V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

RUBENS BEÇAK

LUIS EDUARDO MORAS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

S678
Sociologia, antropologia e cultura jurídicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/ URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Luis Eduardo Moras, Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-270-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Sociedade. 3. Conflito. 4. Movimentos sociais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

Apresentação

O CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito tem, na sua sequência de realização de eventos, mormente os seus famosos Encontros e Congressos, a apresentação de trabalhos em Grupos com temáticas específicas.

Esta parece, aliás, tradição já afirmada, com igual relevância àquela dedicada na discussão de problemáticas inerentes à área, networking (numa era em que a 'vaso'-comunicação é enormemente valorizada) etc.

Este horizonte alargou-se bastante com a acertada decisão da realização também de Encontros Internacionais, sendo a sua primeira aquela no ano de 2014, em Barcelona – Espanha, sucedida pelos igualmente exitosos encontros de Baltimore - EUA e Madrid – Espanha (2015) e Oñati – Espanha (2016), culminando com este agora, o de número V, em Montevideu – Uruguai.

Se a importância da realização dos encontros internacionais é sobeja, a abertura para sua implementação na América Latina é fundamental para o resgate da comunicação, no caso acadêmico-científica, que o Brasil parece dever aos países da região.

De fato. Sem desconhecer a relevância das relações com o denominado primeiro mundo, porta de excelência do que melhor se realiza na área, os países latino-americanos e, no caso do Uruguai, país nosso parceiro do Mercosul-Mercosur, faz-nos lembrar que o compartilhamento de determinadas injunções geográficas e geopolíticas é fronteira inescapável de tudo que fazemos.

O GT com a incumbência da discussão dos trabalhos ligados à subárea dos estudos em SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS é um daqueles que, quer pela expressão do número de trabalhos ali submetidos, como pela sua evidente qualidade, demonstra a acerto da decisão pela internacionalização e sua aceitação.

Ademais, os debates ali vividos, em excelente ambiente de cooperação científica, fizeram perceber este GT como um daqueles em que a qualidade investigativa bem se evidenciou.

Para além da discussão dos rumos da Pós-graduação em nosso país, a certeza de estarmos contribuindo para a afirmação desta entidade científica nesta expressão internacional e regional muito nos alegra.

Também, gize-se, a possibilidade da edição dos trabalhos apresentados e discutidos, possibilita que todos aqueles interessados no tema aproveitem este material e possam, com a leitura dos trabalhos aqui constantes, para além do necessário registro, acrescerem algo em suas próprias indagações, estudos e pesquisas.

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP

Prof. Dr. Luis Eduardo Morás - UDELAR

IDENTIDADES ÉTNICAS E PODER JUDICIÁRIO: PONTOS DE REFLEXÃO

ETHNIC IDENTITIES AND JUDICIAL POWER: REFLEXION ISSUES

Daize Fernanda Wagner [1]

Resumo

À luz dos estudos sobre identidade étnica desenvolvidos na Antropologia, o presente artigo problematiza as concepções sobre identidade indígena em decisões judiciais no Brasil, a partir da Constituição de 1988. Objetiva analisar a percepção de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça fazem um uso seletivo e equivocado da identidade indígena para fins penais. Destarte, pretende contribuir na discussão sobre a necessária revisão da noção que as cortes superiores do Brasil têm quanto às identidades indígenas. Para tanto, parte da vertente jurídico-sociológica e utiliza a técnica de pesquisa teórica, com análise de um julgado exemplificativo.

Palavras-chave: Identidades étnicas, Indígenas, Stf, Stj, Constituição de 1988

Abstract/Resumen/Résumé

Concerning to the studies about ethnic identity developed by Anthropology, the present article discusses the conceptions about indigenous identity into judicial decisions in Brazil, since the Constitution of 1988. It aims to analyze the perception that Supreme Court and the Superior Court of Appeals adopt a selective and mistaken use of the indigenous identity for penalty purposes. Besides, it contributes to the discussion on the necessary revision of the idea that the superior courts from Brazil have about the indigenous identities. So that, part of the legal and sociological basis and use theoretical research technique, analyzing a judicial precedent case.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ethnic identities, Indigenous, Supreme court, Constitution of 1988

[1] Professora Adjunta na Universidade Federal do Amapá (UNIFAP), Mestre em Direito pela Ludwig Maximilians Universität (LMU), Munique/Alemanha, Doutoranda em Direito no DINTER entre UFMG e UNIFAP, e-mail: daize_wagner@yahoo.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir, com base em estudos antropológicos sobre identidade étnica, a forma como decisões judiciais tomadas pelos tribunais superiores brasileiros – Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) – compreendem e aplicam critérios de definição da identidade indígena quando um indígena é réu em processo penal no Brasil.

A partir da década de 1970, a identidade étnica passou a povoar os debates na cena antropológica, traduzindo-se em abundante bibliografia sobre a temática e contribuindo sobremaneira no avanço teórico sobre a delimitação dos grupos étnicos. Tais estudos não foram capazes de estabelecer uma espécie de teoria geral da etnicidade, dada a multiplicidade de abordagens que lhe são possíveis. Todavia, tiveram como consequência o estabelecimento de pelo menos dois pontos considerados pacificados entre os estudiosos: o caráter mais relacional que essencial das identidades étnicas e o caráter mais dinâmico que estático da etnicidade. (POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998).

À luz desses estudos, que critérios são utilizados pelos tribunais superiores do Brasil para delimitar a identidade étnica de um indígena réu em processo penal? É possível identificar alguma influência dos estudos antropológicos, fruto de muitas investigações em diferentes campos, sobre os critérios utilizados para estabelecer a identidade indígena e o tratamento penal dela decorrente?

Partindo desses questionamentos, o presente artigo tem por objetivo identificar a limitação que o STF e o STJ realizam quanto ao alcance dos direitos consagrados aos indígenas no artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88). Como exemplo disso, analisa a decisão no Habeas Corpus (HC) n. 79530, julgado em 16/12/1999, pela Primeira Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Ilmar Galvão.

Muito embora tal decisão tenha sido proferida há quase quinze anos, sua análise não perdeu a atualidade, haja vista que vários pontos do entendimento nesse julgado se mantêm ainda hoje em decisões nas duas cortes superiores do Brasil que, em última análise, são as instâncias superiores de decisão quanto ao assunto. Por consequência, esse entendimento acaba influenciando decisões nas instâncias inferiores, que seguem no mesmo sentido. Dessa feita, necessário revisitar os argumentos utilizados no julgamento do HC 79530 para refletir sobre sua pertinência e fundamento.

Delimitar a identidade indígena é importante para a aplicação da norma jurídica de forma adequada, assegurando o reconhecimento dessa identidade étnica, seguindo os ditames

constitucionais expressos no artigo 231 da CR/88. Para tanto, há que haver critérios suficientes que auxiliem na delimitação. Todavia, é preciso tomar em consideração também o fato de que "as classificações étnicas reduzem a complexidade potencialmente infinita da experiência social dos agentes a um número limitado de categorias" (PINTO, 2012, p. 68).

Ao estudar as teorias sobre a etnicidade e os grupos étnicos, é perceptível a importância que o contexto social adquire na configuração e na dinâmica das identidades étnicas. Então, o fenômeno da etnicidade só pode ser compreendido adequadamente em suas diversas expressões sociais quando se realiza uma análise minuciosa do contexto em que os processos de constituição das identidades étnicas são produzidos e mobilizados. Em acréscimo, as diversas relações de poder dentro e fora do grupo em questão não devem ser negligenciadas. (PINTO, 2012). A ideia genérica da identidade indígena, o "índio genérico", está distante do universo dos índios reais, que pertencem a coletividades e culturas específicas. (SANTOS; OLIVEIRA, 2003). Destarte, partir de compreensões generalistas acerca da identidade étnica indígena pode levar a graves equívocos, principalmente em âmbito penal, cujas consequências são muito gravosas à liberdade individual.

Portanto, navegar no mar das identidades é navegar em mar revolto, significando que, a despeito do Direito procurar sempre apreender a realidade de uma certa forma estática e classificá-la, para sobre ela fazer incidir seus preceitos, as identidades, inclusive as étnicas, não se deixam apreender em categorias fixas, mas são fluidas, tornando sua abordagem pelo Direito sempre dificultosa. Por isso, e cada vez mais, o Direito não pode se fechar em sim, mas dialogar com outras formas de saberes e estudos, tais como os que a Antropologia desenvolve. Thomas Eriksen, ao escrever sobre etnicidade, também adverte sobre a limitação no uso dessas categorias, que servem "para ordenar o mundo social e criar mapas cognitivos padronizados sobre categorias relevantes de alteridade." (ERIKSEN *apud* PINTO, 2012, p. 68).

A despeito de toda a complexidade envolvida nos estudos acerca da identidade étnica, nas decisões do STF e do STJ (bem como na maioria dos órgãos julgadores inferiores) as discussões sobre o tema são bem mais modestas. Nelas predomina o uso de argumentos sobre o grau de integração do indígena réu em processo penal na sociedade envolvente. Tal critério era estabelecido pelo artigo 56 do Estatuto do Índio (EI), Lei 6.001, de 1973. Todavia, esse entendimento está em desacordo com a nova ordem constitucional inaugurada em 1988, como se verá.

O presente artigo utiliza o raciocínio indutivo, pois parte de dados particulares e localizados – a análise de alguns argumentos no julgamento do HC 79530 pelo STF em 1999

– e, doravante, se dirige a constatações gerais. No que se refere às técnicas de análise de conteúdo, é pesquisa teórica, que analisa conteúdos de textos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários sobre a questão.

2 CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DA IDENTIDADE ÉTNICA: UM PERCURSO

A partir da observação sobre a amplitude e multiplicidade dos estudos realizados em diferentes sociedades, em diferentes tempos, pode-se afirmar que a Antropologia tem sido a área do conhecimento que mais se debruçou sobre a identidade étnica e critérios possíveis para sua definição e delimitação.

No Brasil, tais estudos ganharam novo impulso a partir dos movimentos sociais, que deram grande visibilidade às minorias e suas reivindicações. "Um grupo étnico é definido como minoria em razão de sua relativa exclusão das instâncias de poder no Estado e não devido à sua presença demográfica." (PINTO, 2012, p. 74) Todavia, de maneira significativa, na mobilização popular ocorrida em razão do processo constituinte brasileiro de 1987-88, as minorias se tornaram importantes atores sociais, com grande visibilidade em razão de sua luta por direitos e reconhecimento (SILVA, 2005).

Nesse cenário, "[o]s cidadãos não assistiram 'bestializados', como meros espectadores/expectadores, aos acontecimentos, mas os construíram, por meio de canais, instituições e organizações múltiplos, e não redutíveis ao Estado." (OLIVEIRA, 2011, p. 220-221). Dessa forma, as lideranças indígenas tiveram participação expressiva no processo, como os anais da assembleia nacional constituinte evidenciam[1]. Por consequência, a identidade étnica ganhou importância e espaço como objeto de estudo também no Brasil.

A grande dificuldade envolvida na definição da identidade étnica sempre foi identificar aspectos característicos que diferenciassem um determinado grupo de outros grupos étnicos e também da sociedade na qual se encontram inseridos. O que faz com que se atribua a uma determinada pessoa uma identidade étnica específica? O que torna um grupo étnico diferente dos demais de seu entorno? Como identificá-lo e delimitá-lo? O que se coloca em questão não é propriamente atestar a existência de múltiplos grupos étnicos, mas sim as problemáticas daí decorrentes.

[1] Disponíveis em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituinte . Acesso em 31 maio 2016.

Tendo o debate passado para o campo jurídico, em Estados como o brasileiro, cuja Constituição afirma sua diversidade étnica e atribui direitos e reconhecimento específicos para grupos étnicos, a exemplo dos indígenas, a efervescência do tema permanece atual.

A noção de etnia se encontra desde sempre mesclada a outras concepções que lhe são conexas como as de raça, povo e nação, com as quais mantém relações de ambiguidade desde o início de seu uso pelas ciências sociais, no século XIX. (POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998). A afinidade com esses temas que lhe são tão próximos vai impregnar a noção de etnia e da própria identidade étnica, ampliando ainda mais as dificuldades envolvidas em seu estudo.

Inicialmente, várias teorias buscaram uma explicação plausível para a percepção de pertencimento e a formação de grupos diferenciados na ideia de raça. A raça seria, assim, critério bastante para atestar as diferenças entre grupos étnicos e o senso de pertencimento a unir determinadas pessoas e grupos. Todavia, tais teorias fundadas na biologia e na convicção acerca da existência de comunidades de descendentes "puros" de uma população pré-colombiana, que seriam os indígenas, mostraram-se rapidamente insuficientes e inadequadas. "Ora, é evidente que, a não ser em casos de completo isolamento geográfico, não existe população alguma que reproduza biologicamente, sem miscigenação com os grupos com os quais está em contato." (CUNHA, 1987, p. 111). A própria ideia de raça foi superada, chegando-se a constatação de que ela efetivamente não existe. Todavia, interessante observar como ainda hoje seus ecos ressoam em alguns lugares. [2]

O culturalismo representou ruptura paradigmática das concepções fundadas na ideia de raça. A partir dele, ganharam espaço as teorias que buscavam nas expressões culturais a explicação para a pertença a grupos e as diferenças entre os grupos étnicos entre si e em relação às sociedades nas quais estavam inseridos. Para tais teorias, grosso modo, era a cultura que forjava as identidades. Cultura aqui entendida como conjunto de valores, formas e expressões partilhadas por determinado grupo que os diferenciavam dos demais. (CUNHA, 1987). A existência de crenças ou de uma língua comum exclusiva utilizada pelo grupo,

[2] Para Cunha (1987), este seria o critério (racial) que predomina no senso comum acerca da identidade indígena no Brasil. Todavia, destacamos que Cunha publicou isso em 1983, quando foi chamada a emitir parecer sobre os critérios de identidade étnica em processo de disputa de terras dos índios Pataxó Hã-hã-hãe, do sul da Bahia. (CUNHA, 1987, p. 111). A respeito, ainda, interessante pesquisa intitulada "O que os brancos pensam dos índios?", realizada pelo IBOPE a pedido do Instituto Socioambiental (ISA), no ano de 2000, parece demonstrar que a compreensão da sociedade envolvente acerca dos índios se modificou. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=u8aMrNNDjlEC&pg=PA57&lpg=PA57&dq=o+que+os+brasileiros+pensam+sobre+os+indios?+ISA+IBOPE&source=bl&ots=kIwhls6hT0&sig=Wrbx71keL13Wn3doy__id_v55nA&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiytdOzx-nMAhXMlx4KHTs4AooQ6AEIHDAA#v=onepage&q=o%20que%20os%20brasileiros%20pensam%20sobre%20os%20indios%3F%20ISA%20IBOPE&f=false . Acesso em 31 maio 2016.

embora não fossem consideradas imprescindíveis, eram tidas como importantes traços diferenciadores do grupo étnico. Nesse sentido, Cunha (1987) e Poutignat e Streiff-Fenart (1998).

Nessa perspectiva culturalista também vão se destacar os estudos sobre a aculturação, significando esta uma mudança nos padrões culturais de um ou ambos os grupos de culturas diferentes, quando em contato direto e constante entre si e com outros. O grupo de cultura dominante envolveria o grupo em situação desfavorável impondo-lhe seus traços culturais (SILVA, 2005). Nesse sentido, os estudos sobre a aculturação dos indígenas ganharam muito espaço junto aos antropólogos no Brasil, entre os quais grassava uma preocupação com o fim inevitável dos indígenas através da assimilação. Nesta, "a adoção de elementos estrangeiros elimina o sistema de valores indígenas e afirma o valor da sociedade dominante, provocando a dissolução da identidade étnica" (SILVA, 2005, p. 47). O tempo e a luta dos indígenas por reconhecimento mostraram que tais prognósticos pessimistas estavam equivocados.

Os critérios fundados em traços culturais mostraram-se inadequados para estabelecer os grupos étnicos e diferenciar as identidades indígenas por várias razões, das quais Cunha (1987) destaca três: a impermanência dos traços culturais (língua, crenças, técnicas etc.) no tempo e a possibilidade de existirem diferentes traços culturais num mesmo grupo étnico, conforme sua situação ecológica e social. Essa "instabilidade" dos traços culturais pode ocorrer na adaptação às condições naturais e às oportunidades sociais originadas na interação com outros grupos o que, por si só, não altera a identidade étnica própria do grupo.

Além disso, quando há situações de contato intenso do grupo étnico com a sociedade na qual está inserido, como ocorre com indígenas de diferentes etnias no Brasil[3], acabam levando a que estes resistam às interferências através do apego a determinados traços culturais. Esses traços culturais foram chamados por Barth (1969) de sinais diacríticos, que são, então, enfatizados e preservam, assim, a identidade do grupo. Antropólogos verificaram algo em comum entre os diferentes estudos realizados: a impossibilidade de afirmar quais sinais diacríticos, dentre todos os possíveis no grupo, seriam enfatizados. Segundo Cunha (1987), então, esta imprevisibilidade seria mais um argumento, o terceiro, a depor contra o uso da cultura como o princípio primeiro de um grupo étnico.

Retrocedendo no tempo os estudos sobre identidade étnica nas ciências sociais, chega-se a seu precursor. Max Weber, na obra Economia e Sociedade, de 1922, dedicou o capítulo "Comunidades Étnicas" ao tema. Muito embora raramente os autores refiram a influência

[3] Cunha (1987) refere que tal processo de colocar em evidência certos traços culturais, mas não todos, é "generalizado e foi amplamente descrito por antropólogos em todas as latitudes." (CUNHA, 1987, p. 116).

recebida dos estudos de Weber, como constataram Poutignat; Streiff-Fenart (1998) e Silva (2005), ele pode ser considerado seminal. Cunha (1987) é, excepcionalmente, uma das autoras que lhe vai fazer referência expressa.

Nesse capítulo, Weber procura distinguir mais claramente a raça, a etnia e a nação. Para ele, as comunidades étnicas são uma forma de organização política. Assim,

> A crença na afinidade de origem[4] – seja esta objetivamente fundada ou não – pode ter consequências importantes particularmente para a formação de comunidades políticas. Como não se trata de clãs, chamaremos grupos 'étnicos' aqueles grupos humanos que, em virtude de semelhanças no *habitus* externo ou nos costumes, ou em ambos, ou em virtude de lembranças de colonização e migração, nutrem uma crença subjetiva na procedência comum, de tal modo que esta se torna importante para a propagação de relações comunitárias [...]. (WEBER, 1994, p. 270).

Percebe-se daí que grupos étnicos existem pela crença subjetiva que têm seus membros de formar uma comunidade e pelo sentimento de honra social compartilhado por todos que alimentam essa crença. A identidade étnica do grupo é construída a partir da diferença em relação aos outros, que não compõe o grupo. Há como que uma atração entre os que se sentem parte do "nós" e uma repulsa em relação aos que são "outros". A pertença, então, não está fundada no isolamento, mas antes na comunicação das diferenças em relação aos outros.

Essa ideia de pertença étnica descrita por Weber será apropriada e desenvolvida por Fredrik Barth (1969), considerado o grande divisor de águas quanto à identidade e grupos étnicos. Seus estudos terão grande influência também entre os antropólogos brasileiros, a exemplo de Roberto Cardoso de Oliveira e Manuela Carneiro da Cunha.

Avançando na ideia da cultura como traço distintivo da identidade étnica, "Barth vai perceber que nem os grupos étnicos se definem por portarem culturas específicas nem o contato dilui as etnias" (SILVA, 2005, p. 30). Barth propõe uma nova definição de grupos étnicos, segundo a qual, então,

> As fronteiras [entre os grupos étnicos] persistem apesar do fluxo de pessoas que as atravessam. [...] As distinções de categorias étnicas não dependem de uma ausência de mobilidade, contato e informação. [...] As distinções étnicas não dependem de uma ausência de interação social e aceitação, mas são, muito ao contrário, frequentemente as próprias fundações sobre as quais são constituídos os sistemas

[4] "A raça enquanto determina uma "aparência exterior" herdada e transmissível pela hereditariedade, não interessa por si mesma ao sociólogo. Ela só adquire uma importância sociológica quando […] ela é sentida subjetivamente como uma característica comum e constitui por isso uma fonte da atividade comunitária. E, mesmo nesse caso, não são o simples parentesco ou a simples diferença antropológicos (sempre no sentido da antropologia física) que fundam a atração ou a repulse mútuas, mas a tomada em consideração deles como socialmente condicionada pelo estabelecimento de relações de dominação." (POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998, p. 37)

> sociais englobantes. **A interação em um sistema social como este não leva a seu desaparecimento por mudança e aculturação; as diferenças culturais podem permanecer apesar do contato interétnico e da interdependência dos grupos. [...] Os grupos étnicos são categorias de atribuição e identificação realizadas pelos próprios atores e, assim, têm a característica de organizar a interação entre as pessoas.** [...] Uma atribuição categórica é uma atribuição étnica quando classifica uma pessoa em termos de sua identidade básica mais geral, presumivelmente determinada por sua origem e seu meio ambiente. Na medida em que os atores usam identidades étnicas para categorizar a si mesmos e outros, com objetivos de interação, eles formam grupos étnicos neste sentido organizacional. (BARTH, 1998, p. 188, 189, 193-194, grifo nosso).

Barth parece dar prosseguimento às ideias de Weber, quando valoriza a subjetividade ao atribuir centralidade à autoidentificação e a identificação pelos outros, bem como ao caráter organizacional do grupo étnico – muito embora não o refira expressamente em seu texto, como adverte Silva (2005).

A partir dos estudos de Barth, no Brasil também ocorreu a revisão crítica do culturalismo. Roberto Cardoso de Oliveira vai estudar a formação da identidade étnica nos anos 1970 e, influenciado por Barth, propõe o conceito de identidade constrastiva:

> Partindo de Barth, pudemos então elaborar a noção de identidade contrastiva, tomando-a como a essência da identidade étnica, a saber, quando uma pessoa ou grupo se afirmam como tais, o fazem como meio de diferenciação em relação a alguma outra pessoa ou grupo com quem se defrontam, é uma identidade que surge por oposição, implicando a afirmação do nós diante do outro, jamais se afirmando isoladamente [...] O certo é que um membro de um grupo indígena não invoca sua pertinência tribal a não ser quando posto em confronto com membros de uma outra etnia. (OLIVEIRA, 1976, p. 36).

A partir de sua ideia de identidade contrastiva, Oliveira ressalta o caráter situacional, político e de dissemelhança da identidade étnica. Os estudos acerca da identidade étnica avançaram bastante a partir de Barth, mas, em regra, sempre o tomando como paradigma referencial. As relações entre identidade e cultura seguem sendo problematizadas pela Antropologia. Quando pensamos, com Barth, nos sinais diacríticos como traços culturais que diferenciam um grupo étnico de outro, não podemos ignorar o fato de que tais traços são aspectos da cultura que são evidenciados pelo grupo étnico, ou seja, embora não seja um retorno ao culturalismo, para o qual a cultura produziria as identidades, ainda assim há um aspecto problemático a enfrentar, que é justamente essa dificuldade em delimitar uma identidade étnica sem apelar a traços culturais próprios. "Tudo isto leva à conclusão óbvia de que não se podem definir grupos étnicos a partir de sua cultura, embora, a cultura entre de modo essencial na etnicidade."(CUNHA, 1987, p. 101). Como dito, há vários outros estudos

que prosseguem por diferentes caminhos na investigação dessas dificuldades, os quais não mencionaremos aqui em razão da limitação própria à natureza do presente trabalho.

De qualquer forma, dentre as contribuições de Barth, destacamos uma - a que implicou em definir a identidade étnica em termos de adscrição: é índio quem se considera e é considerado índio. (CUNHA, 1987). Por certo, tal constructo teve grande repercussão jurídica.

3 IDENTIDADE INDÍGENA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA APÓS A CR/88: UMA SÍNTESE

Além de ter mudado os rumos dos estudos sobre identidade étnica nas ciências sociais, Barth influenciou também legisladores ao redor do mundo a empreenderem a revisão de normas jurídicas que estabeleciam critérios de identidade étnica. O exemplo mais evidente dessa influência é a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como se verá.

Quando observamos a legislação que trata dos indígenas no Brasil, é possível verificar o quanto a identidade indígena foi e segue sendo tema de importância. O Estado brasileiro atribui a si a prerrogativa de dizer quem é índio e quem não é, daí decorrendo uma série de consequências, inclusive o usufruto de direitos próprios. Nesse cenário, evidencia-se o aspecto político da identidade étnica, na medida em que ela acaba servindo como um passaporte para o acesso a reconhecimento e direitos, especialmente os territoriais. Destarte, muito pertinente a conceituação de identidade étnica formulada por Silva (2005), que enfatiza essa dimensão política ao afirmar que "a identidade étnica é uma organização política que se constitui em meio à sociedade mais ampla, com vistas à conquista de espaços." (SILVA, 2005, p. 33).

Apesar dos estudos de Barth terem revolucionado a compreensão acerca das identidades étnicas e estabelecido a autoidentificação como cerne, deixando para trás a atribuição exterior de identidade, no Brasil persiste um certo quadro confuso na legislação. Ou seja, por vezes parece que o legislador permaneceu inerte quanto às mudanças paradigmáticas na compreensão acerca da identidade étnica e sua enorme repercussão.

Com a CR/88, a identidade e o modo de ser e viver indígenas passaram a receber especial reconhecimento e proteção, conforme previsto principalmente em seus artigos 231 e 232.

Todavia, muitos dos dispositivos do EI permanecem em vigor, haja vista não ter sido substituído por outra lei que esteja em harmonia com os valores constitucionais inaugurados com a CR/88. Ainda que insuficiente e inadequado, posto ser o EI fruto do paradigma assimilacionista então vigorante e expresso na Constituição de 1967, é ele a norma especial que segue sendo aplicada aos indígenas em vários assuntos que lhe são próprios. Apesar de mais de vinte anos tramitando no Congresso Nacional, o Estatuto das Sociedades Indígenas (Projeto de Lei n. 2057 de 1991) não parece ser pauta de interesse suficiente a promover sua rediscussão e transformação em lei efetiva.

Dessa maneira, a legislação brasileira atual que trata da identidade indígena na perspectiva que interessa ao presente artigo se limita à CR/88, artigo 231, ao EI, especialmente seu artigo 56, e à Convenção 169 da OIT.

O EI estava de acordo com a compreensão de que os indígenas seriam gradualmente integrados na sociedade nacional e, assim, deixariam de existir enquanto povos tribais e semi-tribais, conforme nomenclatura utilizada pela Convenção n. 107 relativa à Proteção e Integração das Populações Indígenas e de outras Populações Tribais e Semitribais nos Países Independentes da OIT, de 1957. Esta convenção partia de entendimento que se mostrou equivocado, pois pressupunha a necessária assimilação dos indígenas nas respectivas sociedades nacionais como algo desejável e necessário ao seu progresso.

Em seu artigo 1o. , parágrafo 2o., a Convenção 107 da OIT delimitava que o termo semitribal "compreende os grupos e pessoas que estão próximos de perder suas características tribais, mas que ainda não estão integrados na coletividade nacional". Considerando o avanço dos estudos sobre identidade étnica e principalmente as críticas cada vez mais contundentes que a Convenção 107 da OIT recebia, sob pressão de grupos de interesse e representantes de povos indígenas, sua revisão tornou-se premente, o que ocorreu em 1989, através da Convenção 169 da OIT. Esta adentrou o ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto Legislativo n. 143, de 20/06/2002 e do Decreto Presidencial n. 5.051, de 19/04/2004.

Houve grande dissenso acerca do texto da Convenção 169 da OIT e sua recepção no Brasil demorou treze anos. Ainda assim, dentre vários pontos meritórios a destacar, ressaltamos aquele que parece ter tido influência direta dos estudos de Barth sobre identidade étnica: o artigo 1o., item 2., que afirma a autoidentificação como critério bastante para a identidade étnica indígena, assim: "A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção."

A Convenção 169 da OIT integra o ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, é

norma cogente. Todavia, não raro, parece ser esquecida por grande parte do Poder Judiciário na apreciação de casos penais que têm indígenas como réus, como se verá.

Por sua vez, o EI, em seu artigo 56 enuncia os princípios das normas penais aplicáveis aos indígenas e estabelece que "no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá ao grau de integração do silvícola." O parágrafo único do artigo 56 do EI estabelece que "as penas de reclusão e detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado".

Portanto, o artigo 56 do EI estabelece aspectos peculiares na aplicação da lei penal aqueles réus identificados como indígenas. Representa o reconhecimento do legislador infraconstitucional da singularidade dessa parcela da população que, pelo simples fato de ser indígena, deve receber tratamento próprio.

O EI foi promulgado em 1973, quando a perspectiva assimilacionista imperava. Sua redação é semelhante àquela da Convenção 107 da OIT, ao estabelecer graus de integração dos indígenas na sociedade nacional, ou seja, graus segundo os quais iriam perdendo sua identidade étnica e tornando-se efetivamente brasileiros. Como que numa régua, segundo a qual seria possível medir indícios de que aquele indígena estava se tornando mais brasileiro e menos índio.

Este também era o entendimento da Constituição de 1967[5], então em vigor. Em seu artigo 8º, inciso XVII, ao estabelecer a competência legislativa da União, deixava expresso o intuito integracionista dos indígenas ao afirmar:

> Art. 8º. Compete à União:
> XVII – legislar sobre:
> o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Até mesmo a topografia do tema nesse artigo poderia ser problematizada, na medida em que parece atestar que os índios não eram considerados efetivamente brasileiros integrantes da sociedade nacional. Ora, a alínea "o" trata ao mesmo tempo de nacionalidade, cidadania e naturalização, dando ideia de que a incorporação dos indígenas é tema que lhe é correspondente – o que parece também atestar a proximidade e confusão dos temas etnia, nação e povo, como afirmado anteriormente.

[5] Esse entendimento foi mantido também na Emenda Constitucional n. 01, de 1969, que manteve a redação do artigo 8o., XVII, "o".

Por outro lado, a CR/88 rompeu com tais valores e seguiu em direção oposta, ao reconhecer expressamente aos índios de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, conforme artigo 231. Destarte, no que se refere à categorização dos índios segundo as etapas de integração, o EI está revogado, não cabendo mais falar em índios isolados, índios em vias de integração e índios integrados, como estabelecia o artigo 4º do EI.

O que se observa é uma utilização confusa de critérios inadequados para atestar a imputabilidade e a capacidade dos indígenas para responderem a processos penais na sociedade envolvente. Quando um índio é réu em processo penal há uma preocupação em atestar sua imputabilidade. Para tanto, são utilizados critérios que não guardam relação alguma com sua pertença e identidade indígena. Há como que um recuo no tempo e um retorno à perspectiva assimilacionista superada. Assim, quando o índio porta documentos ou recebeu formação escolar ou possui relação formal de emprego é considerado integrado, daí decorrendo que poderá lhe ser negada assistência especializada através da FUNAI, realização de laudo antropológico e também a atenuante prevista no artigo 56 do EI e o cumprimento da pena em regime de semiliberdade.

Ou seja, o artigo 56 do EI é utilizado para atestar a integração do índio e para, então, considerá-lo não mais índio. Como já mencionado, os critérios adotados não se prestam para atestar identidade étnica. Esta decorre da autoidentificação, nos termos da Convenção 169 da OIT. Também não se prestam a comprovar a imputabilidade penal dos indígenas.

Em acréscimo, também o artigo 26 do Código Penal, que trata da imputabilidade penal, por vezes é utilizado para justificar a inimputabilidade penal ou a semi-imputabilidade dos indígenas afirmando-se terem desenvolvimento mental incompleto, ou seja, por ainda não terem atingido desenvolvimento mental compatível com sua adaptação ou integração à sociedade nacional.[6] Este entendimento, além de superado, demonstra o claro tratamento preconceituoso e inferiorizante aos indígenas. Sua identidade étnica é utilizada como sinônimo de primitivismo, a ser superado através da gradual integração à sociedade nacional. Tal entendimento está em desconformidade com a CR/88, que rompeu completamente com o paradigma assimilacionista.

Em síntese, nesse quadro de convívio de normas jurídicas cujos valores fundantes são distintos e inconciliáveis, o quadro legislativo atual favorece interpretações incompatíveis com o reconhecimento à identidade étnica indígena assegurado na CR/88. A aplicação da lei

[6] Nesse sentido há vários autores, dos quais citamos a título exemplificativo: MIRABETE, Julio F. Código Penal Interpretado. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Em ambas as obras há citação de julgados nesse sentido.

penal aos indígenas réus, assim, possibilita um uso ideológico do direito penal, como denunciou Tédney Moreira da Silva (2015), e a perpetuação da perspectiva culturalista e assimilacionista há muito superadas.

4 IDENTIDADE INDÍGENA NO JUDICIÁRIO: UM OLHAR

A identidade indígena é perquirida no julgamento de casos concretos pelo Judiciário. Em matéria penal, quando o réu é indígena, sua identidade étnica costuma ser apresentada como matéria de defesa e deve compor o cenário do caso concreto a julgar.

Todavia, o que se verifica em grande número de julgados é a recusa de realização de laudo antropológico para atestar ou discutir a identidade indígena e o grau de compreensão sobre o caráter ilícito da conduta do réu indígena, com base em critérios que demonstrariam sua integração à sociedade nacional. Aspectos como a existência de carteira de trabalho, título de eleitor, carteira nacional de habilitação para dirigir veículos, a comprovação de escolaridade, o local de residência e o exercício de emprego formal são considerados como dados suficientes para atestar a integração do indígena na sociedade nacional por parte do julgador. Tal integração, então, é tomada no sentido de superação da identidade indígena, de forma a afastar a aplicação do EI no que é benéfico ao réu, em especial, seu artigo 56. Há total alheamento em relação ao caráter relacional e dinâmico das identidades étnicas, referidos anteriormente como pontos pacificados entre os estudos antropológicos.

A integração é entendida no sentido assimilacionista, proposto no inciso III do artigo 4º. do EI[7], que está em franco descompasso com o disposto no artigo 231 da CR/88, como afirmado alhures. Além disso, a autoidentificação deveria ser suficiente para atestar a identidade indígena, nos termos do art. 1º. item 2º. da Convenção 169 da OIT. Presente tal identidade, aplicável o artigo 56 do EI.

Quanto à realização de laudo pericial antropológico, há grande divergência nos julgados.[8] Há que se considerar que a produção de laudos antropológicos demanda tempo, que

[7] Diz o artigo 4º, III, EI: Os índios são considerados: [...] III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

[8] Para uma verificação mais completa dos julgados por tribunal e assunto, indicamos a dissertação de Tédney Moreira da Silva. **No banco dos réus, um índio**: criminalização de indígenas no Brasil. Brasília: UnB, 2015. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18728/1/2015_TedneyMoreiraDaSilva.pdf . Acesso em: 16 maio 2016.

nem sempre coincide com o tempo de uma ação judicial[9]. O tempo dos laudos não é o tempo do processo. A consequência dessa dissonância é o não reconhecimento ou o reconhecimento equivocado de direitos inerentes à identidade indígena. Exemplos nesse sentido abundam na literatura antropológica.

João Pacheco de Oliveira (2003) faz importante resgate histórico do uso dos laudos antropológicos pelo Poder Judiciário. Explica que a expressão laudo antropológico começou a ser usada de modo sistemático na segunda metade da década de 1980, caracterizando-se então tais laudos como "um novo gênero de saber administrativo, centrado na articulação entre um solicitante – uma autoridade judiciária – e um perito – um especialista independente e altamente qualificado." (SANTOS; OLIVEIRA, 2003, p. 142). Destarte, "a atuação do antropólogo é primariamente científica e técnica, e não uma intervenção política." (OLIVEIRA, 2012, p. 125).

O reconhecimento da diversidade étnica traz consigo o reconhecimento do "outro", com o qual não se partilha formas idênticas de compreensão e nem mesmo valores orientadores de comportamento e julgamento. Todas as sociedades possuem formas de coibir eventuais violações a valores que lhe são caros. (AMORIM, 2010). A CR/88 reconheceu expressamente tal diversidade, especialmente em relação aos indígenas no artigo 231.

"Nesse sentido, qualquer crime praticado por ou contra indígena tem fundo étnico e os aparatos judiciais devem estar preparados e suficientemente arejados para lidar com o multiculturalismo no âmbito também do processo criminal." (AMORIM, 2010, P. 152). Não raro, delitos penais praticados por indígenas possuem vínculo com disputas por seus direitos, como os referentes à territorialidade. Nesse sentido, Amorim (2010); Silva (2015). Destarte, o olhar acurado do perito antropólogo pode auxiliar no desvendar dos fatos envolvidos em cada caso concreto.

A perspectiva conceitual e metodológica a nortear laudos periciais dessa espécie costumam partir da consideração de que a análise de conflitos socioculturais constitui um campo específico de reflexão da antropologia, cujo método focaliza um campo de relações no qual vários segmentos sociais disputam interesses entre si. Assim, nesse método, o conflito é considerado no tempo e no espaço e tem sua geografia, sociologia e história mapeadas. Cada

[9] A dissonância entre o tempo do processo judicial e o tempo dos estudos necessários à produção de um laudo antropológico em casos de demarcação e reconhecimento de terras indígenas parece ser ainda mais acentuado do que em processos penais. Para maior aprofundamento na temática, referimos SANTOS; OLIVEIRA (2003) e também a dissertação de Mércia Rejane Rangel Batista, intitulada "De caboclos da assunção à índios Truka: estudo sobre a emergência da identidade étnica Truká".

um dos atores é focado em seu ponto de vista e também o tipo de relação que mantém com os demais, de forma a serem minimamente revelados. (AMORIM, 2010).

Ocorre que o recurso aos laudos antropológicos acaba sendo um tanto quanto limitado em razão da compreensão por parte dos julgadores de sua dispensabilidade quando o indígena em questão é alfabetizado, possui documentos, relação de emprego ou quando mora na cidade. Como se tais fatos, por si só, apagassem a identidade indígena e as eventuais relações inter e intraétnicas que mantém.

O julgado cuja ementa segue abaixo transcrita é exemplificativo dessa argumentação, que ignora completamente os avanços nos estudos antropológicos acerca da identidade indígena.

> ÍNDIO INTEGRADO À COMUNHÃO NACIONAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. DECISÃO QUE ESTARIA EIVADA DE NULIDADES. DENEGAÇÃO DE HABEAS CORPUS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO PERANTE ESTA CORTE, À GUISA DE RECURSO. Nulidades inexistentes. Não configurando os crimes praticados por índio, ou contra índio, "disputa sobre direitos indígenas" (art. 109, inc. XI, da CF) e nem, tampouco, "infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas" (inc. IV ib.), é da competência da Justiça Estadual o seu processamento e julgamento. **É de natureza civil, e não criminal (cf. arts. 7º e 8º da Lei nº 6.001/73 e art. 6º, parágrafo único, do CC), a tutela que a Carta Federal, no caput do art. 231, cometeu à União, ao reconhecer "aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam"**, não podendo ser ela confundida com o dever que tem o Estado de proteger a vida e a integridade física dos índios, dever não restrito a estes, estendendo-se, ao revés, a todas as demais pessoas. **Descabimento, portanto, da assistência pela FUNAI, no caso. Sujeição do índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal, em geral, inexistindo razão para exames psicológico ou antropológico, se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade, a qual, de resto, nem chegou a ser alegada pela defesa no curso do processo. Tratando-se, por outro lado, de "índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa", como verificado pelo Juiz, não se fazia mister a presença de intérprete no processo**. Cerceamento de defesa inexistente, posto haver o paciente sido defendido por advogado por ele mesmo indicado, no interrogatório, o qual apresentou defesa prévia, antes de ser por ele destituído, havendo sido substituído, sucessivamente, por Defensor Público e por Defensor Dativo, que ofereceu alegações finais e contra-razões ao recurso de apelação, devendo-se a movimentação, portanto, ao próprio **paciente, que, não obstante integrado à comunhão nacional, insistiu em ser defendido por servidores da FUNAI**. Ausência de versões colidentes, capazes de impedir a defesa, por um só advogado, de ambos os acusados, o paciente e sua mulher. Diligências indeferidas, na fase do art. 499 do CPP, por despacho contra o qual não se insurgiu a defesa nas demais oportunidades em que se pronunciou no processo. Impossibilidade de exame, neste momento, pelo STF, sem supressão de um grau de jurisdição, das demais questões argüidas na impetração, visto não haverem sido objeto de apreciação pelo acórdão recorrido do STJ. Habeas corpus apenas parcialmente conhecido e, nessa parte, indeferido. (HC 79530, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 16/12/1999, grifos nossos)

Esse julgado refere-se ao caso de Paulinho Paiakan, indígena da etnia Kayapó, acusado da prática do crime de estupro. À época, o fato recebeu grande notoriedade pela imprensa.

O argumento que mais chama atenção nessa ementa é a compreensão de que o disposto no artigo 231 da CR/88 diz respeito apenas a aspectos de natureza civil, mas não criminal. Essa interpretação restritiva não encontra fundamentos e é muito provável que esse argumento sequer encontraria eco no próprio STF atualmente. De qualquer forma, mesmo que produzido em 1999, o argumento ainda assim não se sustenta. Basta cotejá-lo com o artigo 6º do EI, que diz que "serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum." Ou seja, observa-se que o artigo 6º do EI, anterior à CR/88, estabelecia uma limitação no reconhecimento do respeito aos usos, costumes e tradições das comunidades indígenas. Ocorre que o artigo 57 do EI[10] consagra o reconhecimento também em âmbito penal. Destarte, nem mesmo sob o manto do paradigma anterior à CR/88 seria possível interpretar uma limitação ao reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas, que se circunscreveria a questões de natureza civil.

Em complemento, a partir da CR/88, tal possibilidade de limitação caiu em definitivo por terra. Assim, o artigo 231 da CR/88 tem ampla aplicação aos indígenas: tanto no que se refere às matérias, quanto às pessoas – sejam individualmente consideradas, seja enquanto grupos. Destarte, a ementa do HC n. 79530 apresenta uma limitação injustificada na aplicação do texto constitucional aos indígenas.

O passar do tempo traz consigo novas reflexões e a possibilidade de revisão de posicionamentos também ao Poder Judiciário. Entretanto, no caso dos indígenas réus em processos penais, a limitação quanto à aplicação da CR/88 se manterá até os dias atuais, salvo algumas exceções pontuais. Seja para afastar a inimputabilidade dos indígenas, seja para desconsiderar a possibilidade do erro de proibição, os argumentos utilizados vão sempre no sentido de que o contato interétnico promoveu a aculturação do acusado, como se sua identidade indígena a partir daí estivesse corrompida ou perdida. Nesse sentido há várias decisões, das quais citamos exemplificativamente, no STF, o HC n. 85.198/MA e no STJ, o HC n. 25.003/MA, o HC n. 243.794/MS e o Recurso Especial (Resp.) n. 1.129.637/SC.

[10] Diz o artigo 57 do EI – "Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte." Por tal redação é possível verificar que sequer o EI limitava o reconhecimento aos costumes indígenas à questões de natureza civil.

A definição da identidade indígena está vinculada à autodeclaração, que encontra amparo nos estudos especializados e também na legislação pátria, conforme já descrito. Todavia, os julgados analisados seguem utilizando parâmetros superados, que levam à ideia da aculturação. É como se o culturalismo, na vertente dos estudos assimilacionistas, seguisse em pleno vigor, a despeito de sua superação inclusive legislativa! Como justificar a permanência desses argumentos em julgados posteriores à CR/88? Para tais julgados, então, a identidade indígena seria estática, imutável e pressuporia total ausência de contato interétnico.

Seguindo os critérios adotados pelos julgados analisados, indígenas não poderiam aprender português, nem portar documentos ou exercer atividade remunerada. É a perpetuação da imagem do "índio genérico e abstrato" (OLIVEIRA, 1978,p. 14) que não possui diversidade entre si e que deve ser integrado à sociedade nacional de forma genérica. Todavia, tal imagem não correspondem nem à realidade fática, nem à atualidade dos estudos antropológicos e nem ao estágio atual da legislação pátria.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do breve percurso realizado pelos estudos acerca da identidade indígena constatou-se uma progressão não linear, mas fundamentada do quanto sua abordagem antropológica se modificou e aprofundou ao longo do tempo histórico, especialmente a partir da década de 1970. Assim também o Direito sofre o influxo do tempo. Em verdade, a partir de Lopes (2006) podemos afirmar que o Direito organiza e reconstrói o tempo e o espaço de forma peculiar. No caso da identidade indígena, percebe-se que sua reconstrução pelo Direito, através dos Tribunais, tem levado tempo maior que aquele demandado pelos próprios indígenas. Todavia, os novos tempos democráticos trazidos pela CR/88 não se coadunam com esse tempo por demais alongado em lhe dar efetividade.

Ao deitarmos o olhar sobre os julgados que têm como réus indígenas, à luz dos estudos antropológicos sobre identidade étnica, percebe-se que mudanças se fazem necessárias. Ainda que ao Judiciário caiba o papel central de aplicador da norma jurídica, este não pode virar as costas para o avanço das ciências, como é o caso da compreensão acerca da identidade indígena. Muito embora o presente trabalho não tenha mencionado todos os julgados sobre o tema no STF e no STJ a partir de 1988, aqueles citados são exemplificativos da ampla maioria, que seguem na mesma direção. Ao que tudo indica, todavia, a mudança já iniciou, tímida, como dão mostras alguns poucos julgados que superaram as discussões acerca

da aculturação e integração do réu indígena na sociedade nacional. Entretanto, como dito, são ainda exceção.

É índio quem assim se afirma, nos termos do artigo 1º, item 2, da Convenção 169 da OIT. Caso existam fundadas dúvidas acerca de tal identidade ou do grau de compreensão do indígena acerca das normas e valores da sociedade envolvente, e como forma de coibir eventual má-fé, cabe ao magistrado solicitar a elaboração de laudo pericial antropológico.

Em síntese, é possível afirmar que os "benefícios" previstos no artigo 56 do EI devem ser aplicados aos réus indígenas pelo simples fato de serem eles índios. Pelas razões já referidas, é totalmente inadequado e discordante com a CR/88 qualquer referência ao grau de integração do indígena à sociedade envolvente. Tanto a atenuante quanto o cumprimento da pena em regime especial de semiliberdade previstos no artigo 56 do EI são, ambas, medidas necessárias, especialmente quando se considera o âmbito de atuação do Direito Penal e da gravosidade de suas consequências.

Em verdade, é necessário inverter a lógica de aplicação do artigo 56 do EI. Deve deixar de ser utilizado para legitimar a investigação e constatação do grau de integração do réu indígena e, então, lhes negar qualquer desses benefícios em razão de sua aculturação. No lugar dessa interpretação seletiva e equivocada do artigo 56 do EI, entendemos que cabe sua aplicação a todos os réus indígenas, posto ser esta mais adequada ao reconhecimento de sua dignidade e à nova ordem constitucional inaugurada em 1988. Enquanto o EI não for substituído por nova norma, condizente com a CR/88, sempre haverá o risco de interpretações normativas que ressuscitem velhos fantasmas, como é o caso da perspectiva assimilacionista.

BIBLIOGRAFIA

AMORIM, Elaine. A perícia antropológica no processo criminal: estudo de caso. *In*: VILLARES, Luiz Fernando. (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2010.

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. *In*: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade**. Seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 185-227.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 out. 2015.

BRASIL, **Lei n. 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 09 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 79530**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. 16 dez. 1999. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+79530%29%2879530%2ENUME%2E+OU+79530%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zjcznva . Acesso em 23 maio 2016.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Antropologia do Brasil:** mito, história, etnicidade. 2. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LOPES, Mônica Sette. **Uma metáfora**: música & direito. São Paulo: LTr, 2006.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Perícia antropológica. *In*: LIMA, Antonio Carlos de Souza (Coord.). **Antropologia e direito**: temas antropológicos para estudos jurídicos. Brasília / Rio de Janeiro / Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia / LACED / Nova Letra, 2012, p. 125-140.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada "transição política brasileira". In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de (Org.). **Constitucionalismo e História do Direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, p. 207-247.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Identidade, etnia e estrutura social**. São Paulo: Pioneira, 1976.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A sociologia do Brasil indígena**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT.** Brasília: OIT, 2011.

PINTO, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. Grupos étnicos e etnicidade. *In*: LIMA, Antonio Carlos de Souza (Coord.). **Antropologia e direito**: temas antropológicos para estudos jurídicos. Brasília / Rio de Janeiro / Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia / LACED / Nova Letra, 2012, p. 68-78.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade**. Seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

SANTOS, Ana Flávia Moreira; OLIVEIRA, João Pacheco de. **Reconhecimento étnico em exame**: dois estudos sobre os Caxixó. Rio de Janeiro: Contra Capa; LACED, 2003.

SILVA, Isabelle Braz Peixoto da. **Vilas de índios no Ceará Grande**: dinâmicas locais sob o Diretório Pombalino. Campinas: Pontes Editores, 2005.

SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio**: criminalização de indígenas no Brasil. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18728/1/2015_TedneyMoreiraDaSilva.pdf . Acesso em: 16 maio 2016.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.