

DA PRISÃO DO INDÍGENA E A INSPEÇÃO JUDICIAL

MASSIMO PALAZZOLO

Juiz Federal em Bauru/SP, Doutorando em Processo Penal pela PUC/SP e Mestre em Direito pela UNIMES.

Reza o art. 231, primeira parte, da Magna Carta:

“Art. 231. *São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições ...*”¹ Grifei

Dispõem os arts. 1º, Parágrafo único e 56, parágrafo único, ambos da Lei nº 6.001/73:

“Art. 1º (...);

Parágrafo único. *Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas ...;*

Art. 56 (...).

Parágrafo único. *As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.*” Grifei

Por sua vez, prescreve o art. 10, da Convenção nº 169 da OIT Sobre Povos Indígenas e Tribais (promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004):

“1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais;

2. *Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.*” Grifei.

Analisando os dispositivos supracitados, podemos constatar que tanto o poder constituinte originário, o legislador infraconstitucional e o Estado Federal quiseram dar um tratamento diferenciado para proteger as comunidades indígenas, em razão da própria vida que levam, isto é, mais comunitária do que individual, com sua moradia, caça, plantio e até seu encarceramento, quando tiverem de ser punidos penalmente.

Para o encarceramento em aldeia, o Estado-Juiz deve assegurar-se, por meio de uma inspeção judicial, devidamente materializada em laudo de exame de local e fotografias, que aquele acusado e/ou condenado lá coabita em comunidade indígena, preserva as tradições de seus antepassados, de acordo com seus próprios padrões culturais, suas instituições sociais e seus sistemas.

A fim de que os indígenas permaneçam custodiados em aldeias, quer provisória ou definitivamente, parece ser imprescindível à realização da inspeção judicial, para aferir: se durante o dia, trabalham na lavoura, caçam, efetuam refeições com seus pares; e se, durante a noite, recolhem-se à casa de alvenaria e/ou similar, construída quer pela FUNAI ou por eles próprios, sob pena de estar se violando o princípio da igualdade na execução provisória e/ou definitiva de pena (CF, art. 5º, *caput* e Lei nº 7.210/84, art. 3º, parágrafo único).

¹ Manuais de Legislação Atlas. “Constituição da República Federativa do Brasil”. Organização: Alexandre de Moraes. 27ª Edição - 2006.

Reza o disposto no art. 440, do Código de Processo Civil:

“Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.”

Ressaltamos que é perfeitamente possível a utilização do instituto da inspeção judicial na seara do direito processual penal, por força do prescrito no art. 3º, do Código de Processo Penal:

“Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

Se dentro da cultura da comunidade indígena, presente está a moradia coletiva, o plantio e a caça, além é claro, do não encarceramento nas punições penais, não resta dúvida de que acusados e/ou condenados por infração penal estão a exercer direitos que lhes foram reconhecidos, que, diante das circunstâncias fáticas a serem constatadas, por meio de inspeção judicial, não devem ser modificados pelo Estado-Juiz.

Não parece suficiente, para aplicar o rigor da legislação processual penal aos acusados e/ou condenados indígenas, o fato de algum deles ausentar-se da Aldeia ou não ter comparecido à audiência de instrução, desde que, é claro, restem plenamente justificadas as irregularidades pelo órgão federal de proteção e assistência dos indígenas.

Enfatizamos que tal benefício deve atingir tanto aos indígenas que vivem em aldeias como aos que foram, de alguma forma, influenciados pela cultura da sociedade não indígena, isto é, dos brancos, desde que, comprovadamente, sejam reconhecidos pela comunidade indígena e que sua segregação a esta afete.

Nesse sentido, Roberto Lemos dos Santos Filho:

“Os direitos estabelecidos na legislação indigenista brasileira não podem ser contemplados apenas aos índios que vivem em aldeias e que tiveram ou têm pouco ou nenhum contato com a cultura da sociedade não indígena envolvente. Impõe-se que também sejam assegurados aos índios influenciados pela cultura dos brancos os direitos previstos na legislação indigenista, desde que esses índios sejam reconhecidos pela comunidade indígena como tais e que sua segregação afete a comunidade.”²

Se não se reconhecer tais direitos aos índios, estar-se-á a violar o que se busca, dentro de um Estado Democrático de Direitos, que são os valores civilizatórios reconhecidos pelo Poder Constituinte Originário às comunidades indígenas.

BIBLIOGRAFIA

Nunes, Luiz Antônio Rizzatto, 1956 - *Manual da monografia jurídica*/Rizzatto Nunes: 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2002.

² Santos Filho, Roberto Lemos dos, *Boletim dos Procuradores da República*, “Índios: Prisão Cautelar e Cumprimento de Pena Privativa de Liberdade às Luzes do Estatuto do Índio e da Convenção 169 da OIT”, março 2008, p. 27.