

Índios: prisão cautelar e cumprimento de pena privativa de liberdade às luzes do Estatuto do Índio e da Convenção 169 da OIT

Roberto Lemos dos Santos Filho

Juiz Federal em Bauru (SP), mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos (SP).

Elaborado em 07.2007

Remarcando a disposição contida no art. 29.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos [01] (ONU/1948), o art. 5º, inciso II, da Constituição brasileira em vigor consagra o princípio da legalidade. Referido dispositivo preconiza o dever do Estado e dos cidadãos de submissão e respeito à lei. Na lição de José Afonso da Silva [02], o princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito e, por conseguinte, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

O princípio da legalidade impede o exercício de arbitrariedades pelo Estado; assegura ao particular o direito de não se submeter a injunções não estabelecidas em lei. Como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho [03], o princípio da legalidade é base fundamental do Estado de Direito, está no cerne da construção do sistema constitucional: a democracia representativa, que não tem por fim o engrandecimento do Estado, mas a liberdade dos homens. Segundo o citado mestre:

"(...) Apenas a lei pode circunscrever a liberdade porque é ela a expressão por excelência da vontade do povo, sendo estabelecida pelo Parlamento que o representa. Dessa forma, o princípio da legalidade é inerente à democracia.

(...) Se é reservado à lei determinar que se faça ou que não se faça alguma coisa, forçoso é reconhecer que os próprios poderes do Estado somente podem atuar dentro do campo estabelecido pela lei e segundo seus ditames."

O art. 5º da Constituição brasileira explicita o princípio da legalidade em diversos incisos relacionados com a aplicação da garantia no tocante a crimes e penas [04]. Prevê que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (inciso XXXIX), e dita que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos (inciso XLVI).

Referidas disposições da Constituição em vigor possuem assento em normas internacionais de direitos humanos, sobretudo o art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948 – ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU/1966 – arts. 9º e 10) [05] e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – arts. 5º e 7º – direito à integridade pessoal e direito à liberdade pessoal) [06].

A efetivação de mandamentos contidos em decisões ou sentenças proferidas com o fim de prevenir ou reprimir a prática de crimes é regulada pela Lei nº 7.210, de 11.07.1984, conhecida como Lei de Execução Penal. De acordo com os arts. 1º e 2º da mencionada Lei:

"Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária."

Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio [07] ensinam que a execução penal é regida pelos seguintes princípios: legalidade, isonomia, personalização da pena, jurisdicionalidade, reeducativo, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Os mencionados estudiosos esclarecem que:

"O princípio da legalidade na execução penal consiste em evitar excessos ou desvios na execução (art. 3º 'Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei'). O sentenciado não fica sujeito ao poder discricionário ou à arbitrariedade da autoridade administrativa, havendo a todo momento a fiscalização por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário.

O princípio da isonomia proíbe qualquer espécie de distinção entre os condenados (art. 3º, parágrafo único).

O princípio da personalização da pena indica que os condenados devem ser classificados visando individualizar o tratamento reeducativo, baseado nos antecedentes e personalidade, evitando a massificação da execução (arts. 5º e 6º da LEP). Objetiva-se cumprir o princípio constitucional previsto no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal da individualização da pena. Em virtude disso, para cada sentenciado pressupõe-se um tipo diferente de execução da pena, devendo o Estado submetê-los a uma prévia classificação, de acordo com sua personalidade e seus antecedentes".

Na dicção dos arts. 2º e 3º, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, o processo de execução penal será regido pelas normas nela postas e pelas constantes do Código de Processo Penal, não podendo haver qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política. A orientar a interpretação da Lei de Execuções Penais, sempre deve merecer atenção a regra do art. 3º do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03.10.1941), que admite interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito [08].

Não obstante o disciplinado no art. 3º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, que estabelece a impossibilidade de haver qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política, no tratamento de pessoas privadas da liberdade por força de decisão ou sentença judicial, tal regra recebe temperamentos expressamente previstos em lei, como autorizado pelo art. 3º do Código de Processo Penal. Em específico, o comando legal em tela possui limitação expressa nos arts. 56 e 57 da Lei nº 6.001, de 19.12.1973 (Estatuto do Índio), que dispõem:

"Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

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 próximo da habitação do condenado.

Art. 57. 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."

O art. 5º, caput, da Lei Fundamental, garante o direito à isonomia, porém, o art. 231 da Constituição assegura aos índios o direito à diferença, ou seja, o direito de serem diferentes e de serem tratados de forma diferenciada. Para a preservação e respeito ao direito à diferença garantido aos índios pelo art. 231 da Constituição, em caso de execução de pena privativa de liberdade ou de prisão provisória de índios, é impositivo o cumprimento do normatizado pelos arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio.

Vale consignar, em vista do preceituado nos arts. 5º e 231 da Constituição e do disciplinado no art. 3º do Código de Processo Penal, que em hipóteses de prisão provisória ou definitiva de índio é obrigatória a observância dos comandos contidos nos arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio, porque fundados no critério especificador autorizador de tratamento antiisonômico relacionado ao direito à alteridade, que visa, em verdade, a proteção e a manutenção dos índios em sua própria forma de vida [09].

As normas dos arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio estabelecem forma de tratamento justo entre integrantes de sociedades culturalmente diferentes; preservam e dão eficácia ao direito à diferença. Possuem a marca de garantirem a sobrevivência física e cultural dos índios e evitam a perda da identidade étnica e cultural. Dão efetividade ao direito dos índios serem diferentes dos integrantes da sociedade envolvente e de serem tratados como tais.

Ao analisar o art. 56, parágrafo único, do Estatuto do Índio, Luiz Felipe Bruno Lobo¹⁰ [10] pondera que a disposição revela o intuito do legislador de não violar a condição de índio do condenado, impedindo que seja apartado do convívio de sua sociedade, uma vez que o contato interétnico, por si só, já é uma situação traumática, da qual certamente decorreu direta ou indiretamente o delito. Nesse passo, merecem reflexão as seguintes ponderações de Azelene Kaingáng [11], socióloga presidente do Warã - Instituto Indígena Brasileiro:

"Realmente o Brasil é feito de muitos Brasis, porque cada segmento sonha com um País que o acolha, os quilombolas, os indígenas, os afrodescendentes, os homossexuais... todos querem o seu Brasil e é natural que não se sintam incluídos num País onde uma minoria, que sempre sustentou o mito da democracia racial, tem muito e uma grande maioria não tem nada! Somos apenas 410 mil, graças a uma errônea política de extermínio adotada durante séculos e que matou milhões de nós em apenas 500 anos. É natural que o Brasil dos homens bons, de homens e mulheres nobres que aprovaram uma Constituição que tenta minimamente reparar toda a desgraça histórica sofrida pelos Povos Indígenas, sejam hoje questionados e acusados de errados e equivocados aos olhos do poder, da ganância e da intolerância.

Somos diferentes sim! Falamos mais de 180 línguas diferentes, é mais do que justo que o Estado que nos submeteu aos horrores do extermínio, assuma a responsabilidade de proteger o que ainda restam das nossas culturas, crenças, tradições e as terras das quais usufruímos."

Os arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio, que incidem em casos de prisão provisória ou definitiva de índios, além de possuírem assento constitucional, também têm fundamento de validade nas disposições contidas na Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais – Convenção 169 da OIT –, em pleno e inquestionável vigor no Brasil desde 19.04.2004.

A Convenção 169 da OIT define política geral para tratamento dos povos indígenas, obrigando os governos a assumirem a responsabilidade de desenvolver ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. Em seus arts. 9º e 10, a Convenção 169 da OIT preconiza:

"Art. 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Art. 10

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."

É certo, pois, que as disposições contidas nos arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio possuem fundamento de validade no art. 231 da Constituição e nos arts. 9º e 10 da Convenção 169 da OIT, pelo que merecem necessária aplicação em hipótese de prisão cautelar ou definitiva de índio, sob pena de ilegalidade e abusividade, com manifesta violação ao direito à diferença e ao Direito das Gentes.

Assentada a necessidade de observância das previsões contidas nos arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio, questão que sempre se apresenta de solução delicada é saber quem é índio, ou seja, quem pode ser albergado por essa regra de tratamento diferenciado. A jurisprudência se inclina, de forma preponderante, pela inaplicabilidade da regra para índios que tiveram acesso a informações e costumes da sociedade não indígena (confira-se: STJ, HC nº 11.862/PA, DJ 09.10.2000, p. 166; STJ, HC nº 30.113/MA, DJ 16.11.2004, p. 305; STJ, HC nº 40.884/PR, DJ 09.05.2005, p. 445).

Ocorre que esses julgados se fundam, em suma, em conclusão no sentido de que deixa de ser índio aquele que tem acesso às informações e à forma de vida da sociedade não indígena. Esse argumento, por si só, não é suficiente a autorizar a não incidência dos arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio, sob pena de prevalência da ultrapassada visão integracionista que orientou toda a legislação indigenista [12] brasileira editada antes da Constituição de 1988.

O assunto merece detida análise, visto o próprio órgão do Estado incumbido de proteger e zelar pela defesa dos índios, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, estima a existência de 100 a 190 mil índios vivendo fora das terras indígenas, inclusive em áreas urbanas [13]. A existência de índios vivendo em centros urbanos e que, inclusive, preservam os laços culturais com a sociedade originária é fato.

A ilustrar essa inferência é a matéria veiculada no jornal Folha de S. Paulo de 18.10.2006 [14], sobre o crescimento de migração de índios Pankararu para favela Real Park, no bairro do Morumbi, na capital do Estado de São Paulo. Fugindo da miséria da terra natal, quinhentas e nove famílias Pankararu vivem na favela da capital paulista e preservam sua cultura indígena, praticando o campê e o toré (sessões de mastigação e incineração de fumo, e dança).

Não obstante o registrado, importa destacar a existência de algum avanço no tratamento dado pelos tribunais com relação à prisão de indígenas, como o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 55.792/BA [15] que, dando efetividade ao disposto no art. 56, parágrafo único, do Estatuto do Índio, assegurou a um índio o direito de cumprir prisão provisória em regime de semiliberdade junto ao órgão da FUNAI.

Merece destaque que, em 17.11.2005, ao julgar o HC nº 85.198-3/MA [16], o Supremo Tribunal Federal proferiu acórdão paradigmático sobre o assunto. A 1ª Turma daquela Corte decidiu pela desnecessidade de realização de perícias psicológica e antropológica para aferição da imputabilidade de índio denunciado pela prática de crime, em vista do grau de escolaridade e fluência na língua portuguesa, porém, assegurou ao acusado o direito consagrado no art. 56 do Estatuto do Índio. Essa é a ementa do julgado:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS POR ÍNDIO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. ATENUAÇÃO DA PENA E REGIME DE SEMILIBERDADE.

1. Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente.

2. Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade.

3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei nº 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena.

Ordem concedida, em parte."

Sobre a questão relacionada à identificação do detentor do tratamento diferenciado assegurado pelos arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio, merece ponderação a assertiva de José Maurício Arruti [17] no sentido de que a tradição legalista e o forte senso comum sobre o que deve ser um índio (naturalidade e imemorialidade) têm funcionado como sérios obstáculos à implementação de direitos dos indígenas.

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.

Sobre a verificação de efetivamente se tratar de indígena o autor de crime e, portanto, merecer usufruir o tratamento não igualitário consagrado nos arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio, são valiosas as observações do antropólogo Eduardo Viveiros de Castro [18] em entrevista veiculada em publicação do Instituto Socioambiental. Em síntese, o mestre sustenta caber às comunidades indígenas definir quem é parente, ou seja, quem é índio, de acordo com as relações de afinidade, de filiação, de vizinhança, de parentesco ritual ou religioso.

Para a correta aplicação dos direitos assegurados aos índios nos arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio, o julgador deve atentar aos conceitos contidos no art. 3º, inciso I do Estatuto do Índio [19] e no art. 1.2 da Convenção 169 da OIT [20]. Também deve se socorrer do auxílio de profissionais de outras áreas da ciência (antropólogos, sociólogos, psicólogos) e, sobretudo, sempre que possível, deve aferir junto à comunidade indígena se o autor ou acusado pela prática de ilícito é reconhecido por

ela como um de seus membros, oportunidade em que poderá aquilatar, inclusive, o reflexo da segregação do réu na sociedade [21].

A legislação brasileira editada a partir de 1988 avançou muito no reconhecimento de direitos aos índios. Como observam Biviany Rojas Garzón e Raul Silva Telles do Valle [22], hoje o problema dos direitos indígenas não consiste mais no seu reconhecimento jurídico, mas em sua aplicação real. O Poder Judiciário também deve avançar, garantindo eficácia às leis protetoras dos índios.

Deve ser reexaminada a jurisprudência que ainda predomina, em grande parte construída no século passado sob o pálio de ultrapassada visão etnocêntrica e integracionista, que cuidava dos índios como categoria obrigada ao desaparecimento. Cumpre ao Judiciário assegurar o respeito e o efetivo reconhecimento da diversidade étnico-cultural dos povos indígenas, imprimindo eficácia aos comandos da Convenção 169 da OIT e demais instrumentos normativos internacionais formadores do Direito das Gentes.

Os direitos atribuídos aos índios pelos arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio, tanto em situações relacionadas com prisões provisórias, quanto em hipóteses de prisões definitivas, devem ser observados e aplicados de forma efetiva e eficaz, em respeito ao disposto na Constituição de 1988 e na Convenção 169 da OIT, como há pouco realizado pelos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça [23]. Assim haverá a necessária proteção do índio, seus costumes, sua cultura e instituições próprias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Ação civil pública, meio ambiente e terras indígenas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ARRUTI, José Maurício. Etnogêneses indígenas. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (ed.). Povos indígenas no Brasil: 2001-2005. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (ed.). Povos indígenas no Brasil: 2001-2005. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à constituição brasileira de 1988. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2000.

GARZÓN, Biviany Rojas; VALLE, Raul Silva Telles do. Brasil e Colômbia: resultados diferentes para realidades semelhantes. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (ed.). Povos indígenas no Brasil: 2001-2005. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

KAINGÁNG, Azelene. Eu sou diferente! Disponível em: <
<http://www.institutowara.org.br/ArtigoTodo.asp?NumeroMateria=9>>. Acesso em: 28.11.2006.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina. São Paulo: LTr, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 6. ed. atual. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação penal especial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Notas

01Adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua Resolução nº 217A (III) de 10 de dezembro de 1948. Publicada no Diário da República, I Série A, nº 57/78, de 9 de março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

02SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 362.

03FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à constituição brasileira de 1988. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2000, p. 28-29.

04"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...) LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal; (...) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária

competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; (...) LXVIII - conceder-se-á 'habeas corpus' sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

05Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU/1966): "Art. 9º. 1. Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa. Ninguém pode ser objeto de prisão ou detenção arbitrária. Ninguém pode ser privado da sua liberdade a não ser por motivo e em conformidade com processos previstos na lei. 2. Todo o indivíduo preso será informado, no momento da sua detenção, das razões dessa detenção e receberá notificação imediata de todas as acusações apresentadas contra ele. 3. Todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infração penal será prontamente conduzido perante um juiz ou uma outra autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciárias e deverá ser julgado num prazo razoável ou libertado. A detenção prisional de pessoas aguardando julgamento não deve ser regra geral, mas a sua libertação pode ser subordinada a garantir que assegurem a presença do interessado no julgamento, em qualquer outra fase do processo e, se for caso disso, para execução da sentença. 4. Todo o indivíduo que se encontrar privado de liberdade por prisão ou detenção terá o direito de intentar um recurso perante um tribunal, a fim de que este estatua sem demora sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação se a detenção for ilegal. 5. Todo o indivíduo vítima de prisão ou de detenção ilegal terá direito à compensação. Art. 10. 1. Todos os indivíduos privados da sua liberdade devem ser tratados com humanidade e com respeito da dignidade inerente à pessoa humana. 2. a) Pessoas sob acusação serão, salvo circunstâncias excepcionais, separadas dos condenados e submetidas a um regime distinto, apropriado à sua condição de pessoas não condenadas; b) Jovens sob detenção serão separados dos adultos e o seu caso será decidido o mais rapidamente possível. 3. O regime penitenciário comportará tratamento dos reclusos cujo fim essencial é a sua emenda e a sua recuperação social. Delinquentes jovens serão separados dos adultos e submetidos a um regime apropriado à sua idade e ao seu estatuto legal."

06Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): "Art. 5º - Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delinquent. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. (...) Art. 7º - Direito à liberdade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm

que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa."

07MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação penal especial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 166.

08Ao comentar o art. 3º do Código de Processo Penal, observa MIRABETE, Julio Fabbrini (Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 6. ed. atual. São Paulo: Atlas, 1999, p. 34): "Quanto ao resultado, a interpretação pode ser declarativa, restritiva e extensiva. Embora o Código de Processo Penal somente se refira à última, é evidente a possibilidade da interpretação declarativa ou restritiva, comum a todos os ramos do direito, às normas adjetivas".

09Conforme a lição de MELLO, Celso Antônio Bandeira de (O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 38-39): "(...) o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia. (...) Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada."

10LOBO, Luiz Felipe Bruno. Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina. São Paulo: LTr, 1996, p. 79.

11KAINGÁNG, Azelene. Eu sou diferente! Disponível em: < <http://www.institutowara.org.br/ArtigoTodo.asp?NumeroMateria=9>>. Acesso em: 28.11.2006.

12Como esclarece ANTUNES, Paulo de Bessa (Ação civil pública, meio ambiente e terras indígenas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 136): "(...) O direito indigenista é o ramo do direito positivo vigente na sociedade nacional que tem por função regulamentar a convivência entre as sociedades indígenas e esta mesma sociedade nacional. O direito indigenista, portanto, é um direito ocidental ('branco') criado para reger as relações dos indígenas com a sociedade envolvente."

13Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/funai.htm>>. Acesso em: 19.02.2007.

14Folha de S. Paulo, 18.10.2006, Cotidiano, C3.

15STJ, HC nº 55.792/BA, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 21.08.2006, p. 267/268.

16STF, HC nº 85.198-3/MA, 1ª Turma, Relator Ministro Eros Grau, DJ 09.12.2005, p. 16.

17ARRUTI, José Maurício. Etnogêneses indígenas. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (ed.). Povos indígenas no Brasil: 2001-2005. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 54.

18CASTRO, Eduardo Viveiros de. No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (ed.). Povos indígenas no Brasil: 2001-2005. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 41-49.

19Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 19.12.1973: "Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas: I - Índio ou Silvícola – é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional".

20Convenção 169 da OIT: "Art. 1º (...) 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção".

21Essa providência é possível em vista do disposto no art. 3º do Código de Processo Penal, aplicado em conjunto com o art. 440 do Código de Processo Civil.

22GARZÓN, Biviany Rojas; VALLE, Raul Silva Telles do. Brasil e Colômbia: resultados diferentes para realidades semelhantes. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (ed.). Povos indígenas no Brasil: 2001-2005. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 85.

23STF, HC nº 85.198-3/MA, 1ª Turma, Relator Ministro Eros Grau, DJ 09.12.2005, p. 16; STJ, HC nº 55.792/BA, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 21.08.2006, p. 267/268.