dos laudos antropológicos que se destinem aos processos criminais que apontam como acusado sujeito indígena, já que naquela Carta é nítida a preocupação com a ordem coletiva dos povos pesquisados, não se albergando a hipótese da perícia sobre indivíduo, a apontar no agente a sua identidade étnica; descrição e compreensão do seu comportamento no contexto social que vive, revelando suas crenças, costumes e tradições em determinada comunidade.

Nessa última instância de encaminhamentos é que estudos e reflexões críticas sobre laudos devem evoluir, porquanto afetos a direitos fundamentais do índio acusado em processo criminal que não encontra a devida guarida na legislação processual brasileira, até porque criada muito antes do Texto Maior de 1988 e ainda desconforme com os novos ares constitucionais.

O desafio neste trabalho de pesquisa é justamente superar as desatualizações legislações dos procedimentos forenses para emprestar efetividade constitucional aos novos direitos do cidadão indígena, carecedor em muitas oportunidades do respectivo laudo antropológico como instrumento essencial de defesa dentro dos processos judiciais que sofre acusação.

5.2. Perícias antropológicas para o direito

Dissemos no anterior item 3.4 que a perícia é por excelência uma prova técnica que se produz dentro do processo com o fim precípuo de auxiliar o magistrado nas decisões judiciais. De origem latina, provém de *peritia*, a significar o conhecimento adquirido pela experiência, e se propõe a desvendar a verdade dos fatos (SOUSA & GRANDE, 2010).

É um procedimento muito antigo e que remonta a história do Oriente Médio, onde lá pelo século III a.c. os sumérios-babilônicos usavam com bastante frequência os métodos

periciais para a solução dos seus conflitos sociais. Quando os reis ou poderosos dominantes precisavam ter ciência dos fatos, ou conseguir prova para tomar uma decisão importante, invariavelmente sobre conhecimentos que não estavam ao seu alcance, se valiam de especialistas temáticos, posteriormente denominados de “peritos” (SOUSA & GRANDE, 2010).

Na tradição da nossa processualística, de matriz italiana, veio o entendimento de que perícia é o testemunho de uma ou mais pessoas técnicas (*experts*), no sentido de fazer conhecer um fato cuja existência não pode ser acertada ou juridicamente apreciada, senão apoiada em especiais conhecimentos científicos ou técnicos (MARTTIROLO, 1898).

Em razão da complexidade das demandas judiciais contemporâneas, o conceito de perícia se estendeu para a verificação de fatos ligados ao patrimônio individualizado, visando oferecer opinião, mediante questão proposta. Para tal opinião, realizam-se exames, vistorias, indagações, avaliações, investigações, arbitramentos; em suma, todo e qualquer procedimento necessário ao esclarecimento dos fatos (SÁ, 1996).

Enfim, a perícia é uma atividade concernente ao exame realizado por profissional especialista no assunto da prova, legalmente habilitado e também em dia com o seu respectivo conselho profissional, denominado de “perito”. Também de origem latina, a palavra vem de *peritus*, proveniente do verbo *prior*, que significa experimentar, saber por experiência. Em uma etimologia ampla e usual, corresponde a douto, instruído, versado, sabedor, experimentado, prático e louvado (SOUSA & GRANDE, 2010).

O resultado do exame realizado por um perito, constando suas observações e as conclusões resultantes destas, materializa-se em uma peça técnica chamada “laudo pericial”, se transformando esse documento escrito no instrumento de prova que serve para os fins do processo (SARANTOPOULOS, 2005).

Dentre os vários meios produtores de prova judicial possíveis, a perícia manifestada por intermédio dos laudos se destaca como de tratamento especial, quer na legislação adjetiva civil, quer nos procedimentos criminais, tanto que em ambos os casos se acha criteriosamente e rigorosamente disciplinada.

Apesar de não corresponder ao nosso campo de análise, e por amor à comparação dos procedimentos, é no Código de Processo Civil – promulgado antes da Constituição de 1988,

mas precisamente no dia 11 de janeiro de 1973⁶⁰ - que a perícia judicial se agiganta em termos de regulamentação, sendo aquela legislação também de inegável importância para o processo penal na medida em que se admite a sua aplicação subsidiária nos vácuos normativos deste último⁶¹.

Assim, e quando a prova depender de conhecimento técnico ou científico, autoriza o nosso vigente Código de Processo Civil que o juiz seja assistido por perito⁶², consistindo a prova pericial em exame, vistoria ou avaliação⁶³. Ocorre que o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos⁶⁴; bem como determinar de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida⁶⁵.

Neste ponto, surgem regras da não vinculação do magistrado aos termos e conclusões do laudo – inobstante reconhecidamente de ordem técnica –, e ainda a questão do contra-laudo, a contestar e talvez desmontar todo um anterior trabalho científico, dilemas forenses corriqueiros que serão tratados até o final deste capítulo.

Continuando em revista pelo Código de Processo Civil em vigor desde 1973, de aplicação subsidiária aos processos penais como já se disse, tem-se o perito judicial como auxiliar do juízo⁶⁶, razão pela qual também incorre nas causas de impedimento e de suspeição previstas nos arts. 134 e 135⁶⁷, sendo muito comum nos respectivos autos a interposição de tais exceções por qualquer uma das partes interessadas, questionando tanto a incapacidade técnica do perito quanto a sua parcialidade para a causa.

Limitando-nos por ora àqueles dispositivos da Lei Adjetiva Civil, registramos que ao longo da mesma legislação emerge farta disciplina sobre a forma, prazos e modos de realização da pericial judicial dentro dos processos cíveis⁶⁸, e que certamente restarão

⁶⁰ Por intermédio da Lei Federal n. 5.869.

⁶¹ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e apenas para ficar no âmbito deste, é pacífica em apregoar a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo penal, inclusive nas hipóteses integrativas a respeito da perícia judicial. HC 71.614/SP, j. 03.12.2007.

⁶² Art. 145, CPC.

⁶³ Art. 420, CPC.

⁶⁴ Art. 436, CPC.

⁶⁵ Art. 437, CPC.

⁶⁶ Art. 139, CPC.

⁶⁷ Por mandamento expresso do art. 138, inciso III, do CPC, aplicam-se ao perito as mesmas causas de impedimento e suspeição passíveis de serem argüidas em desfavor do magistrado presidente do feito.

⁶⁸ Para um acompanhamento mais detido, reportamos o leitor ao texto dos arts. 421 à 439, todos do Código de Processo Civil.

pinçados mais à frente, quando voltarmos a problematizar os laudos antropológicos em sede criminal.

Relativamente ao processo penal - sede do nosso foco de análise neste trabalho de pesquisa e também promulgado muito antes do Texto Constitucional de 1988 - informamos que a regulamentação da perícia se encontra disposta dentro do título VII, das provas em geral, mais precisamente do art. 158 ao 184, todos do Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, e de acordo com as suas atualizações supervenientes.

Nessa esfera processual, e naquilo que interessa ao nosso estudo, compete destacar que a perícia necessariamente deverá ser realizada por perito oficial, portador de diploma de curso superior⁶⁹, que elaborará o laudo pericial, onde se descreverá minuciosamente o que examinar e responderá aos quesitos formulados pelas partes no processo criminal⁷⁰.

Na hipótese de inobservância das formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade por intermédio de um laudo complementar, podendo ainda determinar uma nova perícia antropológica, a realizar-se por outro perito, se julgar conveniente⁷¹. Ocorre que em todos os casos, o juiz não ficará adstrito ao laudo pericial, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte⁷².

Por reforço a essa regra da não vinculação aos termos da perícia, determina o art. 184 do Código de Processo Penal a completa prescindibilidade do laudo requerido pelas partes, quando o magistrado julgar que não seja necessário ao esclarecimento da verdade.

De todo o exposto, e para efeitos de direito, a perícia antropológica – materializada dentro dos processos criminais na forma de laudos – se conserva como importante instrumento probatório e de cunho técnico, não vinculante das decisões judiciais e, como meio de prova que legalmente é, se torna passível de contraditório, impugnação e questionamentos, voltando novamente para as mãos do juiz a tarefa de incidentalmente lhe reconhecer validade e prestabilidade para os fins processuais a que se destina, ou mesmo negar-lhe utilidade quando indefere eventual pedido da sua feitura por qualquer uma das partes.

⁶⁹ Art. 159, CPP.

⁷⁰ Art. 160, CPP.

⁷¹ Art. 181, parágrafo único, CPP.

⁷² Art. 182, CPP.

Para o campo da antropologia, perícia e laudo antropológico vão muito além da finalidade jurídica, enveredando para os lados da ética profissional e repercussão direta no meio social que procura representar, como veremos a seguir.

5.3. Perícias e laudos na perspectiva emancipatória dos antropólogos

Certa vez escreveu Geertz (2009) que dada a semelhança entre suas visões do mundo e até na maneira como focalizam os objetos de seus estudos, pareceria que advogados e antropólogos foram feitos um para o outro, e que o intercâmbio de idéias e de argumentos entre eles deveria fluir com enorme facilidade.

Desconfiado, Oliveira (1998) reflete melhor sobre as armadilhas que podem ser colocados pela colaboração entre antropólogos e advogados, pois nem sempre esse encontro, envolvendo três elementos – a pesquisa antropológica, a ação judicial e as demandas particularmente indígenas –, resultará nas mais felizes soluções para todos os três, cada um dos quais movidos por interesses e doutrinas distintas. Tratando-se de disciplinas como o direito e a antropologia, com método e corpos doutrinários bem delineados, cristalizados em códigos escritos e saberes específicos, deve-se duvidar de que a simples vontade de atores individuais possa fazer tabula rasa das disposições e tradições anteriormente vigentes.

Essa aproximação do fazer antropológico e adjudicatório, precisamente como “artesanatos locais”, *data venia* (...como dizem os advogados!!!), dificilmente encontraria maior respaldo nos contextos de atuação dentro dos processos judiciais, como problematizaremos a seguir. Ao final do ano de 1991, a Associação Brasileira de Antropologia organizou na cidade de São Paulo um seminário específico para discutir “Perícia Antropológica em Processos Judiciais”, evento que contou com a presença de antropólogos, advogados e membros do ministério público.

Naquele evento, ficaram registradas as palavras do jurista Santos (1994), dirigidas aos antropólogos na forma de recomendação, quase os ensinando de como “fazer” laudos em juízo e assim preencher os requisitos da “imparcialidade” e da “objetividade”. Dizia ele que por ser um relevante instrumento de prova técnica dentro dos processos, na inteligência dos textos legais espicaçados anteriormente, é que se recomendava que os laudos antropológicos não devessem indicar como fato constatado ao juiz o que ainda é uma suposição ou hipótese; nem afirmar como evento real o que não pode passar de mera representação mítica do grupo

indígena, nem que seu engajamento o libere dos deveres da probidade e lhe franqueie a produção de um laudo ou parecer tendencioso, descompromissado com as regras do conhecimento, falseando as conclusões para favorecer propositadamente uma das partes (SANTOS, 1994).

Somente com base nessa recomendação revelada, fulcrada na legislação vigente e representativa do entendimento de grande parte dos juristas brasileiros, já dá para perceber que há uma inegável tensão entre a visão dos operadores do direito e os profissionais da antropologia acerca do significado de fatos e valores, ponto que permeia de maneira mais geral toda a discussão sobre o conteúdo dos laudos antropológicos e a sua utilidade para ambos os campos de estudo.

Por expresse registro numa das considerações estampadas na Carta de Ponta das Canas, particularmente no item 4 e que trata do controle sobre a qualidade dos laudos realizados, se reconheceu que um dos maiores problemas no relacionamento dos antropólogos com as demandas no campo jurídico e administrativo está na alteridade entre tais campos conceituais, profissionais e ideológicos. Esta alteridade apresenta-se frequentemente através da dualidade entre produzir julgamento ou produzir inteligibilidade; produzir “verdades” ou produzir interpretações; operar uma hermenêutica do código legal para aplicação objetiva de um ordenamento jurídico nacional ou realizar descrições densas da realidade local, que dificilmente podem fugir de suas aplicações contextuais.

Exemplo claro dessa discordância na construção da perícia antropológica é o oferecimento do quesito, muito comum nos trabalhos sobre reconhecimento de território tradicional, que pede a comprovação da “ascendência” indígena dos remanescentes e a sua imemorialidade da posse da terra, o que para os antropólogos se apontaria para um conteúdo racista, que considera a cultura como algo “puro”, e não a sua dinâmica de contato com seus métodos impositivos de “integração”, enquanto ambos remeteriam para uma resposta - não de cunho antropológico, mas de base histórica – que leva em consideração apenas o domínio marcado pelo caráter ideológico da história oficial e desprezo às fontes orais, tornando assim problemáticos os termos destas formulações em sede de levantamento antropológico (PARAÍSO, 1994).

Com a resposta àquele quesito, espera o profissional do direito que se revele a “verdade” sobre os fatos demandados, “verdade” essa que deve ser “provada” e materializada

por meio de elementos concretos carregados para o âmbito do processo, tudo perfeitamente enquadrado e de forma plena dentro do ideal moderno de ciência positiva.

Mas a antropologia opera num outro parâmetro contextual, porque a sua natureza é ambígua, ou seja, é uma ciência que lida com o outro, que está fundada no contato com a alteridade e que tem no relativismo cognitivo a sua matriz metodológica. Assim, dificilmente se constituirá de modo completo dentro da fórmula iluminista de busca de uma “verdade una”, porquanto a leitura da “prova” para determinado segmento profissional pode se caracterizar algo completamente inverso no olhar do antropólogo (HERTZOG, 2007).

Nesse aspecto, Almeida (2008) chama nossa atenção para o fato de que os laudos antropológicos em muitos casos precisam “transcender as evidências” e, quando isso ocorre, acabam contestados por profissionais de outros domínios do conhecimento, numa empreitada que ele entende “contra positivistas e contra o empirismo vulgar”. Ilustra por exemplo situações como as de Alcântara ou de Porto Coriz, onde a pretexto de se identificar comunidades remanescentes de quilombolas na região só encontraram ruínas de casa-grande e engenho. Para o trabalho etnográfico em que o dado é construído, tratou-se de inverter e relativizar a evidência, e a ruína da casa-grande tornou-se indicativa das comunidades quilombolas em virtude do sistema de representação e do uso que dela fazem os agentes sociais observados.

Por contrariar os positivistas, aquele laudo inverteu a “prova” do que jamais foi ou pretendia ser, reconhecendo por “verdade” exatamente o seu contrário. Para os arqueólogos – como sucedeu em Porto Coriz –, as ruínas enquanto vestígios arqueológicos limitavam-se ao reconhecimento da evidência, tratando-se simplesmente de uma “casa grande” (sede de fazenda), como se o dado estivesse pronto e tudo se resumisse em coletá-lo. Por uma arqueologia de superfície, apressaram-se em logo emitir o veredicto. Em Alcântara a evidência não estaria nas ruínas, mas na relação que os quilombolas mantêm sobre elas. Uma vez que os senhores de escravos abandonaram as fazendas, são eles que zelam pelas ruínas como se fossem recursos da natureza, aí colocando seus plantios de mandioca e pomares (ALMEIDA, 2008).

Não raras vezes os juízes ficam muito impressionados pelo arrazoado de documentos compilados por um historiador profissional – como aconteceu no caso dos Mashpee, relatado por James Clifford – a se basearem exclusivamente em relatos nativos para decidirem a causa. Naquela ação pretendiam “provar” os fazendeiros de que os Mashpee abriram mão de suas

terras em tratados e transações comerciais com os brancos, em contraponto às “alegações genéricas” sobre expropriação fundiária e destruição cultural brandida e registrada em laudo antropológico. A pluralidade de fontes e massa documental reunida permitiu ao perito da parte oposta aos Mashpee um exercício muito mais rigoroso e persuasivo de suas habilidades, fazendo com que o seu relato histórico parecesse aos membros do júri muito mais correto e profissional do que as intervenções dos peritos da defesa (OLIVEIRA, 1998).

Transportando a hipótese para a realidade brasileira, aqui também o olhar dos advogados seria de estranhamento face à postura antropológica manifestada no laudo de contrariar as evidências aparentemente mais flagrantes. E os juízes também ficariam tentados a acompanhá-los, já que todos esposam a legislação colonial, os títulos de terra, as plantas de sesmarias, os documentos de cartório, os relatos de fuga feitos por militares e capitães-domato e tudo o mais que constituir evidência.

É por isso que nos laudos antropológicos devem restar abordados as enormes e ingênuas expectativas quanto ao caráter probatório de determinada situação envolvendo principalmente povos indígenas, se mostrando que a documentação compulsada pelo pesquisador para reconstruir – por exemplo – o “território tradicional” é frequentemente incompleta, inconsistente e carregada de preconceitos contra os indígenas. Muitas vezes a investigação esbarra na ausência de dados ou até mesmo na destruição de fontes importantes, seja por descaso na sua conservação, seja por intenção de omiti-las ou censurá-las em razão dos interesses da sociedade envolvente. Os interesses e concepções que afluem nos documentos expressam sempre as perspectivas dos colonizados (OLIVEIRA, 1998).

Para Almeida (2008), o desafio na consecução dos laudos seria demonstrar aos demais profissionais que labutam no processo – mediante referencial teórico e metodologia própria da antropologia – que o dado a interessar a esse tipo de processo é “construído” e “não é espontâneo”, como o seria nas perícias dos demais assistentes técnicos. O trabalho de perícia antropológica tem de ser arrancado dos quadros da naturalização do conhecimento e isto pode levar a uma relação tensa com os operadores do direito.

Sem descurar e nem se intimidar com essa tensão, O’Dwyer (2008) explica que o laudo deve ser claro ao expor que a investigação antropológica exige um “exercício de estranhamento”, no qual rompe duplamente com a definição arqueológica de “vestígios” e da “evidência” como técnica jurídica, na medida em que ambas tentam oferecer uma prova ou

contraprova através de circunstâncias externas que se mostram acumuladas e relacionadas de acordo com o ponto de vista do observador.

No fazer antropológico, deve-se estudar uma sociedade em seu contexto, a partir das categorias e valores próprios dos grupos. A prova em antropologia sobre a diversidade – por exemplo - nos modos de existência coletiva é a evidência etnográfica construída a partir das categorias “êmicas” do grupo e de seus valores internos, o que implica em estudar a sociedade indígena em seus próprios termos, segundo a lógica e coerência com que aí se apresentam (O'DWYER, 2008).

Como se disse, tudo isso - quando espalhados em contraponto e para mediar interesses - gera efetivamente tensão entre as partes envolvidas, que não compete ao antropólogo acomodar ou mesmo eliminar. Bem lembrado por Carreira (2008), é tarefa jurídica essa possível “solução” para o caso, a subsumir um fato da realidade social à letra da lei. Essa exegese pertence ao direito e não ao âmbito antropologia, via esforços de conciliação registrados em laudo antropológico.

Também por recomendação expressa num dos considerandos do item 4 da Carta de Ponta das Canas, não há porque buscar eliminar essa tensão, já que a alternativa a ela seria uma simples adequação – leia-se subordinação – de um saber ao outro, que eliminaria a possibilidade do ordenamento jurídico nacional e dos aparelhos estatais serem transformados pelo confronto com os diferentes ordenamentos jurídicos sociais e políticos subordinados, com a diversidade de concepções que devem dar origem a uma mais larga diversidade de direitos.

Noutro considerando daquela missiva, resta evidente que o trabalho do antropólogo não é como de um detetive ou de um juiz, nem pretende desvelar uma verdade ou produzir um juízo ponderado em torno de diferentes posições; mas sim o de traduzir uma realidade não imediatamente compreensível, particularmente pela cultura política.

Não faz sentido para Carreira (2008) o antropólogo inibir sua pesquisa e conter os seus dados com medo do juiz ou ministro não aceitar o modo de ser de seus informantes no que se refere a construção da base espacial. Evidentemente, ao apresentar o seu laudo, o antropólogo deve elaborar uma argumentação de convencimento a munir-se de todos os meios ao seu alcance, inclusive de dados não etnográficos, quando pertinentes. Mas na qualidade de

autoridade científica, não lhe é permitido extrapolar os marcos de sua disciplina no laudo pericial.

Pode ser muito cômodo à autoridade pública que o antropólogo adiante-se e emita um juízo que caberia a ele emitir. Qualquer problema decorrente, a culpa será sempre do antropólogo. Afinal, foi ele quem disse. Foi ele quem decidiu. Para os antropólogos isso não é nada interessante e ainda põe em risco a eficácia do respectivo laudo (CARREIRA, 2008).

Convém reter, no entanto, que o antropólogo – por intermédio das perícias e consequentes laudos – não pode se furtar de servir como instrumento de diálogo entre grupos com visões de mundo, objetivos e estratégias divergentes, ainda que venha a tomar partido ao lado das sociedades que pesquisa e nos termos inicialmente abordados no item 2.2. deste trabalho, pois um posicionamento favorável é necessário para manter acesso ao campo de estudos (HERTZOG, 2007).

Mas essa atuação deve se restringir àquela dimensão ventilada por outra jurista, agora Pereira (2002) - Membro do Ministério Público Federal e mais afinada com os novos ares constitucionais - de que é a “mediação antropológica que torna o outro inteligível”, auxiliando o Estado no mister de se “abrir para o outro”, experimentado-o como tal de modo a fazer valer sua pretensão, afastando-se de uma atitude monológica e assim recuperando toda uma retórica constitucional; enfim, dando efetividade ao direito de ser diferente.

Deliberadamente iniciamos este arrazoado - que se propôs a investigar o pensamento dos antropólogos acerca do seu trabalho em juízo – com um posicionamento provocador, conservador e representativo da maior parte da classe dos juristas para, ao final, findar a exposição com uma visão emancipatória e mais afinada com a nova ordem constitucional. À evidência que se pretende com este fechamento deixar registrado que um movimento, ainda minoritário, ganha corpo na esfera jurídica e dentro do qual nos inserimos, razão pela qual iremos mais adiante oferecer alternativas para alguns dos desacertos acima reclamados.

5.4. Questionamentos atuais e recorrentes a respeito dos laudos antropológicos

Os argumentos e fatos até aqui articulados deixam transparecer que evidentemente, tanto as perícias como os seus laudos antropológicos, são modos diferenciados na produção de conhecimento dentro dos processos judiciais, em que pese a regulamentação legal da

matéria não fazer tal distinção, restando estendida abstratamente e vinculando todos os trabalhos técnicos pertinentes para o direito, assim como qualquer *expert* que preste auxílio ao magistrado no desvendamento da “verdade” perseguida dentro dos processos.

Nestas circunstâncias, não deixaremos de traçar breves considerações a respeito dos principais questionamentos que surgem no cotidiano forense, maior parte deles de ordem prática e que restaram alguns discutidos no decorrer da oficina realizada em Brasília nos dias 23 e 24 de novembro de 2009, promovida pela Escola Superior do Ministério Público da União, sob o título “O Discurso Antropológico na Afirmação dos Direitos Socioambientais”⁷³.

Por estarem a desafiar uma interlocução necessária entre direito e antropologia, segundo entendimento por nós defendido desde os prolegômenos deste trabalho, é que envidaremos todos os nossos esforços de inteligência para demonstrar que mesmo sobre os pontos mais críticos é possível sim conciliar essas duas importantes áreas do conhecimento.

Cada item que escorre logo abaixo diz respeito a um desses principais questionamentos, sempre tendo como parâmetro fático os estudos de caso trazidos à baila no capítulo anterior, tudo no sentido de se propor a construção daquilo que convencionamos chamar de “laudos emancipatórios”, descritos mais acima e particularmente nas hipóteses de crimes contra a dignidade sexual praticados por sujeitos indígenas.

5.4.1. Privatividade

Muito comum se levantar no calor das discussões processuais que o laudo sobre determinado povo, ou ainda ocupação tradicional de determinado território, não pode ficar exclusivamente nas mãos dos antropólogos, como se fossem deles o privilégio daquele conhecimento específico, se prescindido de olhares dos historiadores, geógrafos, sociólogos e demais categorias profissionais que também acabam pesquisando com modo próprio o mesmo objeto de estudo.

⁷³ Os resultados do evento encontram-se relatados no Parecer Técnico n. 011/2010, de responsabilidade da analista Pericial Elaine Amorim Carreira e devidamente disponibilizado no sítio <http://www.mpf.mp.br>, acessado em 25 de julho de 2013.

Em razão desse questionamento é que nos foros da Justiça Federal de Primeira Instância do Estado de Roraima se deferiu composição de uma equipe multidisciplinar para fins de rever o laudo originário de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, comissão essa formada por economista, geógrafo, historiador e apenas um antropólogo, obviamente vencido no seu posicionamento por ocasião da finalização daquele trabalho conjunto de peritagem a recomendar demarcação em ilhas (SILVEIRA, 2010).

Insta dizer que os resultados daquela comissão não foram sequer considerados pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Petição n. 3388, terminado em 18 de março de 2009, quando conheceu do caso e declarou válido o laudo originalmente firmado por antropólogos que, ao final, conseguiram delimitar em área contínua a terra pretendida pelas etnias Macuxi, Wapichana, Ingaricó, Taurepang e Patamona (SILVEIRA, 2010).

Aquela Suprema Corte não entrou no mérito para discutir se a perícia sobre identificação de terra indígena seria ou não privativa de antropólogo, mas por via de consequência não considerou relevante e nem apta a nulificar aquele primeiro trabalho de peritagem o argumento da ilegalidade do “monopólio” profissional, o que implica dizer que reconheceu o trabalho firmado exclusivamente por antropólogo como o único apto ao esclarecimento dos fatos controversos em juízo.

E não poderia ser diferente o posicionamento da nossa Corte Suprema na medida em que esse tipo de intervenção, com método e técnica apropriados para a questão, de articulação e envolvimento do mundo intelectual com os movimentos sociais e a mobilização de grupos étnicos, os quais reivindicam o direito à diferença cultural, à reprodução de suas práticas econômicas e sociais, bem como o respeito pelos seus saberes tradicionais, é tarefa afeita ao campo de estudo da antropologia (O'DWYER, 2010).

Ao antropólogo, e somente a ele, cabe a investigação especializada sobre a especificidade do comportamento, da organização social, dos valores, sentimentos e crenças das sociedades humanas; seu estilo de vida e cosmovisão, uma espécie de senha de acesso a outras realidades, tudo ancorada em metodologia própria e que efetivamente a distingue das outras ciências sociais (CARREIRA, 2008).

A bem do resguardo pode ocorrer caso em que - dentro do seu campo de especialidade - o antropólogo e na boa construção do seu laudo, deverá necessariamente contar com o auxílio de *expert's* de outras áreas do conhecimento, mas sempre tendo aqueles elementos

como subsidiários ao seu trabalho de conclusão, firmado e ao final rubricado sob a sua inteira responsabilidade.

Isso seria perfeitamente possível naqueles três casos de estupro por nós levantado nos foros de Roraima, quando os exames de corpo de delito a serem realizados por médicos legistas serviriam com muita propriedade ao antropólogo para esclarecer se houve ou não violência física durante o coito, a relativizar com certa segurança a presunção normativa de violência nas hipóteses de ser contra menor de idade, segundo a nossa legislação penal.

No caso concreto, e depois de resolvida a questão da violência física, quer nos parecer que toda a discussão acerca da menoridade no âmbito daquela sociedade deveria ser melhor esclarecida em sede do laudo antropológico, a servir no ponto como fundamental instrumento de defesa do acusado, como debatido nos itens 3.6 e 3.7 deste trabalho de pesquisa, e também a considerar as possibilidades de exclusão da imputabilidade e o reconhecimento do erro de proibição culturalmente condicionado.

Como veremos a seguir, o tecnicismo da prova exigida em juízo e o seu caráter científico de confiabilidade não permitem negligenciar nesse aspecto, sob pena inclusive de tornar imprestável o laudo antropológico – ainda que apoiado em outros elementos técnicos de verificação - para escopo da segurança a que se destina, com inegável prejuízo ao julgamento da causa.

5.4.2. Natureza

Em face dos arrazoados registrados particularmente no anterior item 3.4, e por amor à brevidade, não se discute mais neste trabalho a natureza jurídica de prova sobejamente emprestada pela nossa legislação processual aos laudos antropológicos. No campo do direito, tais documentos acham-se perfeitamente disciplinados dentro de uma lógica positivista e com destinação inegavelmente configurada.

E no encaminhamento das análises dos três casos levantados, por deliberado recorte epistemológico em razão dos objetivos da nossa pesquisa, os laudos que se reclamam ausentes são para efeitos de prova mesmo, muito pragmaticamente considerados e com indiscutível proveito processual para todos os acusados indígenas naqueles processos.

Agora, no âmbito da antropologia, suspeitamos que vige certo questionamento sobre a natureza, o papel e a inserção do trabalho antropológico nesses contextos processuais, mormente quando estão em disputa direitos de minorias étnicas. Na prática, não há qualquer balizamento nesse sentido e cada um se insere e atua de maneira desordenada, o que tem causado inúmeros ruídos não apenas na comunicação entre o direito e a antropologia, como entre os próprios antropólogos que, movidos por diferentes concepções do que seja a sua inserção neste cenário institucional, acabam produzindo os mais variados tipos de documentos e performances processuais (CARREIRA, 2010).

Por experiência, Oliveira (1998) percebeu que juízes, procuradores e advogados no mais das vezes aguardam dos antropólogos “respostas precisas” para questões extremamente complexas, tanto que qualificam como “perícia” as investigações que os antropólogos preferem chamar de “pesquisa”. A comparação, algumas vezes lembrada, com a chamada “perícia de paternidade”, feita através do exame de DNA, é totalmente deslocada e assustadora. Ao lidar com símbolos e práticas de uma sociedade, o laudo antropológico opera necessariamente numa escala de abstração muito diferente dos demais trabalhos técnicos em juízo, onde o objeto do conhecimento não é independente do sujeito cognoscente, nem peritos e juízes são totalmente estranhos ou indiferentes aos sentimentos e opiniões suscitadas pelos fatos por eles investigados.

Ao invés de “pesquisa”, outros antropólogos – e em determinadas circunstâncias – acreditam estarem operando na instância de uma autêntica “etnografia”, como se isso fosse possível realizar no curto espaço de tempo conferido pelos juízes aos trabalhos de campo, como veremos logo a seguir. Preocupados com a natureza dos laudos e com o propósito de orientar os trabalhos em juízo, é que os antropólogos reunidos sob os auspícios da associação Brasileira de Antropologia de Antropologia resolveram editar a Carta de Ponta das Canas (LEITE, 2005).

Mesmo não valendo como norte normativo para o universo do direito, aquele documento tem servido de diretriz prática e também ética para os construtores de laudos, a condicionar as suas ações sobre as seguintes e prévias informações: - implicações jurídicas e administrativas do laudo; limites do trabalho escrito e às suas reapropriações posteriores; condições e garantias de sua publicização; produção de inteligibilidades e interpretações a respeito do objeto pesquisado, realizando descrições densas da realidade local que dificilmente podem fugir de suas implicações contextuais.

Muito claras aquelas recomendações no sentido de se instruir os profissionais nomeados que as investigações antropológicas têm destino certo, papel perfeitamente delineado e utilidade processual bem restrita, tudo devendo ser feito por meio de diálogo direto com o agente solicitante.

Não se trata de pesquisa acadêmica como alguns podem entender e muito menos trabalho etnográfico de campo. O que se deseja mesmo – segundo termos da própria Carta de Ponta das Canas - é a produção de um saber antropológico que se define pelo diálogo, pela tradução e explicitação de categorias e discursividades nativas, sendo capaz de relacionar as categorias étnicas juridicamente formalizadas com as categorias e circuitos de relações próprios aos grupos sociais e aos contextos culturais investigados.

Nas palavras de Oliveira (1998), os laudos antropológicos constituem um gênero narrativo bem diverso das teses, monografias, ensaios, comunicações, por serem dirigidos para um público e finalidades distintas, por terem canais de financiamentos próprios, regras particulares de execução do inquérito, meios de avaliação distintos e, sobretudo, visarem produzir efeitos práticos sobre os fenômenos que estudam.

Por mais paradoxal que possa transparecer, para fins de direito o documento escrito e formal do laudo antropológico é que vale como prova, restando os esclarecimentos técnicos nele constantes como elementos informadores para um esforço de hermenêutica que será entabulado num segundo momento, distante da sua juntada nos autos e por ocasião da sua final valoração, sopesados com outros elementos do processo e para fins de decisão.

Na cabeça do operador do direito primeiro vem a seguinte pergunta: - tem prova material nos autos para sustentar com certa segurança uma decisão judicial? – atendida essa formalidade, com a existência do documento dentro dos autos, o processo continua com acusação e defesa em debate sobre conteúdo e significação daquela prova para somente lá na frente, algum tempo depois, vir o provimento jurisdicional e colocar ponto final na controvérsia dos fatos.

Num primeiro momento, e quando se delibera pela feitura de um laudo pericial, bem explica a Carta de Ponta das Canas que se deseja um documento escrito que possa traduzir uma realidade não imediatamente compreensível, particularmente pela cultura jurídica. Concluimos nós que nenhuma das partes dentro do processo está interessada na pesquisa acadêmica e muito menos nos méritos de uma etnografia; todos estão a desejar produção de

provas, formalmente materializada num documento escrito chamado de “laudo antropológico” e que restará interpretado por todos os protagonistas do mesmo processo.

5.4.3. Prazo

Tal circunstância também vem a pêlo para reforçar tudo aquilo que foi dito anteriormente, pois quer nas pesquisas acadêmicas, quer nos trabalhos de campo para uma etnografia decente, prazo exíguo é algo que não se estabelece como padrão de qualidade, considerando ele o investigador para fins de financiamento da pesquisa ou mesmo nas hipóteses de prestação de contas das suas despesas com o objeto de estudo.

Contudo, e para o direito, prazo é de inegável importância também para se por fim à demanda, pois uma vez declarada a “prescrição” de um fato não apurado em tempo hábil e assinalado legalmente, o processo será extinto com julgamento de mérito, não podendo a causa ser novamente discutida em outro processo⁷⁴. É como se o caso fosse resolvido por decurso de prazo, independentemente da verificação da ilicitude reprovável ou não naqueles acontecimentos. É que para o direito tempo está intimamente ligado com a questão da segurança jurídica, não podendo uma demanda se perpetrar indefinidamente sob pena de se violar o sentimento de pacificação social tão almejado pelos articuladores oficiais do direito (DELLEPIANE, 2004).

Notadamente aos três casos de possíveis violências sexuais anteriormente narrados, e além da possibilidade de serem atingidos pela prescrição e assim deixarem de ser analisados no mérito por transcorrência de prazo, poderia acontecer já um efeito imediato se acaso restassem deferidas dentro dos processos as respectivas perícias antropológicas.

Como desde o início das investigações todos estavam presos cautelarmente e na espera do final julgamento de mérito, uma perícia antropológica que não se realizasse dentro dos noventa dias estaria autorizando as imediatas solturas sob a condição de liberdade provisória, levando todos os acusados a responderem livres os seus respectivos processos⁷⁵.

⁷⁴ Art. 269, inciso IV, CPC; c/c. art. 414, parágrafo único, CPP.

⁷⁵ No caso de réus presos, se convencionou deliberar na jurisprudência dos nossos tribunais que o processo deles deve se findar no prazo máximo de noventa dias, sob pena de aguardarem em liberdade o resultado final da sua instrução criminal (NUCCI, 2012).

Desse modo, tempo implica em diversas significações e efeitos para todos os campos do conhecimento. Por exemplo: - para um economista, tempo é dinheiro; e para o jurista, como visto aplicado nos casos pesquisados, tempo é um importante elemento não apenas na promoção da segurança, mas sempre trabalhado a favor dos interesses pessoais do réu.

Sem adentrar na questão da temporalidade para os estudos de antropologia, o tempo de produção do trabalho antropológico será definido caso a caso, de acordo com o objeto sobre o qual se vai produzir o conhecimento. Ou seja, não existe tempo padrão, podendo variar de um dia a um ano. O importante a ressaltar quanto a esse questionamento é que, seja qual for esse tempo, ele tem de ser respeitado, tanto pelos operadores do direito quanto pelos antropólogos, porque não se trata de uma idiosincrasia pessoal, mas de uma exigência metodológica da própria produção do conhecimento que interessa ao mundo jurídico, devendo a demanda temporal ser bem esclarecida, demonstrada e devidamente justificada pelo antropólogo em seu plano de trabalho (CARREIRA, 2010).

Como bem salientou Carreira (2010), essa questão também diz respeito, sobretudo, à ética profissional, pois a depender das condições em que um trabalho é produzido, ele deixa de ser científico e já não pode – ou pelo menos não poderia nem deveria – ser veiculado como tal.

Ainda lembrado por Almeida (2008), tempo foi um dos fatores que levaram a Procuradoria Geral da República a firmar já em 1987 o convênio com a Associação Brasileira de Antropologia, dando-se preferência na escolha de peritos antropólogos que tivessem investimento anterior na área objeto da disputa, muito abreviando o período de investigação que se deveria empreender em campo.

Mas isso implica em outro questionamento acerca da construção dos laudos dentro dos processos, relativamente à condição de auxiliar do juízo julgador que se encontra respaldado o antropólogo e a sua parcialidade para “opinar” sobre o caso, como veremos a seguir.

5.4.4. Imparcialidade

Laborando por interpretação extensiva a partir do art. 423 do nosso Código de Processo Civil, Almeida (2008) considerou que o médico – por exemplo – não pode ser perito de seus pacientes. Para ele, parece ser um indicativo legal de que a prova não existe

independentemente de quem a interpreta, ou há um temor de que a relação face a face afete a objetividade exigida pelo direito.

Ora, se isto fosse tomado *ipsis litteris*, os antropólogos não poderiam estudar os grupos que estivessem investigando e assim iriam contrariar os termos do convênio firmado entre a Procuradoria Geral da República e a Associação Brasileira de Antropologia, justamente com um dos objetivos de se tornar céleres os processos judiciais e se ganhar tempo na empresa dos laudos.

Aqui, prossegue Almeida (2008), parece aumentar o fosso entre o manual positivista e as normas que orientam o trabalho de campo em antropologia. Os esforços do legislador são de tratar o método científico como conjunto de regras fixas que apontam para a “verdade da prova”, como por nós afiançado e articulado nos anteriores itens 5.2 e 5.3.

Na mesma direção, Carreira (2010) observou que a credibilidade do discurso antropológico tem sido alvo de uma série de desconfiâncias e suspeitas que, infelizmente, já não são exclusivas dos setores contrários à afirmação de direitos socioculturais. Para ela e a esse respeito, dois problemas se destacam: um é de natureza epistemológica e o outro de natureza político-ideológica. E aqui a epistemologia, apesar das especificidades, é do interesse também dos operadores do direito na medida em que está na base dos problemas de comunicação que muitos sentem quando lêem os trabalhos antropológicos.

As autoridades públicas devem saber, e para elas deve ser explicado ainda que seja no bojo dos respectivos laudos, que o trabalho executado pelo antropólogo exige uma relação de confiança com a população que é objeto de seu interesse de estudo, isto é, trata-se de uma relação que pode ser comparada com a de um sacerdote que ouve uma confissão ou de um psicanalista que escuta o seu paciente. O antropólogo atinge seus objetivos quando, fundamentado na atenção respeitosa e no conhecimento que adquiriu das múltiplas formas da vida social, consegue ouvir de seus informantes não discursos estereotipados e pragmáticos, e sim algo que reflete, de maneira mais livre, suas opiniões e o seu pensamento, estando mais próximo, portanto, de uma manifestação relativamente livre, o que os antropólogos, algumas vezes, chamam do “ponto de vista do nativo” (OLIVEIRA, 2012).

Não se furtando a enfrentar o questionamento da parcialidade e nem mesmo negando a existência de peritos suspeitos, a Associação Brasileira de Antropologia, exatamente no corpo

da Carta de Ponta das Canas, assim se manifestou acerca dessa responsabilidade social dos seus profissionais:

Tendo em vista as peculiaridades do trabalho antropológico, a empatia e os longos períodos com os grupos estudados e principalmente a sua vocação crítica, a ABA, como associação científica e profissional reconhecida pelo engajamento na luta contra a discriminação, deve manifestar-se sobre as acusações de suspeição ao trabalho dos seus associados que lhes impeçam de desempenhar as suas atividades características e pertinentes.

Na tentativa de conciliar interesses e não deixando de respeitar os termos da legislação que regula os casos de suspeição, pretende se manifestar a ABA – na condição de tribunal ético dos antropólogos – em todas as acusações de suspeição dos seus membros, se arvorando na condição de agente político e representante da categoria, assim como interlocutora matriz com os agentes que operam no judiciário.

Por imperativo legal, ninguém pode negar que cabe arguição de suspeição contra o antropólogo perito, mas a depender do caso concreto e atendidas aquelas cautelas de ordem institucional. Relativamente aos três casos por nós estudados no capítulo anterior, somente se poderia falar de antropólogo suspeito e mesmo impedido para eventual laudo requerido, se acaso parente de algum daqueles atores do processo ou interessado direito na causa, segundo os ditames da nossa Lei Adjetiva Civil, todos indicativos de interesse privado e individual no deslinde do processo por parte do profissional *expert*⁷⁶.

Como nos estudos processuais realizados no quarto capítulo os fatos imputados cingem-se à pessoa do indivíduo índio, não há que se falar com racionalidade em suspeição de possível perito que tenha pesquisado – por exemplo – as ordens coletivas de certo povo indígena, sua organização social, línguas, crenças e tradições.

O fato de conhecer com profundidade as particularidades da comunidade e ter convivido entre eles por determinado tempo não faz do antropólogo um agente suspeito *a priori* para descrever todo um referencial cultural em que se encontra o acusado do processo criminal. Ao revés; em muito contribui para a segurança do magistrado na hora de decidir e grava com rigores de cientificidade apurada o seu trabalho de peritagem.

⁷⁶ Recomenda-se ao leitor que consulte ao rol taxativo dos arts. 134 e 135; c/c. com o art. 138, todos do CPC.

5.4.5. Subjetividade

Intimamente ligados aos argumentos de suspeição, estão os questionamentos acerca da subjetividade jacente dos laudos antropológicos, em alguns momentos criticados por pouca objetividade e carregados por um viés ideológico.

Abstraindo-se da objeção colocada contra o trabalho daquele perito dentro dos processos, igual restrição se pode levantar também contra os magistrados que decidem as causas, porquanto informados por valores sociais não descartáveis e que lhes servem de base para construir uma “sentença justa”. Não há como se proferir uma decisão humana sem apego à subjetividade na valoração de fatos e provas, sendo perfeitamente compreensível e legítimo – lembrando novamente que estamos tratando da função jurisdicional - que no exercício do poder de julgar o profissional venha a se valer de parâmetros muito pessoais para justo ou injusto; certo ou errado; bem ou mal (BITTAR, 2004).

Por vezes encontramos reclamações no meio forense de partes descontentes com sentenças judiciais, pareceres do ministério público e mesmo peças de defesa, ou outros arrazoados jurídicos, completamente desprovidos de “objetividade” e politicamente “comprometidos”, como se fosse possível produzir em juízo argumentos objetivamente “puros” e sem conotações ideológicas.

Acerca do caráter subjetivo e incerto das perícias antropológicas, Oliveira (2012) acha importante retomar uma reflexão de fundo, a fim de especificar a natureza dos fenômenos sociais e dos conhecimentos que elas produzem. O antropólogo tem de ouvir as falas de muitas pessoas de uma coletividade e observar cuidadosamente o seu comportamento, para assim estar apto a indicar um conjunto de possibilidades culturais.

Em sua atividade analítica, deverá chegar a descrever, por meio da abstração e da síntese, certos padrões de pensamento e de ação, a serem testados empiricamente. Como qualquer pessoa, e por exemplo um indígena, pode perfeitamente formular certos pensamentos num dado contexto, mas modificar o que disse quando a situação se altera. Obviamente, a variabilidade das manifestações culturais em face de diferentes contextos se reflete também no trabalho de investigação realizado pelo antropólogo, o que não significa subjetividade na sua interpretação daqueles fatos (OLIVEIRA, 2012).

A respeito desses movimentos e suas influências que podem permear a pesquisa antropológica, Carreira (2010) arrola uma série de variáveis, destacando a influência dos próprios pesquisados sobre os resultados de sua pesquisa que – a depender do seu ponto de vista – vai eleger alguns aspectos mais relevantes e interessantes em detrimento de outros. Para nós, continua ela, trata-se de uma lacuna epistemológica tão notória quanto incômoda que tem trazido inúmeros ruídos na comunicação com o nosso público, constituído, majoritariamente, por não-antropólogos.

Sobretudo porque na falta de referências adequadas os antropólogos têm se pautados por parâmetros próprios da construção do discurso acadêmico – praticamente o único que conhecem -, ou, o que é pior, acabam ficando sem parâmetros mesmo. E aqui surgem as impropriedades, a começar pela construção do objeto de estudo que – no caso da pesquisa pericial – passa necessariamente pela demanda jurídica e pela sua transformação em uma questão de antropologia, passível de ser estudada. Sem esse processo da passagem do jurídico para o antropológico a pesquisa corre o sério risco de ficar sem foco e de não responder o que tem de ser respondido. Além de comprometer a construção do próprio discurso. Com efeito, essa é uma das razões que faz do discurso pericial em antropologia ser - via de regra - híbrido, oscilando entre um texto antropológico, um texto jurídico e um texto histórico; uma narrativa eclética que fala genericamente de tudo um pouco, como se fosse possível falar de antropologia para um público leigo. Em outras palavras, é como se os antropólogos não possuíssem um discurso para comunicar conteúdos eminentemente antropológicos para um público situado fora daquele campo de conhecimento (CARREIRA, 2010).

E ao campo pericial, o que menos interessa é uma narrativa híbrida e generalista, porque “perícia” – como vimos anteriormente - sempre pressupõe um estudo especializado. Portanto, o aprofundamento e ênfase devem ser dados às referências empíricas, uma vez que somente elas podem trazer evidências simbólicas que permitirão enxergar e revelar a diferença do outro. Sem elas, qualquer argumento que o antropólogo apresentar soa inconsistente e arbitrário, principalmente aos leitores leigos (OLIVEIRA, 2007).

Nos processos específicos trazidos no quarto capítulo, e se laudo antropológico tivesse sido deferido, deveria ele se ater sobre a ocorrência ou não de violência no caso concreto e o seu significado no contexto social em que foi cometida a injusta agressão. Com relação às práticas sexuais contra “menores”, esclarecer se esta última categoria é também compartilhada com aquele povo e a até que ponto se encontra compreendida entre os

interditos de natureza sexual. Mas tudo de maneira muito objetiva, clara e sem devaneios teóricos e ainda conceituais, mostrando que esses dados são sempre subsidiários à pesquisa empírica em antropologia e nunca o contrário.

5.4.6. Quesitação

Justamente para fugir da subjetividade é que nossa legislação se propõe a cercar os objetos investigados na peritagem por intermédio dos quesitos, que são meras questões formuladas tanto pela autoridade quanto pelas partes envolvidas no processo acerca de pontos específicos, a exigirem respostas objetivas ou mesmo opiniões e pareceres sobre determinado assunto (NUCCI, 2012).

Nessa fase se formulam os lindes do laudo, onde as partes solicitantes vão expor aquilo que esperam da análise antropológica, seus desejos de resposta naquele caso concreto e efetivamente qual é, afinal, a demanda. Mas para o operador do direito quesitar é especificar sua demanda, de modo inteligível para os antropólogos, é preciso que ele tenha um mínimo de noção do que a antropologia pode oferecer. E aqui entra a necessidade imprescindível de diálogo (CARREIRA, 2010).

Esclarece ainda Carreira (2010) que a pergunta dos envolvidos no processo muitas vezes vai ser desenhada ou redesenhada na conversa com o antropólogo. Uma conversa que lhe servirá, inclusive, para avaliar a pertinência em solicitar a análise antropológica e, ainda, perceber até onde pode contar com o respaldo da antropologia que, evidentemente, impõe limites. Por isso, o que é possível e legítimo fazer é afinar a demanda conjuntamente, contudo, é preciso ter o cuidado em não permitir que a expectativa dos profissionais do direito engesse a pesquisa, uma vez que poderá comprometê-la e até inviabilizá-la.

Mas acontecerão casos em que esse diálogo não ocorrerá, forçando-se o antropólogo - em algumas oportunidades - a invadir campos que não lhe pertencem como objeto de estudo, ou ainda a dar certas definições que, a rigor, vão muito além dos lindes de uma perícia antropológica. Nessas hipóteses, não fica o perito obrigado a responder. Como dito por Carreira (2008), é melhor que não se responda mesmo, pois num processo a má informação pode se reverter contra aquela causa a qual o antropólogo está empenhado em defender. É o princípio da precaução, pois esse profissional não deve e nem pode assumir uma responsabilidade que não é sua, dar respostas e sugerir soluções sobre questões não

pertinentes ao seu campo de atuação, para evitar prejuízos às partes envolvidas no próprio processo. O rito processual é muito solene, e o antropólogo deve saber o lugar dele nesse ambiente de formalidades.

Entendimento esse reforçado por Hertzog (2007) na medida em que um laudo antropológico não necessariamente precisa colocar ponto final em uma problemática. Talvez esse nunca tenha sido o objetivo da antropologia e, quem sabe, ela não tenha mudado tanto assim, exceto pelo notável aumento do número de pessoas com ela envolvidas, pela multiplicação de especializações e estilos diferentes de se pesquisar e pelas mudanças nas condições objetivas das sociedades que abrigam o campo de pesquisa.

Particularmente aos processos por nós relatados, e reiterando a objetividade defendida no item anterior, os quesitos que eventualmente deveriam ser formulados naqueles casos concretos tinham que ser escritos no sentido de aquilatar se os agentes acusados tinham consciência da prática de crime segundo a legislação nacional, e ainda se estavam agindo dentro dos parâmetros morais estabelecidos pelas suas comunidades nativas.

Obviamente que o encaminhamento daquelas perguntas deveria seguir na trilha do que realmente interessa para o processo, ou seja, esclarecimento se ocorreu ou não, em cada circunstância concreta, alguma das possibilidades legais para exclusão da imputabilidade ou mesmo reconhecimento do erro de proibição culturalmente condicionado, a revelar o grau de reprovação de cada um dos acusados segundo usos, costumes e tradições da sociedade em que estão inseridos.

5.4.7. Contra-laudo

A possibilidade da feitura de contra-laudos dentro dos mesmos processos decorre de alguns princípios fincados pelo direito, de ordem legal inafastável e que diz respeito à sua estrutura dialética. Está intimamente ligado com o exercício permanente do contraditório da prova e do livre convencimento do juiz, não necessariamente vinculado aos termos da primeira perícia entabulada em juízo, razão principiológica para aquilo que se convencionou chamar entre juristas de respeito ao devido processo legal (CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, 1990).

Como o assunto não comporta mais abertura para efeito de relativização, segundo consta dos nossos argumentos declinados no item 5.2 deste trabalho, a premissa por ora exposta e tida como manifestamente válida é a de que qualquer laudo pericial, aí incluído o antropológico, comporta sim impugnação, questionamentos de mérito e até reformulação.

Sem embargo do mal-estar que esse embate técnico possa causar entre os profissionais da antropologia, antropólogos do estofo de Oliveira (2012) trabalham há muito tempo dentro dessa lógica processual, acreditando que há laudos antropológicos mal feitos e eles podem (e devem) ser refeitos, assim como existem sentenças dadas por juízes que se mostram equivocadas e são corrigidas por instâncias superiores.

No campo de atuação das perícias antropológicas sempre se está em meio a um processo de confrontação de provas e argumentos, assim como de correções efetuadas por pares e de respeito às hierarquias e às normas ditadas pela comunidade científica. Os laudos que não se conformarem com tais exigências devem ser reavaliados e até mesmo questionados em suas conclusões e procedimentos, uma vez que o antropólogo pode ser contratado por qualquer uma das partes envolvidas nos processos que demandam perícias, isto é, por uma empresa, um sindicato ou o próprio estado (OLIVEIRA, 2012).

E a última palavra a respeito desse debate com viés eminentemente antropológico sobre o mesmo objeto de investigação sempre compete ao juiz presidente da causa que, com base em argumentos bem apresentados, cuja solidez não depende de quem contrata a perícia, deve decidir com imparcialidade. Em geral, os magistrados acabam se valendo de peritos nomeados por eles próprios, a funcionarem na condição de seus auxiliares diretos e acobertados por todos os condicionamentos legais que o caso requer.

Assim é porque as conclusões que o antropólogo formula não são dados eternos, imutáveis; pois o que um grupo humano demanda em determinados momentos e circunstâncias concretas podem perfeitamente se modificar em outros. Estratégias políticas, por exemplo, defendidas pelos indígenas estão relacionadas a contextos precisos, a serem tratados em processos administrativos específicos. Mudar é parte do viver, da adaptação a situações que se renovam. Particularmente as sociedades indígenas não vivem congeladas em museus e precisam se adaptar às alternativas que se apresentam hoje no país (OLIVEIRA, 2012).

E particularmente aos nossos processos relatados no capítulo anterior, e se laudo tivesse sido deferido, poderia atestar – em alentada hipótese – de que aqueles indígenas acusados de estupro também se pautavam pelos valores estabelecidos em nosso Estatuto da Criança e do Adolescente, assimilando por vias de interação normas acautelatórias acerca da idade dos menores dentro das suas respectivas comunidades.

5.5. Laudo antropológico nas hipóteses de crimes contra a dignidade sexual

Os modelos de laudo que propomos desenvolver neste espaço seguem informados pelos critérios emancipatórios anunciados no descortinar deste capítulo, ou seja, no sentido de superar a monocultura até agora patrocinada pelo estado, tendo a solidariedade humana como forma de conhecimento, e ainda o respeito à diferença e aos valores particulares de cada pessoa como direito fundamental a ser efetivado dentro dos processos judiciais criminais. Essa atenção mais destacada com o indivíduo indígena é algo ainda em aberto no campo da antropologia, tanto que a Carta de Ponta das Canas não traz qualquer orientação nesse sentido, havendo praticamente um vazio metodológico sobre o tema.

Também na seara do direito oficial, em que pese estruturado inteiramente na proteção do indivíduo, não se encontra qualquer normatização específica e vigente sobre laudos para a pessoa do índio ou qualquer outro representante das minorias étnicas, tendo nós notícia de que há projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional que a rigor deverá tratar desta matéria em sede de um possível e novo Código de Processo Penal (CASTILHO & COSTA, 2009)

Bem se vê que o ineditismo com o trato desse tipo de laudo, com estudos incidentes sobre individualidades indígenas, encerra dificuldades e suscita dúvidas de ordem prática em ambos os campos de trabalho, mas particularmente à antropologia justifica Oliveira (1998) que, ao contrário do psiquiatra, o antropólogo lida mesmo com coletividades, não com indivíduos isolados, sendo a sua função a de mostrar como tais grupos se estruturam internamente e no seu relacionamento com outros.

Na sua compreensão, esses laudos bem característicos - tratando especificamente das individualidades indígenas - somente serão possíveis de ser realizados desde que passando pelas coletividades a que pertencem, resgatando as normatizações e sentimentos pelos quais o grupo avalia a performance de cada um seus membros.

Mesmo encaminhamento pode se verificar na doutrina do direito, até porque os provimentos judiciais devem sempre levar em conta os valores e expectativas de justiça da sociedade que será destinatária dos efeitos daquela decisão, porquanto ser escopo primeiro do direito justamente a sua pacificação social (MALISKA, 2000).

Nesse aspecto, quer nos parecer que tanto a racionalidade antropológica quanto a lógica jurídica recomendam que os laudos estudantes de individualidades, devem necessariamente dar voz à sociedade que receberá o influxo da decisão judicial, pois quem deveria ficar ou não chocada com os acontecimentos supostamente reprováveis é aquela comunidade onde se realizou o evento danoso, na qual se inserem vítimas e acusados, todos pertencentes do mesmo povo.

A partir dessa oitiva societária, quer seja tomada na pessoa das suas lideranças comunitárias, quer seja através de deliberação das suas assembléias, é que será possível ao magistrado aquilatar o grau de justiça e de conforto social que deverá constar na sua vindoura sentença, dependendo desse juízo de cautela toda a eficácia do trabalho jurisdicional no meio social que irá receber aquela decisão, justamente a sociedade que arcará doravante com os prejuízos e ressentimentos dos fatos delituosos, ainda tendo que se reconfigurar a fim de acomodar todos os envolvidos do caso, segundo os seus usos, costumes e tradições.

Obviamente que o ideal de justiça seria que em casos tais se fizesse valer o julgamento da comunidade, com suas reprimendas e conseqüências ainda que não alinhadas com o nosso sistema de direito, na esteira do “pluralismo jurídico formal igualitário” apresentado no anterior item 3.2 deste trabalho e também de cunho nitidamente emancipatório. Demonstramos naquela oportunidade ser isso possível juridicamente, desde que haja certo esforço de hermenêutica por parte dos intérpretes oficiais da nossa constituição.

Outra cautela nos casos de laudos antropológicos individuais criminais é quanto ao trabalho de campo que, além de procurar demonstrar o sentimento da comunidade sobre os acontecimentos e registrar eventual indignação (ou aceitação) com o fato tipificado pela nossa legislação como punível, deverá ainda procurar investigar as circunstâncias e motivações pessoais que desencadearam o caso em particular, jamais no sentido de se substituir ao poder de polícia do estado ou mesmo funcionar o laudo como uma peça de acusação.

É que tais elementos se mostram de salutar utilidade prática ao magistrado presidente do feito quando for prolatar a sua final decisão, oportunidade em que se baseará em

informações concretas e personalíssimas para auferir imputabilidade do réu ou ainda ocorrência de possível erro de proibição por conduta culturalmente condicionada, empreendimento para justamente verificar se no caso concreto se pode ou não atribuir culpabilidade ao réu, conforme critérios por nós registrados nos passados itens 3.6 e 3.7 deste trabalho.

Mas tudo com muita sutileza e discrição nas hipóteses de crimes contra a dignidade sexual, podendo ainda no corpo do referido trabalho técnico se omitir nomes e fontes de informações dentro da ordem social pesquisada, porquanto se tratar de assunto muito delicado, íntimo e por vezes até proibido de se falar no seio comunitário, segundo termos problematizados e também relativizados pelo nosso anterior item 4.5.

Além de preservar a moralidade social e individual com a omissão de fontes internas, o laudo nesses casos pode ainda deixar de responder quesitos que entenda o antropólogo – dependendo da sociedade pesquisada e desde que devidamente fundamentado – atentadores à respectiva organização social, crenças e tradições daquele povo.

Seria um trabalho de peritagem em termos muito próximos de outra categoria de pessoas vulneráveis, como as nossas crianças e adolescentes consideradas em juízo. Nesta hipótese de investigação, toda a avaliação das pessoas e fatos – também de conotação sexual - é feita por equipe técnica interdisciplinar, não necessariamente com respostas diretas a quesitos, em que pese sempre terminar o levantamento com alguma conclusão bem objetiva⁷⁷.

Evidentemente que o trabalho continua sendo privativo e de inteira responsabilidade do antropólogo, podendo ele ser auxiliado por profissionais de outras áreas do conhecimento (vide item 5.4.1), dispensando-se de resposta aqueles quesitos que julgar impertinentes para o caso, na medida do que restou considerado pelo nosso anterior item 5.4.6.

Enfim, o registro veio à baila para demonstrar que nos casos de investigação que atente contra a intimidade de pessoas vulneráveis, é possível sim se dispensar a técnica da quesitação para se basear noutro modelo de peritagem, mais contextualizado e humanista, sem contudo deixar de ser conclusivo. E não há nenhuma ilegalidade nisso, desde que justificado metodologicamente no corpo do respectivo laudo antropológico.

⁷⁷ A respeito dessa modalidade de avaliação, se confira os termos disciplinados pelos arts. 50, par. 3º e 4º; 101. Par. 5º; 121, par. 1º; 166, par. 7º; e 197, alínea “c”, par. 2º, todos do nosso atual Estatuto da Criança e do Adolescente.

6. CONCLUSÃO

Não há como concluir o presente trabalho de pesquisa sem novamente se reportar aos estudos de casos examinados, assim como às análises jurisprudenciais feitas anteriormente, uma vez que bem ilustram as dificuldades tanto dos profissionais da antropologia como ligados ao mundo jurídico em lidar com direitos individuais em sede de laudos antropológicos.

Na primeira hipótese, demonstramos que os antropólogos se sentem muito mais à vontade para trabalhar com coletividades do que propriamente pesquisar comportamentos e valores culturais de um único membro de determinada comunidade, restando evidente essa constatação pelo vazio recomendatório e também ausência de debates dentro da própria Associação Brasileira de Antropologia – ABA.

A demanda por laudos antropológicos individuais tende aumentar na medida em que, aprovada proposta do novo Código de Processo Penal dentro do Congresso Nacional, não se dará continuidade em processo criminal sem a realização daquele tipo de perícia técnica, sob pena de nulidade por ausência de indispensável condição de procedibilidade. Então, os profissionais da antropologia devem se preparar para essa nova realidade normativa, a repensarem sua metodologia de trabalho em campo com vistas a dar maior visibilidade ao indivíduo processado criminalmente.

Na seara do direito, o encaminhamento de esforços é no sentido inverso, ou seja, nortear mentalidade para compreender e deliberar sobre direitos coletivos, ainda mais de sociedades pautadas numa lógica de vida muito diferente dos valores judaico-cristãos, porquanto ser da tradição do ocidente operar dentro de um sistema eminentemente contratual e excludente, promovendo individualidades privadas e defendendo o egoísmo de interesses.

É que as individualidades entendidas e sopesadas nos processos criminais que envolvem indígenas não podem ser descontextualizadas do seu funcionamento comunitário, motivo pelo qual compreender a ordem moral daquela coletividade – com vistas ao esclarecimento da potencial consciência ou não do ilícito praticado – é uma necessidade que atende agora a uma importante categoria de direitos individuais, notadamente os de natureza fundamental e ligados ao amplo exercício de defesa nas ações penais.

Como sujeitos de direito, os indígenas com muita competência se apropriaram do discurso dos direitos humanos a fim de promoverem - por ocasião com o encontro com a nossa sociedade - igualdade positiva, no sentido de lhes restarem conferidos os mesmos direitos de qualquer outro cidadão brasileiro, trazendo ao debate justamente a sua condição de índio para ficar assegurado o seu direito à diferença em contraste com o sistema oficial, abstrato e genérico de normas (igualdade negativa).

Tradicionalmente antropologia e direito, quando chamados a operar com essas minorias étnicas, infelizmente na prática enxergam o problema por lentes diversas. Enquanto na primeira área do conhecimento se privilegia o estudo da coletividade, na outra se valoriza a individualidade e o mérito do sujeito, muitas vezes contra o interesse da maioria.

Refletindo detidamente sobre aqueles três estudos de caso relatados, imaginamos que o atual período civilizatório está a exigir tanto da antropologia quanto do direito uma guinada de foco e principalmente na metodologia de trabalho. Do antropólogo se espera laudos mais objetivos e específicos para aquelas situações comunitárias que acabam também repercutindo no sistema de direito do estado, e que se encontrem judicializadas particularmente nos processos criminais, a indicar sujeitos bem determinados e fatos circunstancialmente delimitados.

Noutro extremo, do operador do direito se requer uma sensibilidade hermenêutica mais humana e solidária, dando voz a essas coletividades étnicas para entender e pontuar suas diferenças dentro dos processos, não medindo esforços para se construir no caso concreto decisões mais justas possíveis, segundo costumes, crenças e tradições da comunidade efetivamente destinatária do provimento jurisdicional.

Enveredando-se por esse rumo, os profissionais que se imbricam nesta conclusão vão ter o mérito de construir um novo modelo de investigação por peritagem, representada num documento fundamental para o processo criminal que podemos designar de “laudo antropológico emancipatório”.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Breno de. Peritos e perícias: ovo capítulo de (dês) naturalização da antropologia – a luta contra positivistas e contra o empirismo vulgar. SILVA, Gláucia Silva (org.). **Antropologia extramuros** - novas responsabilidades sociais e políticas dos antropólogos. Brasília: Paralelo 15, 2008.

ARIÉS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

ASSIS, Olney Queiroz; KUMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas** – vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica** - ética geral e profissional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOAS, Franz. **Antropologia cultural**. Tradução de Celso Castro. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 14. ed. São Paulo: Campus, 2004.

BOHANNAN, Paul. A antropologia e a lei. **Panorama da antropologia**. Traduzida de Anthropology Series: forum lectures in the voice of America. rasil/Portugal: Editora Fundo de Cultura S.A., 1966.

BECKER, Simone. Breves reflexões sobre intervenção e ética nos laudos antropológicos. LEITE, Ilka Boaventura (org.). **Laudos antropológicos em debate**. Florianópolis: NUER/ABA, 2005.

CALERA, Nicolás López. El concepto de derechos colectivos. GARCÍA, Manuel Calvo (coord.). **Identidades culturales y derechos humanos**. Madrid: Dykinson, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Vol. 1, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARREIRA, Elaine Amorim. O lugar da antropologia no campo multidisciplinar do laudo pericial. SILVA, Gláucia (org.). **Antropologia extramuros: novas perspectivas sociais e políticas dos antropólogos**. São Paulo: Paralelo 15, 2008.

_____. **Parecer Técnico n. 011/2010**. Disponível em <http://www.mpf.mp.br>, acesso 25.07.2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer F. Martins da. O Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 46, n. 183, jul./set. 2009.

CASTRO, Marcela Baudel de. A culpabilidade dos indígenas à luz das exculpantes penais. Disponível <http://jus.com.br/revista/texto/23972>, acessado em 30.05.2013.

CINTRA, Antonio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: RT, 1990.

CIRINO, Carlos Alberto Marinho (coord.). **Diagnóstico etnoambiental da Terra Indígena Malacacheta**. Boa Vista: UFRR/NUHSA, 2004. Mimeografado.

CLAVERO, Bartolomé. Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas. BERRAONDO, Mikel (coord.). **Pueblos indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORTELLA, Mário Sérgio; LA TAILLE, Yves de. **Nos labirintos da moral**. São Paulo: Papyrus, 2009.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1986.

CUNHA Jr., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAL POZ NETO, João. Antropólogos, peritos e suspeitos. SILVA; O. S., LUZ, L., HELM, C. V. (org.). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: UFSC, 1994.

DAVIS, Shelton (org.). Antropologia do direito. **Estudo comparativo de categorias de dívida e contrato**. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

DEBERT, Guita Grin. Ética e formação do antropólogo. SILVA, Glaucia (org.). **Antropologia extramuros**: novas perspectivas sociais e políticas dos antropólogos. São Paulo: Paralelo 15, 2008.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Tradução de Erico Maciel. Campinas: Minelli, 2004.

DE LUCA, Lucyana M. Pepe Affonso. Apontamentos sobre direito penal e processual penal em face de indígena. VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Jus Podium, 2011.

DIMOUIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

FARAGE, Nádia. Os Wapishana nas fontes escritas: histórico de um preconceito. BARBOSA, Reinaldo Imbrozio, *et al.* (orgs.). **Homem, ambiente e ecologia no Estado de Roraima**. Manaus: INPA, 1997.

FERRAZ Jr., **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio e Janeiro: LTC, 2008.

_____. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. Tradução de Vera Mello Joscelyne. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GRECO, Roberto. **Curso de direito penal**. Vol.1. Niterói: Impetus, 2009.

GUARAGNI, Fábio André. Culpabilidade: tratamento jurídico-penal do indígena. **Hiléia** – Revista de Direito Ambiental da Amazônia, ano 8, n. 15, jul./dez. 2010, pg. 99-109.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HERTZOG, Werner Bergamin. Nativos e laudos: o trabalho do antropólogo, ontem e hoje. FLEISCHER, Soraya; SCHUCH, Parice; FONSECA, Cláudia (orgs.). **Antropólogos em ação: experimentos de pesquisa em direitos humanos**. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

HOEKEMA, André J. Hacia um pluralismo juridico formal de tipo igualitario. **El outro derecho**. 26 e 27. Bogotá: ILSA, 2002.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos** – uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: CIA das Letras, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LARAIA, Roque de Barros. Apresentação. SILVA; O. S., LUZ, L., HELM, C. V. (org.). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: UFSC, 1994.

_____. Ética e antropologia. LEITE, Ilka B. (org.). **Ética e estética na antropologia**. Florianópolis: PPGAS-UFSC, 1998.

LEITE, Ilka Boaventura. Os laudos periciais – um novo cenário na prática antropológica. LEITE, Ilka Boaventura (org.). **Laudos antropológicos em debate**. Florianópolis: NUER/ABA, 2005.

LIMA, Galvani Pereira de; SANTOS, Raimundo Nonato G. dos. A criança indígena e sua relação com a sociedade do Vale do Rio Branco nas suas primeiras décadas do século XX. VIEIRA, Jaci Guilherme (org.). **O rio Branco se enche de história**. Boa Vista: UFRB, 2008.

LIMA, Roberto Kant de. Por uma antropologia do direito no Brasil. FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). **Pesquisa científica e direito**. Recife: Massangana, 1983.

LIZOT, Jacques. **O círculo dos fogos** – feitos e ditos dos índios yanomami. Tradução de Beatriz Perrone Moysés. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

MACHADO, Lia Zanotta. Sexo, estupro e purificação. **Caderno Série Antropologia**, nº 286, Brasília, 2000.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo jurídico e direito moderno** – notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade. Curitiba: Juruá, 2000.

MARTIROLLO, L. Diritto giudiziario italiano. LESSONA, Carlo (comp.). **Manuale delle prove in materia civile**. Vol. 2 Roma: Fratelli & Camelli, 1898.

MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. **Da prova penal** – teoria e prática. Campinas: Julex, 1978.

MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: RT, 2009.

NÓBREGA, Adriana Carneiro da Cunha Monteiro. Minorias e direito internacional de direitos humanos. **I Jornada de Direito Internacional**. Brasília: TRF 1ª Região, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11 ed. São Paulo: RT, 2012.

NUNES, Angela M. O lugar da criança nos textos sobre sociedades indígenas brasileiras. SILVA, Aracy Lopes da, *et al.* (orgs.). **Crianças indígenas: ensaios antropológicos**. São Paulo: Global, 2002.

O'DWYER, Eliane Cantarino. O caso dos laudos: pesquisa aplicada ou exercício profissional da antropologia? SILVA, Glaucia (org.). **Antropologia extramuros: novas perspectivas sociais e políticas dos antropólogos**. São Paulo: Paralelo 15, 2008.

_____. **O papel social do antropólogo:** a aplicação do fazer antropológico e do conhecimento disciplinar nos debates públicos do Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: E-papers, 2010.

OLIVEIRA, Luís R. Cardoso de. A antropologia fora da academia. SILVA, Glaucia (org.). **Antropologia extramuros:** novas perspectivas sociais e políticas dos antropólogos. São Paulo: Paralelo 15, 2008.

_____. O ofício do antropólogo, ou como desvendar evidências simbólicas. **Caderno Série Antropologia**, nº 413, Brasília, 2007.

OLIVEIRA, João Pacheco de. O antropólogo como perito: entre o indianismo e o indigenismo. L'ESTOILE, Benoit; NEIBURG, Frederico; SIGAUD, Lygia (coord.). **Antropologia, impérios e estados nacionais.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, FAPERJ, 2002.

_____. Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades de trabalho do antropólogo em laudos periciais. OLIVEIRA, João Pacheco de (org.). **Indigenismo e territorialização:** poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

_____. Perícia antropológica. LIMA, Antonio Carlos de Souza (coord.). **Antropologia e direito:** temas antropológicos para estudos jurídicos. Brasília: Contra Capa/LACED/ ABA, 2012.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de Oliveira. **A sociologia do Brasil indígena.** Brasília/Rio de Janeiro: UNB/Tempo Brasileiro, 1978.

_____. **O trabalho do antropólogo.** 3. ed. Brasília/São Paulo: Paralelo 15, Unesp, 2006.

OLMEDO, Jorge A. Clariá. **Tratado de derecho procesal penal.** Vol. 1. Buenos Aires: Ediar, 1960.

PARAÍSO, Maria Hilda. Reflexões sobre fontes orais e escritas na elaboração de laudos periciais. SILVA; O. S., LUZ, L., HELM, C. V. (org.). **A perícia antropológica em processos judiciais.** Florianópolis: UFSC, 1994.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e a tutela jurisdicional diferenciada.** São Paulo: RT, 2002.

PAULINO, Gustavo Smizmaul. **Antropologia jurídica.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Deborah M. Duprat de Brito. O estado pluriétnico. **Além da tutela:** bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Laced, 2002.

PFROMM NETTO, Samuel. Comentários ao art. 1º. CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** - comentários jurídicos e sociais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro.** Vol. 1. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

RABBEN, Linda. O universal e o particular na questão dos direitos humanos. FONSECA, Cláudia; *et al.* (orgs.). **Antropologia, diversidade e direitos humanos** – diálogos interdisciplinares. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

RABELO FILHO, Manoel Gomes. **A representação social do Kainaimê, do Piya'san e do Tarenpokon nas malocas Canta Galo e Maturuca**. Programa de Pós-Graduação em Ciência da Religião da Universidade Federal de Pernambuco (dissertação), 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REGO, André G. **O trabalho antropológico no Ministério Público Federal e outras considerações sobre a articulação entre o direito e a antropologia**. 146 f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Mimeografado.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio** – tratamento jurídico-penal. Curiiba: Juruá, 2009.

RIBEIRO, Gustavo Lins. Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico. FONSECA, Cláudia; *et al.* (orgs.). **Antropologia, diversidade e direitos humanos** – diálogos interdisciplinares. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (ed.gerais). **Povos indígenas no Brasil: 2006-2010**. São Paulo: ISA, 2011.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Teoria del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber juridico. Tradução de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SÁ, Antônio Lopes de. **Perícia contábil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

SANTILLI, Paulo. Ocupação territorial Macuxi: aspectos históricos e políticos. BARBOSA, Reinaldo Imbrozio, *et al.* (orgs.). **Homem, ambiente e ecologia no Estado de Roraima**. Manaus: INPA, 1997.

_____. Os filhos da nação. **Revista de Antropologia**, vols. 30/31/32, São Paulo, 1989.

_____. **Permongon Patá**: território macuxi, rotas de conflito. São Paulo: UNESP, 2001.

_____. Povos do Roraima. MIRAS, Julia Trujillo, *et al.* (orgs.). **Makunaima grita**: Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Roberto A. O. Apresentação. SILVA; O. S., LUZ, L., HELM, C. V. (org.). **A perícia antropológica em processos judiciais.** Florianópolis: UFSC, 1994.

SANTOS, Tânia Maria dos. **O direito à cultura na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SARANTOPOULOS, Sócrates. **Perícia judicial e administrativa** – uma abordagem prática. São Paulo: Atlas, 2005.

SCHRITZMEYER, Ana Lucia Pastore. Nossos muros e os dos outros. SILVA, Glaucia (org.). **Antropologia extramuros:** novas perspectivas sociais e políticas dos antropólogos. São Paulo: Paralelo 15, 2008.

SERRA, Teresa. **Problemática do erro sobre a ilicitude.** Coimbra: Almedina, 1991.

SILVA, Aracy Lopes da; NUNES, Angela. Contribuições da etnologia indígena brasileira à antropologia da criança. SILVA, Aracy Lopes da, *et al.* (orgs.). **Crianças indígenas:** ensaios antropológicos. São Paulo: Global, 2002.

SILVA, Aracy Lopes da; GRUPIONI, Luiz Donizete Benzi (org.). **A temática indígena na escola.** Brasília: MEC/MARI/UNESCO, 1995.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional** – direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Socioambientalismo amazônico.** Curitiba: Juruá, 2008.

SINHORETTO, Jacqueline. Antropólogos e segurança pública. SILVA, Glaucia (org.). **Antropologia extramuros:** novas perspectivas sociais e políticas dos antropólogos. São Paulo: Paralelo 15, 2008.

SZNICK, Valdir. **Princípio de defesa na constituição.** São Paulo: Iglu, 2002.

SÓFOCLES. **Édipo Rei – Antígona.** Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2012.

SOLARI, Ubaldino Calvento. Comentários ao art. 1º. CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** - comentários jurídicos e sociais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUSA, Marllon. A concepção intercultural dos direitos humanos, segundo Boaventura de Souza Santos. **I Jornada de Direito Internacional.** Brasília: TRF 1ª Região, 2013.

SOUSA, Rosivaldo Silva de. Direitos humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. NOVAES, Regina; LIMA, Roberto Kant de (orgs.). **Antropologia e direitos humanos.** Niterói: UFF, 2001.

SOUSA, Sergio H. Miranda de; GRANDE, Cristiane Garcia. **Perícias na prática** – modelos de laudos, petições, diligências e demais documentos para perícias em contabilidade, engenharias, medicina veterinária e documentoscopia. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

WILHELMI, Marco Aparicio. El derecho de los pueblos indígenas a La libre determinacion. BERRAONDO, Mikel (coord.). **Pueblos indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.