

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS NAS ALDEIAS INDÍGENAS

SEXUAL VIOLENCE AGAINST CHILDREN IN INDIGENOUS VILLAGES

Josiele Zambiasi¹
Lara Alves de Oliveira²

RESUMO: Os crimes de violência sexual possuem alta gravidade e são repudiados pela sociedade por ferirem princípios fundamentais constitucionais e valores éticos morais ligados ao respeito a pessoa humana, razão a que o instituto penal brasileiro procura, severamente, através de medidas de aplicação de penalidade extirpá-los. O Estatuto Penal que lida com esses casos passou por muitas reformas com o avanço da sociedade e ainda não se atentou às mudanças tradicionais, já colonizadas, existentes no Brasil. As vítimas desses atos repudiados são crianças indígenas que sofrem pela cultura na qual muitas das vezes o abusador pertence a mesma etnia. O Estatuto do Índio que protege a cultura por meio do Órgão Institucional FUNAI não traz uma definição clara da capacidade dos indígenas quanto a sua responsabilidade, compreendendo que os mesmos são inimputáveis, diferente do que dispõe o sistema biopsicológico adotado pela teoria finalista que rege o Código Penal. Diante disso o Estado fica inerte ao cumprimento de normas e leis para amparar a criança indígena em estado de vulnerabilidade sexual. Acresce que é necessário a intervenção Estatal com medidas urgentes para sanar a referida situação, vez que, encontra-se no Brasil pouquíssimas tribos isoladas em relação a quantidade de indígenas socializados, civilizados e conhecedores das normas Brasileiras.

Palavras-chave: Indígenas. Abuso Sexual. Crianças. Funai. Estado.

ABSTRACT: The crimes of sexual violence are highly serious and are repudiated by society for violating fundamental Constitutional principles and moral ethical values linked to respect for the human person, which is why the Brazilian penal institute seeks to minimize them through measures of application of penalties. The Criminal title that deals with these cases has undergone many reforms with the advancement of society and the traditional changes already colonized in Brazil have not yet been considered, the victims of these repudiated acts are indigenous children who suffer for the culture where the abuser often belongs. the same ethnicity. The Indian Statute that protects the culture through the Funai Institutional Body does not provide a clear definition of the capacity of indigenous people regarding their responsibility, thus understanding that they are unimputable, different from the biopsychological system adopted by the finalist theory that governs the Penal Code, in view of this, the State is inert in complying with norms and laws to support children in a state of sexual vulnerability. In addition, State intervention is necessary with urgent measures to remedy the aforementioned situation, since there are very few isolated tribes in Brazil in relation to the number of socialized, civilized and knowledgeable Indigenous peoples of Brazilian norms.

Keywords: Indigenous. Sexual abuse. Children. Funai. State.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário UNA- *Campus Bom Despacho*/MG. laraalvesdeoliveira28.

² Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário UNA- *Campus Bom Despacho*/MG. josie.le_30@hotmail.com. Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNA. 2022. Orientadora: Profa. Pauliana. Maria Dias, pós-graduada em direito processual, pelo Instituto de Educação Continuada - IEC; pós-graduada em Direito do Trabalho pelo Instituto de Educação Continuada - IEC; mestre em Direito Processual, pelo Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professora Adjunta I - da UNA - *Campus Bom Despacho* e *Divinópolis*, advogada.

I INTRODUÇÃO

A presente explanação abordará um tema pouco falado em discursões, mas não menos importante dentro do Direito Penal Brasileiro, haja vista o teor da gravidade dos casos envolvendo a violência sexual dentro das Aldeias Indígenas. De um lado a honra, imagem, a vida privada, a intimidade são respaldadas pela Constituição Federal, de modo inviolável, e em outra vertente, a mesma norma que sobrepõe esse direito ampara a Cultura Indígena.

Nesse diapasão, pontos questionadores como o conflito de normas no que tange a mais de um direito constitucional, serão levantados de forma que, se levará ao pensamento crítico racional, como o Estado entra defronte a esses direitos fazendo com que as garantias fundamentais prevaleçam acima de qualquer pirâmide hierárquica. Importante salientar que há uma diferença nos conceitos de índios e indígenas, e eis aqui a peça chave para o conhecimento de quem a FUNAI apoia e qual norma deverá ser sustentada no amparo do direito ao caso concreto.

O Código Penal aponta vários tipos de violência sexual, e o foco principal do estudo está sobre os casos envolvendo vítimas indígenas, crianças, em situação de vulnerabilidade tendo como autor do “delito” sujeito do mesmo convívio social, que para a lei, é considerado indígena devidamente protegido por norma específica e o instituto da FUNAI, sendo sua condição e capacidade ligadas a sua natureza tribal e não ao sistema biopsicológico adotado pelo Direito Penal Brasileiro para aplicação de penas.

Será discutido em primeiro momento até onde as leis penais podem operar para sanar esses casos de patente de reprovação social. Aponta o amor homoerótico pré-colonizado dentro das Aldeias Indígenas, que o Estado enxerga como forma de manter a cultura, mais que em algumas práticas culturais permitem abrir um leque de oportunidades para que o crime ocorra de maneira silenciosa, não deixando rastros para imposição estatal no amparo as vítimas com aplicação de medidas protetivas.

Por influência de vários relatos de crimes que ocorrem nas aldeias indígenas, exemplifica-se a questão através do documentário “Hakani” que mostra de forma direta rituais sagrados que para as leis brasileiras são considerados crime de infanticídio. Na mesma vertente, se tem o amor homoerótico nas aldeias. Uma tradição, que a pesquisa abordará na análise dogmática, utilizando da metodologia da pesquisa científica e de levantamentos de casos concretos que não podem ser observados como tabus para intervenção do Estado. Para tanto soma-se ao estudo o ponto de vista de vários doutrinadores como Ederson Na-

dir, Fabiano Prado de Brum, Ormar Veronese autores da obra “Indígenas no Brasil” e Luiz Henrique Eloy Amado autores da obra “Povos Indígenas no Brasil”.

Não há no objetivo presente uma pesquisa cujo modelo seja afirmativo no que tange certo ou errado, apenas o desenvolvimento de análise crítica a fim de chamar atenção para casos que, praticamente, são esquecidos pelo Estado, mas que a população deseja a justiça. É sob este ponto de vista que será tratada a violência sexual, em um cenário já marcado pela classe hoje minoritária, os indígenas, mas que sua proteção não deixa de fazer parte de direitos e garantias fundamentais constitucionais.

2 DIREITOS HUMANOS E O RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A ciência considera que humano é a parte da espécie *homo sapiens*; homem, mulher ou criança; uma pessoa. Direitos é aquilo que é permitido; liberdades que são garantidas, para a mesma organização. Chama-se o Direitos de “Humanos” porque é como cada pessoa espera ser tratada. Como o direito de viver livre, falar o que pensa e ser tratado. Reale (2007, p.7) define direito como uma ciência, para o autor é uma “ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributivas relações de convivência segundo integração normativa de fatos segundo valores.”

1476

Existem várias definições de Direito além do que foi dito por Reale (2007), a maioria aplica-se a um certo grupo, mas os Direitos Humanos são os únicos que se aplicam absolutamente a todos, em qualquer lugar. Isso significa que as crianças, idosos, pobres, jogadores de futebol, professores, africanos, indianos, cristãos, mulçumanos, cabalistas, ateus, todos sem extinção tem os mesmos direitos, pois eles são universais. (BRASA, 2013).

De acordo com as Nações Unidas existem no total de 30 Direitos Humanos que estão agrupados e todos eles constam na Declaração Universal de Direitos Humanos, ou seja, o documento mais aceito no mundo sobre o assunto e que demorou a ser conquistado. Como bem pontuou Castilho (2018) direitos humanos traz, na sua essência, o pensamento de reconhecimento a proteção que os direitos fundamentais não possuem, vez que os mesmos são apenas eivados de normas legais escritas inerentes à pessoa humana.

Em tempos remotos os Direitos Humanos não eram reconhecidos e não se ouvia falar, conforme bem aponta Bezerra (2020) a partir da atitude Ciro II (539 a.C) após conquistar a Babilônia, através de seu pensamento revolucionário de que todas as pessoas seriam portadoras de direitos, inclusive de seguir sua própria religião, passou-se a crescer a ideia de que havia uma Lei Natural sem ser necessária uma norma escrita.

Diante de muitas conquistas históricas, de pensamentos modernizados e atrocidades, como por exemplo, o extermínio dos judeus por Hitler, a ideia de que o ser humano deveria ser respeitado foi enxergada e externalizada. E a partir da reunião das Nações da Terra, com o propósito básico para reafirmar a fé, os direitos humanos fundamentais restaram reconhecidos formalmente. Dentre estes direitos, agora acreditados, está a “dignidade e valor da pessoa humana”, o que inclui a sua dignidade sexual, conforme preceitua a Declaração Internacional dos Direitos Humanos. (BRASA, 2013).

3 DIGNIDADE SEXUAL: PROTEÇÃO DA HONRA

Para início, é importante falar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana inserido na Constituição Federal, afinal, é o ser humano o ente mais importante na formação do Estado como nação. Portanto, proteger sua reputação é um dever, pois sua honra é de valor essencial e inerente a sua dignidade. A honra pode ser classificada de forma objetiva quando o juízo de valores é feito pelo próprio indivíduo e também subjetiva quando este analisa seus próprios atributos. (BRASIL, 1988)

É possível dizer que todas as pessoas já nascem com valores e esses precisam de proteção. Honra é um princípio, e sabiamente Mirandola, ao escrever sobre o homem, o enaltece:

O homem é o mais afortunado dos seres vivos e, conseqüentemente, merecedor de toda admiração; do que pode ser a condição na hierarquia dos seres que lhe são atribuídos, que atrai sobre si a inveja, não dos brutos sozinho, mas dos seres astrais e as inteligências que habitam além dos confins do mundo. Uma coisa superando crença e ferir a alma com admiração. Ainda assim, como poderia ser de outra forma? Pois é por este motivo que o homem é, com justiça completa, considerada e chamou um grande milagre e um ser digno de toda a admiração. (MIRANDOLA, 1946, p. 57).

Nesse sentido, é visível a razão a que defende tão bem as leis a dignidade da pessoa humana, como instituto fundamental de direitos e garantias oferecidos pelo Estado. Na verdade, não é necessário, para tanto, uma norma para dizer que o ser humano precisa de um direito por escrito que esteja voltado a sua honra, pois, em se tratando de princípios estes antecedem mesmo a própria regra, porque são baseados nos costumes de um povo. Nesta esteira, referencia o valor da dignidade a pessoa humana, Kant (1795), que dizia que “aquilo que tem preço pode ser substituído por qualquer outra coisa com preço similar; mas a dignidade, não se admite substituição pois está acima de qualquer preço.”

No que diz respeito a dignidade sexual, não há um conceito que lhe seja específico, tendo como sua origem o conceito de dignidade a pessoa humana, acrescido de um bem

jurídico penalmente tutelado que protege os indivíduos nas suas relações sexuais, entendendo-se, portanto, pelo respaldo a honra. O Pacto de San José da Costa Rica prevê que o Brasil é um país signatário e que a dignidade da pessoa humana deve ser valorada vez que o ser humano reconhece sua dignidade como direito natural, em sentido aberto, protegendo, através das normas, a paz individual, conforto existencial e integridade sexual. (BRASIL, 1962).

Na visão de Nucci (2015, 31) “a dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto de fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um.” Diante disso, visando proteger os princípios da dignidade da pessoa humana e aos valores inerentes a estes, como a dignidade sexual, o legislador brasileiro inseriu no Código Penal várias formas de violação sexual em um capítulo único a fim de respaldo e garantia de direitos atinentes a esta.

4 TIPOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL E CRIMES SEXUAIS

A sociedade evolui, e por diversas vezes o Código Penal brasileiro passou por micro reformas de acordo com o este avanço, para que se pudessem repudiar os crimes que ferem a dignidade sexual. Neste capítulo será elencado as mais diversas formas de configurações de crimes contra a dignidade sexual que avançaram com o tempo de acordo com costumes da sociedade. Sobre esta questão, já se manifestou Hungria, citado por Capez (2012, p.25 apud Hungria, 1983, p. 77):

[...] O vocábulo ‘costumes’ é aí empregado para significar (sentido restrito) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, equivale mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais. (CAPEZ, 2012, p. 25)

Nesse diapasão, com alteração recente do Código Penal, que inclusive trouxe a baila acréscimos ao capítulo que trata da violência sexual, considerando todos os avanços sociais, o artigo 146 da Lei Penal estabelece que o constrangimento a alguém mediante violência ou grave ameaça, obrigando a este a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso é considerado crime contra a dignidade sexual. (BRASIL, 1940) O que se compreende é que não é necessário mais a configuração desse tipo penal apenas com a conjunção carnal e sim qualquer ato libidinoso que seja manifestado sem o consentimento da vítima. Para melhor compreensão Capez traz o entendimento de que:

Os atos que antes configuravam crime de atentado violento ao pudor (CP, art. 214), atualmente revogado pela Lei n. 12.015/2009, passam a se integrar o delito de estupro, sem importar em abolitio criminis. Passou-se a ter uma atipicidade relativa, com a mudança de um tipo para outro, o atentado violento ao pudor está inserido ao tipo penal “Estupro” com incidência da mesma pena. (CAPEZ, 2020, p.77)

Além disso o sujeito passivo, anteriormente, se figurava apenas na mulher, sendo que, com o passar dos anos, a configuração do instituto passou a considerar qualquer sujeito em condição de vítima. Segundo o artigo 213 do CPB para a consumação do delito estupro basta constranger “alguém”, o que reporta a qualquer sujeito na condição de vítima: homens, mulheres, crianças. Podendo inclusive incidir condições específicas de acordo com o grau do ato praticado. (BRASIL, 1940).

Conforme a explicação de Rodrigues (2021, p.174), “o próprio nome diz, essa espécie de crime pode ser praticada por qualquer pessoa”, ou seja, quando se fala em tipos de violência sexual é justamente por isso, porque a configuração não ocorre apenas a partir da conjunção carnal entre homem e mulher e sim de todo ato libidinoso por qualquer sujeito ativo tendo como vítima qualquer sujeito passivo, e o Código Penal traz uma listagem das diversas formas de consumação do crime. Por exemplo, anterior a lei 13.718/18, o instituto estupro coletivo se configurava quando praticado em concurso de pessoas, tendo a pena um aumento de quarta parte, em razão da sua consumação por duas ou mais pessoas. O referido artigo permanece, porém o inciso I já não é mais utilizado e o legislador inseriu um novo inciso, com novo aumento de pena, com fração de $\frac{1}{3}$ a $\frac{2}{3}$, se o crime for praticado mediante dois ou mais agentes. Conforme o inciso IV, letra a, depreende-se que o artigo se aplica a todos os crimes sexuais, mas com seguimentos exclusivos ao delito de estupro de acordo com a legislação. (BRASIL, 2018).

Outro tipo, para a mesma categoria de estupro, está inserido no mesmo capítulo na alínea b, cuja configuração ocorre quando o autor estupra a vítima na desculpa de controlar seu comportamento sexual, exemplo, sujeito é mulher, mas possui orientação sexual diferente o autor na prática do delito, no entanto deseja provar o contrário. De acordo com o artigo 213 do Código Penal o crime de estupro para se consumir deve haver grave ameaça e constrangimento. Isso significa que se acaso houver um simples temor reverencial, o dispositivo a ser aplicado ao tipo será artigo 215 do Código Penal, que configura pela necessidade de se analisar o caso concreto, acrescentada a condição do autor com todos os seus conhecimentos e condições especiais. São exemplos a violação sexual mediante fraude ou ainda a importunação sexual. (BRASIL, 1940)

A violação sexual mediante fraude ocorre quando o agente, de forma desonesta, retira o preservativo sem o consentimento da parceira ou parceiro. Acresce que adota majoritariamente a aplicabilidade única de pena na pluralidade de atos, o que diferencia de países que, costumeiramente, aplicam a penalidade ato por ato. Na ausência dos fatos, adota o concurso de crimes, havendo homicídio, responde pelo artigo 121 além do ato sexual consumado. (BRASIL, 1940)

Ainda dentro do que dispõe o artigo 215, alínea a, do Código Penal, que não exige violência ou grave ameaça, encontra-se a importunação sexual, que se configura com a prática de ato libidinoso com terceiro sem seu consentimento, com própria lascívia, tendo a pena de 1 (um) ano a 5 (cinco) anos se o ato não constituir crime mais grave. (BRASIL, 1940)

Acresce-se, que muito embora revogado pela Lei 13.718/18, o artigo 61 do Decreto Lei 3.688/41, que tratou a importunação sexual ofensiva ao pudor, que não requer sujeito passivo para se consumar, aplica-se o artigo 218-A, quando a prática for realizada na frente de menor de 14 anos, o que poderá induzi-lo a presenciar, a fim de satisfazer própria lascívia (BRASIL, 1940).

Importante ressaltar que esse título está inserido pela subsidiariedade expressa. Portanto, se o ato não constituir crime mais grave, o que permite a conduta punível no artigo 215-A. Ou o mesmo seja praticado contra terceiro, o que se presume uma pessoa específica a quem se deve dirigir o ato de satisfação própria. (BRASIL, 1940).

Os tipos de violência sexual praticados contra a sociedade civil acima avençados, bem como os crimes sexuais, rotineiramente são processados e punidos pelos Tribunais, no entanto há uma especialidade na sociedade ainda ignorada pelos aplicadores do Direito, que é a violência sexual e crime sexual contra menores nas aldeias indígenas.

5 INDIGENAS BRASILEIROS

O Censo do IBGE de 2010 indica cerca de 247 línguas indígenas faladas pelas 305 etnias identificadas no Brasil, e a maioria dos povos falam português, considerando que na distribuição geral, a Região Norte concentra a maioria dos indígenas. (IBGE, 2010). No Sudeste a maioria se encontra no espaço urbano. No norte, centro oeste e sul no espaço rural, sendo que o Censo aponta 896.917 habitantes indígenas no Brasil, ou seja, menos que 0,5% da população brasileira. Com dados diretos da FUNAI, 80 povos indígenas desapareceram no Brasil no século XX. (IBGE, 2010).

Mais da metade da população indígena no Brasil está dividida em 10 etnias, a exemplo, se tem os Guaranis, Ticunas, Potiguara, Guajajara, Pataxós. E dentro das etnias há ainda a separação por troncos linguísticos, ou seja, ainda que pertencentes a mesma etnia pode haver diferenças não só linguísticas, mas também culturais para cada povo. (IBGE, 2010).

5.1 ÍNDIOS E INDIGENAS

Para melhor compreensão da palavra Índio e Indígena, nada melhor do que os próprios se descreverem como pensam de si mesmos, e o Daniel Munduruku (2017) que deve-se levar em consideração que as populações ancestrais indígenas só ficaram reconhecidas a partir de 1970, efetivamente. Anterior a esse tempo os mesmos eram invisibilizados e colocados um apelido “Índio”, que soa para os povos uma alcunha desqualificada.

Para Manduruku (2017), na década de 70 a juventude indígena que queria fazer parte de uma sociedade maior usava a palavra “índio” como forma de protesto, se referindo a definição política, mas quando a mesma palavra era usada pela sociedade brasileira subentendia-se no sentido de desdém ao povo indígena, ligada ao estereotípico. Se um Yanomami, Tupinambás ou Xavantes, por exemplo, usasse a palavra “índio” seria no sentido político, para reforço da origem, mas “índio” não os definia, como não os define. Em contraste, basta observar o número 49 da tabela periódica indicando tal expressão como elemento químico. Além disso, o dicionário da língua portuguesa acresce que o significado está relativamente ligado aos primeiros habitantes, povos originários. Em resumo, não se pode reduzir “índio” na condição de colonizado, até porque esse período é passado e em naqueles tempos antigos os mesmos não faziam parte da sociedade comum como fazem atualmente.

Muduruku (2017) ainda segue a visão de que a palavra “indígena” com origem do latim, diz respeito aquele nativo do lugar onde se vive, ou seja, povos que viviam em um país antes de sua colonização, como bem frisado pelas Nações Unidas (1986), ou seja, os indígenas fazem parte da sociedade miscigenada e que foi desenvolvida após a colonização decidem valorar suas tradições repassando para gerações futuras sua identidade étnica.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 no artigo 231, dita que, aos índios são reconhecidos como organização social, de acordo com os costumes, a língua falada, as crenças praticadas e tradições, garantindo aos mesmos os direitos originários sobre as terras que ocupam tradicionalmente. (BRASIL, 1988).

Compreende-se, portanto, que os indígenas são cidadãos como qualquer outro conforme estabelece a Constituição Federal no artigo 5º, e aos mesmos também estão respaldados os princípios da dignidade da pessoa humana inseridos na Constituição Federal, artigo 1, inciso III do mesmo diploma legal.

Por essa razão, os indígenas devem efetivar seu direito a dignidade sexual e as práticas delituosas que ferem a dignidade sexual, devem ser reconhecidas nas aldeias indígenas também como se reconhece a qualquer outro membro da sociedade. A violência sexual contra vulnerável deve ser punida quando ocorre com a criança indígena, assim como qualquer outra criança, não devendo ser levada por questões culturais, até mesmo porque os próprios se consideram indivíduos civilizados ao convívio da sociedade brasileira.

6 VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS NAS ALDEIAS INDÍGENAS

Por se tratar de uma civilização antiga, carece de aprofundamento na história para análise cultural que mostre como era o comportamento dos indígenas pré-colonizados. Sobram poucos vestígios tradicionais que são praticados até nos dias de hoje. Freyer (1993) na obra “Casa Grande e Senzala” manifestou sobre o encontro dos Europeus com os indígenas seguindo relatos nas “Cartas Jesuítas” escritas pelo Padre Joseph Anchieta (Anchieta, 1554, p. 68) “as mulheres andavam nuas e não sabem negar a ninguém” que para a religião era a cobiça aos homens, e aos olhos do referendo, pecado. Porém para Freyer (1993) uma cultura diferenciada.

Nada de estranho se nota nesse cenário, até porque em se tratando de povos pré-colonizados que viviam em selvas, não possuindo qualquer contato com o homem que usava das etiquetas de comportamentos para vivência em sociedade, as mulheres desnudas eram apenas um modelo do fator sociocultural, diferentemente do que compartilhava o padre assustado com a prática de nudez, que disseminaria propagação infernal sobre a terra, conforme bem relatado pelo religioso Joseph Anchieta (1554).

Para Freyer (1993) como qualquer outro povo, os indígenas pré-colonizados tinham cultura típica e após o Europeu chegar no Brasil essas práticas foram aos poucos extintas com a infiltração de outras culturas que formaram a miscigenação do Estado Brasileiro. Os novos conceitos do certo e o errado Europeu junto com o catolicismo foram introduzidos no sistema cultural indígena que, até então, não passavam de práticas costumeiras pré-colonizada. Como o “estupro coletivo” contra a vítima criança, menor para fins legais, e pelo ordenamento jurídico vigente, considerado crime. Ato que, embora pouco falado, per-

siste com frequência em algumas tribos causando repúdio até para a população indígena da atualidade, vez que não são mais considerados pré-colonizados e fazem parte do Estado como um todo.

Referindo-se a atualidade e a cultura indígena, importante noticiar que a ex ministra da mulher, família e Direitos Humanos, Damara Alves (2021), concedeu recentemente, entrevista ao Brasil Paralelo citando o ritual Puxirum como prática cultural, exemplificando o caso de um atendimento a uma criança indígena, vítima de ato sexual exposta em uma montanha e estuprada por 32 homens. Os tios e professores pertencentes a mesma etnia, não puderam se mover na busca da intervenção da prática vez que estavam ameaçados de morte. Dos relatos o sangue escoava pelo terreno rochoso e pensaram que a criança estava com a vida ceifada. Só após o término do chamado ato cultural foi possível o socorro.

Em caso similar e recente, publicado pela jornalista Isabel Santos (2021) no jornal Amazônia Real a notícia que tratou a situação da menina Ana Beatriz, de apenas 5 anos, da etnia *Sateré Mawé*. A criança foi capturada dentro de sua própria casa por dois homens pertencentes a mesma etnia em seguida estuprada até a morte. Os autores confessaram a prática do crime e relataram na data dos fatos estarem sob o efeito de álcool e drogas.

Diante a esses exemplos e outros tantos casos verídicos, é necessário a intervenção estatal para a aplicabilidade de medidas que visam a proteção das crianças e adolescentes conforme, prevê a Lei Especial 8.069/90, que os respalda, independente da crença ou etnia.

7 INDÍGENAS E APLICABILIDADE DE PENAS

Tudo começa com a Constituição de 1988 regulamentando a demarcação de terras indígenas, garantindo aos indígenas direito ao espaço de habitação a fim de promoverem dali seu sustento, cuidando da fauna e da flora, “preservando os recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua produção física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições [...]” (BRASIL, 1988). O texto ainda prevê, no §2º, artigo 231, que as terras destinadas aos mesmos, importa em posse permanente, cabendo inclusive o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e os lagos existentes naquelas. (BRASIL, 1988)

O direito às demarcações de terras indígenas, ganhou força depois de um cenário de luta colonial, apontando como principal causa a invasão do homem branco a fim de explorar o habitat natural que viviam as famílias indígenas, deteriorando as riquezas que a floresta possuía. Na fala de Krenak, ex-coordenador nacional da UNI, o Estado não poderia

ficar omissos, alheios, àquela agressão movida pelo poder econômico, pela ignorância do que significava ser um povo indígena e que estes teriam um jeito de pensar, de viver e sem condições fundamentais para manifestação de suas tradições, vida e cultura que nunca colocariam em risco a existência sequer dos animais que viviam nas áreas indígenas e a outros seres humanos. (CÂMARA, 1997).

Além do direito a demarcações de terra outras garantias e preceitos fundamentais como por exemplo, a educação e igualdades sociais, foram defendidas pelos jovens que estavam sendo inseridos ao mundo do “homem branco”, que muito embora viessem da selva, gostariam que suas tradições fossem preservadas. (CÂMARA, 1997).

Entende-se conforme o extraído do texto constitucional que os indígenas são povos protegidos por direitos e garantias fundamentais como qualquer ser humano, porém no que pese aos deveres, a Lei Civil não referenciou a sua capacidade, deixando que esta regulamentação a Lei Especial. (BRASIL, 2002).

Em 2002 foi promulgado o Estatuto do Índio com o intuito de proteger os direitos e garantias fundamentais desse povo, e nele está acrescentada uma definição que ratifica o que exposto no capítulo anterior, pois “considera silvícola ou índio todo aquele que possui origem ou ascendência pré-colombiana, que se identifica ou é identificado a uma etnia que possui características distintas da sociedade nacional.” (BRASIL, 2002)

A lei 6.001/02, artigo 4º, divide esse povo em três espécies:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura. (Artigo 4º, Lei 6.001/02)

Não existe no ordenamento jurídico “índio relativamente incapaz”, os índios isolados e os índios em vias de integração são incapazes e tutelados pela FUNAI. E qualquer ato praticado por esses índios, na ausência da organização, é considerado nulo de acordo com artigo 8º da Lei 6.001/02. Isso quer dizer que para fins penais se um índio comete ato considerado crime, este não está sujeito às sanções do Código Penal, a não ser que o mesmo tenha potencial conhecimento do ato conforme determina o parágrafo único do referido artigo. (BRASIL, 1988).

7.1 FUNAI, ORGÃO PROTETOR DOS INDÍGENAS

Conforme o Ministério da Justiça e Segurança Pública expõe, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) foi criada em dezembro de 1967 pela lei n.º 5.371, com personalidade jurídica de direito privado, com Estatuto devidamente amparado pela Lei 9.010/17. Tem como função, em nome da União, a proteção dos direitos dos povos indígenas como identificação e delimitação, registrar e monitorar as terras além de traçar medidas e políticas para proteção daqueles que ainda vivem isolados. Cabe também ao órgão desenvolver políticas de desenvolvimento sustentável controlando possíveis ações de impactos ambientais, além de oferecer garantia a educação escolar indígena, participando do controle social respeitando as tradições. (GOVERNO, 2020).

O respectivo órgão é respaldado pela Constituição Federal a fim de contribuir com a formação de um Estado pluriétnico, promovendo os direitos e garantias fundamentais nela inseridos como a crença, tradição, cultura, costumes e autodeterminação dos povos. O Regimento Interno da FUNAI, aprovado pela portaria n.º 666/PRES, estabelece no artigo 2º, inciso IX que o órgão poderá exercer o poder de polícia em defesa a proteção dos povos indígenas. (GOVERNO, 2020).

Em 2019 a FUNAI informou que há no Brasil 26 povos em isolamento. A pesquisa é feita através do monitoramento, sendo possível constatar a necessidade da efetivação das garantias e direitos fundamentais. Com todo o preparo a fundação busca a comunicação levando esses direitos a estes isolados, como por exemplo, a saúde, efetivando-a sem interferir na vida privada do indígena, a fim de manter sua cultura. Após a assistência os mesmos voltam o convívio ao lugar de origem, a selva. (GOVERNO, 2020).

Diante de todas as responsabilidades da FUNAI na proteção dos índios, percebe-se que o respectivo órgão não coopera na repreensão da violência sexual contra as crianças indígenas, pelo contrário, considera os índios inimputáveis para fins legais, o que se verá a seguir.

7.2 MEDIDAS PROTETIVAS APLICADAS AS CRIANÇAS INDIGENAS

Os crimes de violência sexual em contexto amplo, social, na maioria das vezes se consuma no silêncio, deixando a vítima vulnerável a prática, principalmente quando essas se tratam de crianças, que já são vulneráveis por natureza, e pouco sabem manifestar a situação que as desconfortam. Compreende Pereira e Coelho que abuso sexual contra menores:

Em sentido estrito é ato sexual realizado por meio de força, coação irresistível, chantagem, abuso do pátrio poder ou utilização de substâncias ou benefício que dificultem ou reduzam o discernimento da criança. É ato legalmente punido independente da violência real. Em sentido amplo, pode-se entender como qualquer forma de exploração sexual de crianças e adolescentes, incentivo à prostituição, turismo sexual, rufianismo e a pornografia infantil. (PEREIRA; COELHO, 2010, p.3).

Quando é mencionado o silêncio como instrumento para consumação da violência sexual, este se justificaria ao autor da agressão justamente pelo medo de ser descoberto pela sociedade, que pode fazer com ele o mesmo ato que cometeu contra terceiro. Por se tratar de crime de alta gravidade, de patente reprovação social, o sujeito passa pelo “Tribunal Social”, o que é incontornável pelo Estado. Nos dizeres de Alcides (1997, p. 123) “a violência sexual entre prisioneiros é muitas vezes eminente, justificada como sendo a manifestação de uma pena imposta e prevista por uma ‘regra social interna’ dos presídios.”

Porém, ao que pese a violência sexual contra menores nas aldeias indígenas, nota-se que diante dos vários casos ocorridos, o silêncio não instrumentaliza a consumação necessariamente, pois como o abusador sabe que a FUNAI protege sua cultura diante ao seu Estatuto Próprio que define a capacidade como condição em que vivem, não considera o sistema biopsicológico adotado pela teoria finalista que rege as normas do Direito Penal Brasileiro. Portanto, o agressor não se preocupa em velar o cometimento do crime.

1486

Lado outro, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a condição de criança se pauta na idade, sendo considerada toda pessoa com até 12 anos incompletos. São portadoras de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana sem distinção da raça, religião ou crença, sexo, cor, etnia, ambiente social ou comunidade que vivem, conforme extraído do parágrafo único, artigo 3º da Lei 8.069/90. (BRASIL, 1990).

A referida lei prevê também que é dever da família, comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar esses direitos com prioridade a proteção e socorro em qualquer circunstância. À criança e ao adolescente estão salvaguardados o direito de não se submeter a qualquer forma de discriminação, negligência, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1990). Incluindo-se então, a proteção contra violência sexual, indistintamente.

Quando esses direitos da criança e do adolescente são suprimidos, o Estatuto adota medidas sérias, podendo inclusive afastar a criança do convívio social quando o ato sexual é cometido no âmbito familiar, eis o questionamento da referida medida protetiva do afastamento do convívio familiar em casos de violência sexual não se estender aos atos prati-

cados por indígena pertencente a mesma comunidade da vítima, haja vista que a criança indígena também deveria ser afastada da comunidade (BRASIL, 1990).

Num primeiro momento a Lei 6.001/01 prevê no artigo 8º que os atos praticados por índio não integrado a pessoa estranha à comunidade indígena são nulos, ou seja, àquele que não faz parte do convívio nacional. E ainda o parágrafo único estabelece que a regra não estabelece ao índio que tenha consciência e conhecimento do ato praticado. Pois bem, os casos que envolvem violência sexual contra crianças indígenas são praticados por indígenas conscientes, com capacidade de discernimento, incluídos no convívio nacional, além do que, a própria população indígena não se considera sujeitos pré-colonizados e se acham completamente inseridos na miscigenação que constrói o povo brasileiro. Portanto, a regra prevista no artigo 8º da Lei 6.001/01 só é aplicada àqueles índios não integrados, em situação de isolamento. Os próprios dados emitidos pela FUNAI dizem que a quantidade de índios em isolamento é de apenas 26 povos, ou seja, pouquíssimos ainda não inseridos no convívio brasileiro.

Nesse contexto, o artigo 56 da Lei 6.001/02 dispõe que, acaso o índio venha ser condenado por infração penal, a pena deverá ser atenuada e o Juiz deve reconhecer o grau de integração do mesmo, sendo o regime de cumprimento nas penas de reclusão e detenção o de semiliberdade, no local de assistência ao índio ou habitação do apenado. (BRASIL, 2002).

No caso em tela, não se deve falar de medidas protetivas aos indígenas e sim de crime que merece reprovação tendo o juízo de valores como análise. A controvérsia está justamente nessa questão, pois, primeiro a lei 6.001/02 não adota o instituto da capacidade regido pelo Código Civil, e isso influencia no reconhecimento da capacidade pena vez que a capacidade indígena está ligada a condição que o indígena se encontra. Ademais quando o Estatuto do Índio é analisado verifica-se que a regra da nulidade dos atos dos indígenas não se aplica aqueles que tenham consciência dos do que foi praticado, pois o silvícola é inimputável. Desta forma, é claramente visível a omissão do Estado em não transmitir com clareza a aplicação de penalidades aos indígenas que praticam atos delituosos considerados violências sexuais contra criança da mesma comunidade, aldeia ou tribo pertencente, ou qualquer outro membro integrante deste grupo até porque os indígenas que praticam atos de violência sexual contra criança possuem conhecimento da ilicitude.

Conforme discorrido anteriormente, as conquistas Constitucionais em 1988 estão ligadas ao território indígena, a terra, e por não ter uma norma penal específica que respal-

de as crianças indígenas vítimas de abuso sexual, os tribunais ao realizarem julgamento em matéria penal, acabam não tendo fundamento jurídico a se basear e remetem a decisão ao direito material territorial inserido no artigo 109 na Constituição Federal o que é completamente diferente do tema abordado, violência sexual contra crianças indígenas. O julgado abaixo ratifica esta assertiva:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO NO SENTIDO ESTRITO. VIOLÊNCIA SEXUAL. PRATICADA POR INDÍGENAS CONTRA VÍTIMA INDÍGENA. INEXISTÊNCIA DE DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 140/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1 – Em representação pela prisão preventiva de indígenas (sete) acusados da prática de violência sexual contra vítima indígena, a decisão recorrida declinou da competência federal, determinando à remessa do expediente à Justiça Estadual de Roraima, decisão que em sintonia com a jurisprudência, não merece reforma, tanto mais que a (suposta) conduta foi praticada fora da unidade sujeita à jurisdição federal.

2 – O critério primordial para a definição da competência da Justiça Federal, no que diz respeito a questões indígenas, está relacionado à disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI – CF), ausente na hipótese. “Compete a Justiça comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima” (Súmula 140/STJ).

3 – Recurso em sentido estrito desprovido. (Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1, Recurso em Sentido Estrito SER: 0004122-08.2017.4.01.4200).

Desta feita, fica claramente demonstrado que pela ausência de norma específica o Judiciário não tem embasamento coerente nas suas decisões, deixando, portanto, o assunto sem respaldo Estatal. Sendo necessário com urgência normas referentes a capacidade civil do indígena que reflete em sua responsabilidade penal.

1488

Em resumo, a capacidade do indígena deveria permanecer apenas àqueles que não foram inseridos na sociedade, como bem já demonstrado, poucos. Não há o que se falar em índio inimputável pois praticamente todos já fazem parte da miscigenação do Estado e estão inseridos na sociedade como qualquer outro cidadão, têm potencial conhecimento da ilicitude e merecem reprovação no que tange aos atos de violência sexual contra criança nas comunidades indígenas.

CONCLUSÃO

Conforme discorrido, o abuso sexual nas aldeias indígenas existe e de forma significativa. A pretensão e importância do tema se pauta em expressar de forma esclarecedora a existência desta violência sexual contra crianças indígenas e a ausência de resposta do Estado a elas. Consideradas o futuro da nação e que por muita das vezes pela omissão do Estado, à criança indígena não se garante a proteção devida a seus direitos e garantias fun-

damentais, previstos na Constituição Federal. É de suma relevância não menosprezar os povos minoritários, zelando pela cultura, tradições e crenças, em contrapartida não é justo associar a maravilhosa cultura que possui o país e suas diversidades, com o crime. E se os próprios indígenas se consideram como povo desenvolvido intelectualmente, capazes de viver em sociedade com todas as garantias de direito que possui o cidadão, como a saúde, educação, trabalho, lazer não há o porquê inculcar-lhe proteção especial, como se fossem pessoas demasiadamente vulneráveis, indivíduos sem capacidade civil e penal, ou mesmo sem discernimento do que é certo ou errado ao homem médio.

O crime por sua vez, está sendo consumado de forma escancarada, tendo como pano de fundo a cultura (preservada) indígena. No entanto, é dever do Estado combatê-lo a fim de promover a segurança social e o respeito as crianças indígenas, não se esquivando das obrigações voltadas a preservação sexual, entendendo que não há bem mais precioso que o ser humano. Efetivamente, o tema se torna mais sério quando se trata de menores, que não sabem por muito se expressar, e se a FUNAI é um órgão protetor dos indígenas no mínimo deveria estar lutando contra as práticas criminosas ocorrentes nas aldeias a fim da preservação da dignidade sexual das crianças indígenas respaldadas pelo ECA.

REFERÊNCIAS

1489

BADARÓ, Gustavo. **Código de Processo Penal Comentado**, 4^a ed. rev. atual. ampla. Revista dos Tribunais, 2021.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**, Dos crimes contra pessoa. 8. ed. rev. atual. ampla; São Paulo. Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 12^a ed. rev. atual. ampla. São Paulo. Saraiva 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 12^a ed. rev. atual. ampla. São Paulo. Saraiva 2012.

CÓRDAS, Tákis Athanássios, **Transtornos da Personalidade**, 2^a ed. rev. atual. ampla. Grupo a Educação, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. 9^a ed. rev. atual. ampla. Salvador. JusPODIVM. 2017.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal anotado**, 4^a ed. rev. atual. ampla, Rio de Janeiro, 1980.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 14^a ed. ver. rev. atual. ampla. Niterói. Impetus. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Volume único, 4^a ed. rev. atual. ampla. Salvador. 2020.

MARTINS, José Salgado. **Sistema de Direito Penal Brasileiro**, Rio de Janeiro, 1967.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICOS. Funai.Brasil: Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br> Acesso em 20 de abr. 2022

MIRABETE, Júlio Fabbrici; FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 7^a ed. rev. atual. ampla. Salvador. Atlas S.A, 2011.

MUNDURUKU, Daniel. **O banquete dos deuses: uma conversa sobre origem da cultura brasileira**, São Paulo, Global Editora, 2009.

MUNDURUKU, Daniel. **O Karaíba: Uma história do Pré-Brasil**. 2^a ed. rev. atual. ampla. São Paulo. Melhoramentos, 2018.

SOUZA, Luciano Anderson. **Código Penal Comentado**, Revista dos Tribunais, 2020.

BRASA. Declaração Universal de Direitos Humanos: Disponível em: <https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/> Acesso em 27 de abr. 2022.

PLANALTO. CCivil_03/leis/16001: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm Acesso em 20 de abr. 2022.