
JUSTIÇA NACIONAL X JUSTIÇA INDÍGENA: AS POSSIBILIDADES DE DIÁLOGOS INTERCULTURAIS COMO ESTRATÉGIA DE REDEFINIÇÃO DO FATO PUNÍVEL

National Justice X Aboriginal Justice: The Possibilities Of Intercultural Dialogs as na Estrategy Of Redefinition Of The Punishable Fact

Erika Macedo Moreira*

RESUMO: A formação de uma sociedade culturalmente heterogênea, decorrente dos fluxos migratórios (diáspora), tem dado lugar ao surgimento de Estados-Nacionais Multiculturais. O que impõe novos desafios para as garantias constitucionais, especialmente diante do fenômeno da criminalidade. Entretanto, como valorar um comportamento que traz na sua matriz de formação princípios e formas de ver o mundo, diferentes do pensamento majoritário - que 'normalmente' tende a ser condizente com a norma?

Dessa forma, o texto aborda a realidade das comunidades indígenas que habitam o território do Polígono da Maconha e os diferentes usos que estabelecem com a planta, que dá origem (ou continuidade?) a um processo de criminalização e estigmatização. Assim, busca compreender a controvérsia jurídico-constitucional em relação a competência para se lidar com os processos criminais no caso em que um índio figure como autor ou réu. Para então desembocar na construção de teses jurídicas que possam dar um tratamento diferenciado aos índios.

PALAVRAS-CHAVE: Multiculturalismo, princípio da igualdade x diversidade, culpabilidade e defesa jurídica.

ABSTRACT: The formation of a society culturally heterogeneous, caused by migratory flows (diaspora), has been substituted by the appearance of the Multicultural Estates, what imposes new challenges to the constitutional guarantees, especially in front of the criminality phenomenon. However, how is it possible to value a behavior that brings in its formation matrix principles and form of see the world different from the majoritarian opinion - which normally uses to be according to the rule?

Therefore the text talks about the reality of the aboriginal cultures that lives the Marijuana Polygon (Polígono da Maconha) and the different uses they give to the plant, what gives origin (or continuity?) to a process of criminalization and estigmatization. So, it tries to comprehend the constitutional-judicial controversy in relation to the competence to deal with the criminal processes in the case that an aboriginal is the author or the defendant. In order to cause end in the construction of juridical theses which can be able to give a different treatment to them.

KEY-WORDS: Multiculturalism, principle of equality X diversity, culpability, juridical defense.

INTRODUÇÃO

O artigo aborda a controvérsia jurídico-constitucional, provocada pela vigência da Súmula 140 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), que afronta a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e desconsidera os direitos fundamentais das comunidades indígenas, especialmente no que se refere ao processo de auto-afirmação de seus valores econômicos, sociais e culturais, especialmente no que se refere à noção de crime e de justiça.

O tema é uma continuidade dos estudos realizados na região do Submédio do Rio São Francisco (SMSF), região conhecida como o Polígono da Maconha do Brasil, durante o trabalho de conclusão do curso de Direito e o mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – ambos pela Universidade Federal Fluminense.

* Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGSD/UFF, Secretária Geral do Cerrado Assessoria Jurídica Popular, Prof^a de Sociologia do Crime da Pós-graduação *Latu Sensu* de Criminologia/ UFG, Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade de Jussara – contato: erika_adv@ig.com.br.

A análise histórica da origem e evolução da política proibicionista, em especial a de combate ao *narcotráfico*¹, nos permite vislumbrar como o tratamento criminológico atribuído desde o século passado gera questionamentos sobre sua eficácia e legitimidade, uma vez que seu fundamento legal está pautado na defesa da saúde pública, embora seu principal meio de combate seja a espada da segurança nacional. Portanto, vem sendo utilizada como instrumento necessário à ampliação do poder de punir do Estado (BATISTA, 1998).

A guerra contra as drogas foi internacionalizada pelo governo norte-americano, a partir da década de 1970, que ao decidir combater o seu “inimigo externo”, direcionou a repressão aos países produtores, especialmente localizados na América Latina (OLMO, 1990).

Como os países produtores da droga (localizados na América Latina, Ásia e África) se vêem limitados a desenvolver uma política de repressão de acordo com as leis internacionais, no Brasil, desde o século XX, não tem sido diferente, com sua ação pautada pelo uso da repressão penal severa (RICO, 1984).

Em 1995, o Brasil foi denunciado na ONU como produtor de maconha, obrigando-o a adotar uma série de medidas, como a criação de um território especial: O Polígono da Maconha (RIBEIRO, 2000) Conjugando a repressão com políticas de reforma agrária, como contraponto ao desenvolvimento econômico e social, as comunidades rurais são impactadas diariamente pelas políticas do Estado e pelos produtores da substância ilegal.

A *cannabis sativa*, conhecida como maconha, foi incluída no rol das drogas proibidas em 1937, nos EUA (ROBINSON, 1992). A proibição se deu por associação de interesses morais, racistas e econômicos - indústria petroquímica, da celulose e dos fármacos/ sintéticos. (MAIEROVITCH, 2002).

No Brasil, normalmente encontramos estudos voltados para a economia política das drogas (lavagem de dinheiro e a violência dos conflitos urbanos). Entretanto, observa-se, especialmente a partir da realidade do *Polígono da Maconha do Brasil*, que o meio rural também sofre com as políticas repressivas, diante do aumento da expansão da comercialização². Fato muito pouco difundido nos meios de comunicação e discutido nos espaços acadêmicos³.

Nesse território, localizado no sertão da Bahia e de Pernambuco, o acesso ao trabalho no cultivo da maconha, representa para a população local, mais uma das múltiplas formas de trabalho precarizado e acesso ao dinheiro. Os trabalhadores rurais são conscientes de que estão vendendo sua força de trabalho no plantio ilegal, e que, por consequência, podem ser presos e processados por tráfico – aliás, constituem uma categoria privilegiada das ações repressivas do Estado (MOREIRA, 2007).

No caso do SMSF, o fato da relação com a produção ilegal justificar-se pela necessidade de acesso ao dinheiro, instrumento de mediação social (SIMMEL, 1986),

¹ Importante esclarecer que a utilização deste termo (e suas variações, como narco-terrorismo) aparece em itálico, como forma de destacar uma categoria utilizada pelo senso comum, mas que não condiz com a caracterização correta dessa substância, uma vez que a maconha não é narcótico e sim estimulante. Entendemos que a utilização do termo ‘narco’ para todos os tipos de substâncias qualificadas como ilícitas (SQI), constitui uma estratégia do discurso proibicionista, que abstrai as propriedades de cada uma das SQIs e consolida uma linguagem universal preconceituosa para todas as SQIs.

² Sendo certo que também encontramos produção de maconha, em escalas diferentes, em outros territórios do Brasil, conforme nos demonstra os índices de apreensão localizados no sítio eletrônico da Polícia Federal – www.dpf.gov.br (os índices de apreensão de 1999 à meados de 2005 estiveram diretamente disponíveis. Hoje, a atualização está sendo de um percentual anual).

³ Com efeito, apenas a organização Presença Ecumênica e Serviços - KOINONIA e a Prof. Ana Maria Motta Ribeiro do Observatório Fundiário Fluminense vêm trabalhando sistematicamente a realidade da comunidade rural no Polígono da Maconha.

não exclui o sentimento de injustiça que habita as falas das pessoas que vivem na região, considerando a dívida histórica com aquela população (REMI, 2006).

Dívida essa que se torna ainda maior, quando pensamos nas relações com as comunidades étnicas⁴ (10 comunidades indígenas e cerca de 50 territórios quilombolas) que vivem na região, cujos processos de construção simbólica dos usos da maconha foram interrompidos em função da política criminal de drogas (HENMAN, 1986).

A maconha vinculada aos cultos africanos, como as sessões de umbanda e a capoeira; passou a fazer parte da cultura indígena, a partir do contato com os negros escravos. Assim, o cultivo da *cannabis* também serviu para criar uma categoria estigmatizada, associada à vagabundagem. Iniciava-se o mito da erva maldita.

A iniciativa de refletir sobre a forma como a política proibicionista atinge as comunidades rurais tradicionais veio a partir da vivência no SMSF⁵ e da leitura do texto de Maria Clemência Ramírez (RAMÍREZ, 2003), que retrata a ação política do movimento dos cocaleiros na busca pela superação da situação de ilegalidade, para serem reconhecidos como cidadãos, com legitimidade política de ação para questionar os efeitos da política de fumigação das suas culturas de coca pelo Governo Colombiano do Presidente Samper.

Em que pese às diferenças culturais e as devidas ressalvas entre os grupamentos⁶ identificados, o texto serve como horizonte para pensar como a ação política – consciente e de auto-afirmação da sua identidade, pôde desconstruir uma identidade negativa construída pelo Estado, que através de seu aparato repressivo descaracterizava a ação política e reprimia com violência, reiterando a condição de marginalizado.

No SMSF, entre as comunidades identificadas – indígena, quilombola e camponesa – foi com os índios, especialmente o povo Truká e Atikum, que o conflito ficou mais evidenciado, ganhando uma dimensão prática diferenciada. Ressaltando que para Carolina Leal (2006), é possível encontrar alguma incidência de conflitos em praticamente todos os povos de Pernambuco.

Para a educadora, os Truká resolveram enfrentar o problema quando compreenderam que a construção de um discurso negativo sobre eles, desqualificador da história do povo e de seus valores culturais, era a estratégia utilizada para diminuir a luta deles, criando uma rejeição junto ao povo da cidade para, desse modo, dificultar a retomada de terra.

Segundo Moacyr Ribeiro de Lyra Filho (LYRA FILHO, 2006), a necessidade das comunidades indígenas é mesma que faz com que a comunidade rural do SMSF venda sua força de trabalho no cultivo ilegal, na busca pelo acesso ao dinheiro. Entretanto, essa realidade/ necessidade é acrescida pelas ausências do poder público: no processo de reconhecimento e demarcação do território, no acesso à educação (na cidade sofrem preconceito e discriminação), na precariedade da saúde (principalmente pela falta de medicamentos), e, pela atuação 'ostensiva' da polícia militar dentro das reservas.

⁴ Ironicamente se têm utilizado o termo 'minorias' para fazer menção a uma ampla maioria de excluídos, pobres e usurpados, como os etnicamente diferentes. De todo modo, o reconhecimento é uma conquista, na letra da lei, da situação diferenciada a que estão sujeitos.

⁵ Durante as atividades de campo (em agosto de 2003 como assistente de pesquisa do projeto de Doutorado da Prof^a Ana Maria Motta Ribeiro e em novembro/dezembro de 2006, durante meu projeto de dissertação) foi possível perceber como o desenvolvimento da política de combate às drogas também é utilizado para perseguir e criminalizar as comunidades rurais.

⁶ O termo grupamentos sociais foi definido por *TOURAINNE (mimeo)*, para fazer menção aos diferentes tipos de organizações sociais que atuam na defesa dos DESC-A, devendo os movimentos sociais ser compreendidos a partir dos conflitos em torno dos: interesses coletivos, da identidade cultural e política e das forças políticas.

Segundo o Procurador Chefe da FUNAI/ PE, responsável pelas comunidades do Estado de Pernambuco e do sertão da Bahia, existe um percentual significativo de índios que respondem a processos criminais, no âmbito da justiça estadual, em função do plantio da maconha (LYRA FILHO, 2006); apesar da Constituição de 1988 albergar o direito à alteridade ao garantir aos índios o direito de preservação da cultura de seu povo (SOUZA FILHO, 2001) e estabelecer a competência da Justiça Federal para dirimir as contendas que envolvam as comunidades tradicionais.

De acordo com os precedentes do STJ e do STF, o ponto determinante – e extremamente complexo para se compreender apenas através do aporte jurídico – para justificar a competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual é saber se o conflito é ou não referente a questões ligadas à cultura indígena e aos direitos sobre suas terras.

Conforme veremos adiante, a prática judiciária tem sido no sentido de considerar o Juiz como mediador competente para auferir o grau de integração do indígena na sociedade e assim determinar a capacidade de imputabilidade plena, contrariando a Convenção 169 da OIT, recepcionada no Brasil através do decreto nº 5.051 de 2004 – que reafirma a necessidade de ser realizado estudo antropológico para apuração de o autor (ou vítima) ser realmente indígena, bem como dos reflexos do crime na comunidade em face de seus costumes. O que impõe a necessária intervenção da FUNAI e da Polícia Federal nos possíveis conflitos com a lei nacional.

1 SUJEITO CONSTITUCIONAL E DIVERSIDADE CULTURAL

A hipótese defendida é que a opção pelo enrijecimento legal e da repressão para a redução da oferta e da demanda das SQIs representa um modelo de política de drogas, que se contrapõe ao processo de auto-afirmação de comunidades indígenas, pois, ao restringir seus direitos fundamentais de caráter cultural, econômico, social e político; impede a construção de um discurso identitário sobre os usos possíveis da maconha.

No caso das comunidades indígenas, percebemos que sua relação com o plantio pode ser pautada, ao menos, por quatro formas de uso: medicinal, ritualístico, recreativo ou pelo acesso ao dinheiro. Sendo que mesmo nessa última hipótese, a Antropologia Política vêm trabalhando o conceito de re-elaboração cultural, sobretudo em função do papel do dinheiro nas comunidades (GORDON, 2007). Ademais, nunca é pouco lembrar que, nos dias de hoje (bem como no passado), não há que se falar em comunidades indígenas isoladas, sem relação com a cultura dominante dos brancos. A sobrevivência da cultura indígena passa pela necessária intermediação com os brancos, uma vez que, caso contrário, estariam extintos.

Assim, a política proibicionista, reificada por algumas decisões judiciais (em descumprimento à Convenção 169 da OIT), além de interromper o processo de afirmação dos usos simbólicos da maconha, é utilizada para criminalizar, oprimir e estigmatizar as comunidades indígenas; contrariando a garantia constitucional de reafirmação da diferença como mecanismo que amplia a igualdade (ROSENFELD, 2003).

Em contraposição ao paradigma da integração, cujo pressuposto era a tutela ao índio incapaz (pressupondo uma transição até a integração à sociedade), o paradigma recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é o da interação. Ou seja, reconhece o índio como diferente, sem que essa diferença inferiorize sua cultura (BARRETO, 2003).

Portanto, é instrumento de proteção e não de restrição, onde, ao contrário da idéia de incapacidade, o texto constitucional optou pelo reconhecimento da capacidade do índio de lutar e defender seus direitos. É a consolidação das novas identidades coletivas (LACERDA, 2007).

Como o direito também se constrói a partir das lutas sociais, os sistemas jurídicos, do Brasil e da América Latina, foram reconhecendo a pluriculturalidade e multi-eticidade dos grupos humanos organizados segundo sua cultura e tradição – embora a efetividade da letra da lei seja uma outra questão (SOUZA FILHO, 2001).

Esses novos direitos, de caráter coletivo, não individual, nascem do sentimento de pertencimento a um grupo social que necessita e deseja uma outra relação entre homem-natureza.

Nesse sentido, a Convenção 169 da OIT, recepcionada no Brasil através do decreto nº 5.051 de 2004, vem endossar a perspectiva multicultural e pluri-étnica, instituindo o direito à autodeterminação (BARBOSA, 2001).

O multiculturalismo aparece como efeito das sociedades modernas, marcada pela existência de grupos minoritários que exigem o reconhecimento de sua identidade e de suas diferenças culturais. Está no campo de debate dos estudos culturais (da afirmação da diferença trazida pelas críticas da pós-modernidade), mas que cada vez mais ganha espaço nas pesquisas de ciências sociais.

Stuart Hall apresenta cautela em utilizar o termo multiculturalismo, tendo em vista que sua proliferação não contribui para estabilizar ou esclarecer o seu significado. Distingue o multicultural (qualitativo/ plural), do multiculturalismo (substantivo/ singular), sendo que o primeiro descreve as características sociais e os problemas de governabilidade apresentados por qualquer sociedade, na qual diferentes comunidades culturais convivem e tentam construir uma vida em comum, ao mesmo tempo em que retêm algo de sua identidade 'original'. Enquanto o segundo refere-se às estratégias e políticas adotadas para governar ou administrar problemas de diversidade e multiplicidade gerados pelas sociedades multiculturais (HALL, 2003, p. 53). Embora o próprio autor reconheça que os termos são praticamente inseparáveis.

Entretanto, mesmo com a divergência conceitual (e prática) sobre a utilização do termo, o autor, apoiando-se em Bakhtin e Michele Wallace, sugere a continuidade de sua utilização, uma vez que o conflito estabelecido reflete a luta de classes e as estratégias de apropriações de seu valor e significado (signo).

Segundo o autor, o multiculturalismo assume posição central nas contestações políticas do mundo após a II Guerra Mundial, com a re-configuração estratégica das forças e relações sociais em todo o globo.

Ao contrário da concepção moderna em que a idéia de cultura aparece acabada, na pós-modernidade a cultura está em transformação, em movimento. Diante da intensidade de eclosões do 'ser diferente', trazidas pelo paradigma multicultural, há uma crescente consciência sobre a necessidade de relativizar, de contextualizar, de compreender os fatos sociais em lugar de querer absolutizá-los, tornando-os gerais e uniformes; ou de objetivá-los, tomando deles apenas suas características comuns e regulares (GOMES, 1998, p. 31).

A própria palavra cultura já traz um universo diferenciado de símbolos, daquilo que identifica uma comunidade como do que não a representa. Assim, pressupõe identidade e diferença.

Existem formas diferenciadas de se incorporar uma cultura em uma comunidade política. O 1º caso surge da incorporação cultural, da conquista e da colonização. Quando

uma cultura incorporada segue afirmando sua diferença e necessidade de auto-governo. E o 2º decorrente dos processos migratórios, individuais ou familiares.

A diversidade cultural existe quando em um país, Estado-Nação existe mais de um povo ou Nação. Quando as pequenas culturas constituem as minorias nacionais, ou seja, os estados multinacionais existem porque os povos mantêm sua lealdade aos Estados Nacionais. Potanto, existe uma diferença entre patriotismo – que se aproxima da idéia de lealdade a um Estado Nacional; e, identidade nacional – quando existe o sentimento de pertença a um grupo (KYMLICKA, 1996).

Para Will Kymlicka, Canadá, EUA e Austrália são exemplos de países em que a assimilação se tornou a estratégia para alcançar a estabilidade política. Ressaltando, entretanto, a diferença entre o mosaico étnico canadense (culturas sem justaposição), com o *melting pot* estadunidense. Diz que nos anos 70, os 03 países abandonaram o modelo assimilacionista e partiram para algo efetivamente mais plural, que destaca as diferenças étnicas, sendo a linguagem a primeira estratégia de incorporação.

No debate multicultural há ainda, que se diferenciar o Estado Multicultural do Estado Poliétnico. Conforme Kymlicka:

Un estado es multicultural bien si sus miembros pertenecen a naciones diferentes (un estado multinacional), bien si éstos han emigrado de diversas naciones (un Estado poliétnico), siempre y cuando ello suponga un aspecto importante de la identidad personal y la vida política. (KYMLICKA, 1996, p. 36)

Ressalte-se que há questões que não se inserem no multiculturalismo, como a marginalização das mulheres, dos gays, das lésbicas, uma vez que são questões transversais atravessando as fronteiras étnicas e nacionais, mas que não produzem uma cultura ou subcultura específica, diferenciada. Ao contrário, há uma identidade de lutas, uma vez que essas questões estão presentes internamente nas contradições das minorias e fora delas.

O debate multicultural demonstra como a integração ou assimilação em uma cultura, pode – ou não - promover uma ruptura com sua cultura ‘original’. A questão da desterritorialização, como a perda da relação “natural” da cultura com os locais geográficos, seguida pela reterritorialização, gera parciais, velhas e novas produções simbólicas (CANCLINI, 1998, p. 309).

O movimento da des- re- territorialização coloca o conflito numa visão mais multifocal e tolerante voltada para a autonomia cultural. Entretanto, diante da intensidade e da instabilidade valorativa, podem gerar outros conflitos. Assim, o sentido da desterritorialização “se constrói também em conexão com as práticas sociais e econômicas, nas disputas pelo poder local, na competição para aproveitar as alianças com os poderes externos”. (CANCLINI, 1998, p. 326)

Nesse sentido, Canclini pontua os estudos culturais como resultantes dos movimentos migratórios, nos obrigando a refletir sobre um novo modelo de fronteira. Para ele, a transnacionalização dos mercados simbólicos e as migrações não permitem uma teoria social baseada na dicotomia centro/periferia. Afirma:

Não explica o funcionamento planetário de um sistema industrial, tecnológico, financeiro e cultural, cuja sede não está em uma só nação mas em uma densa rede de estruturas econômicas e ideológicas. Também não dá conta da necessidade das nações metropolitanas de flexibilizar suas fronteiras e integrar suas economias, sistemas

educativos, tecnológicos e culturais, como está acontecendo na Europa e na América do Norte. (CANCLINI, 1998, p. 310).

Por fim, diria que Canclini trabalha a idéia de hibridização, como sendo um entre lugar, uma cultura em trânsito. A idéia de uma treliça, de linhas que se cruzam, formam novas linhas, que se cruzam com outras, mas que mantêm algo de específico, diferenciado.

Desta forma, o multiculturalismo gera o reconhecimento do pluralismo jurídico, na medida em que as novas identidades coletivas questionam a universalidade dos sentidos da igualdade.

2 A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A fim de pacificar entendimentos jurisprudenciais anteriores, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), editou a Súmula 140, determinando a competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar crime em que indígena figure como autor ou vítima, para casos em que a lide em questão não versar sobre os direitos indígenas.

Todavia, a prática das Cortes Superiores (isso para não comentar a atuação dos Tribunais locais) demonstra que a Súmula padece de revisão, especialmente por conflitar com o mandato constitucional e a Convenção 169 da OIT, onde, mesmo os crimes de motivação pessoal podem e devem ser julgados pela Justiça Federal.

Para verificar os costumes e a conduta do índio, bem como os reflexos do crime na comunidade indígena, a Convenção determina a produção de Laudo Antropológico, e a necessária intervenção da FUNAI para a defesa do índio. Além do mandato constitucional que determina a competência exclusiva da Polícia Federal para entrar no território indígena.

Importante considerar ainda, que a definição da Justiça Federal, além de garantir a necessária intervenção dos órgãos de assistência, afasta (ou ao menos inibe) as relações do juiz com os representantes do poder político local – que muitas vezes promovem ações de disputa de território com os índios, como no caso dos Truká, que durante a ação de retomada de seus territórios recuperaram terras que estavam em poder do Delegado da Cidade de Cabrobó.

Embora o paradigma contemporâneo do direito esteja marcado pela incorporação dos direitos coletivos, de grupos e classes que buscam através da lei afirmar o interesse específico de uma comunidade em particular – rompendo com a concepção igualitária e universal da lei; a prática judiciária opta por aplicar os valores decorrentes de normas de caráter geral e abstrato (ZAFFARONI, 1999).

Assim, a chamada crise do judiciário, portanto, inexoravelmente, passa pela falta de sintonia dos magistrados em lidar com problemas, cada vez mais de caráter político (FARIA, 2005), uma vez que o juiz tem de fazer escolhas entre normas e argumentos, igualmente protegidos pelo direito (CAMPILONGO, 1989). Entretanto, os juízes priorizam uma apreciação afastada do bem comum e do interesse social, demonstrando uma postura bastante conservadora, com conseqüências graves para a sociedade (FREITAS, 2005).

Muito embora não seja correto afirmar a existência de uma única e homogênea ideologia dentro dos tribunais, uma vez que cada juiz está permeado pela sua materialidade social - condições de vida e origem; e seus anseios de classe - sua formação cultural e acadêmica (QUINTANS, 2005).

Como os juízes realizam uma escolha valorativa (feita a partir do entendimento pessoal sobre justiça, desigualdade social ou qualquer determinada situação) podemos dizer que existem dois grupos de magistrados: um que confunde a noção de direito e justiça, a partir de uma moral universal, e um outro que parte da diversidade humana e moral⁷.

Portanto, ao interpretarem e criarem novas normas, acabam por gerar uma continuidade no processo de elaboração de normas, *não o começo de criação da norma jurídica*, criando regras específicas para os conflitos jurisdicionalizados (KELSEN, 2000).

Nesse sentido, Dworkin (2003) analisa decisões judiciais, para questionar o que tornam as proposições jurídicas como verdadeiras, tendo em vista a necessidade de se analisar as questões de fato, de direito e da moral.

Assim, parte da necessidade de apresentar o Direito como discurso político, onde a interpretação parte do universal para o particular, devendo a decisão satisfazer simultaneamente a segurança jurídica e a aceitabilidade racional. Incorpora, portanto, a idéia de que os direitos indisponíveis manifestam um sentido deontológico, porque formam um peso maior do que os bens coletivos.

Nesse sentido, Habermas (HABERMAS, 1997) apela à teoria procedimental para demonstrar uma dimensão de validade mais complexa, onde a racionalidade das normas jurídicas está diretamente relacionada com a racionalidade do processo democrático de construção da legislação política, impelindo a redução das decisões jurídicas aos discursos meramente morais. Com isso, a racionalidade discursiva judicial tende a estar em plena consonância com o conceito processual de cidadania (CARVALHO NETTO, *mimeo*).

É nessa tensão entre facticidade e validade, que Amartya Sen (2001) propõe uma re-leitura das correntes filosóficas do Direito contemporâneo, a partir da desconstrução dos sentidos de igualdade (atribuída pela corrente utilitarista), onde sua idéia de liberdade se aproxima da idéia de possibilidade (oportunidades reais).

Dessa forma, o processo de garantia efetiva dos direitos humanos (SANTOS, 2003), passa pelo reconhecimento das especificidades das novas identidades coletivas, cuja relação se torna ainda mais complexa diante da pluralidade de atores, métodos e formas de produção de direitos (RANDERIA, 2003).

Infelizmente, a interpretação/aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, enquanto mecanismo para reduzir a efetiva desigualdade das 'minorias sociais' tem ficado sujeita a análise do limite do possível, quando demonstra ser ao seu tempo adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (MENDES, 2007).

Através da análise da jurisprudência das Cortes Superiores, verifica-se que a competência da Justiça Federal fica restrita a 4 tipos de crime: contra a vida de índio, colocando em risco sua etnia, em face de disputas de sua terra e sua noção de território, de apropriação dos recursos naturais e da sua cultura.

O Ministro Gilmar Mendes do STF defende, durante seu voto no RE 419.528.3/PR, que o critério *persone* geraria obstrução da Justiça Federal com demandas banais. Enquanto o Ministro Eros Grau (HC 85.198-3/MA) considera importante analisar o critério de incorporação, ou seja, analisar a fluência da língua portuguesa, o nível de escolaridade, se trabalha ou adquire bens materiais fora da Reserva Indígena e o nível de liderança.

⁷ Importante destacar que muitos estão organizados em associações, sendo as principais dela a Associação de Juizes pela Democracia (AJD) e a Associação de Juizes federais (AJUFE), sendo que no Rio de Janeiro, temos ainda o Movimento dos Magistrados Fluminenses pela Democracia (MMFD).

A exemplificação acima demonstra a complexidade na definição do que são os direitos indígenas, daquilo que é ou não relevante para a preservação de sua cultura, e mais, a dificuldade dos magistrados oferecerem elementos suficientes (afastados do senso comum) para definir o grau de integração na sociedade, colocando a necessidade de terem suas decisões permeadas pelas conclusões antropológicas.

Coloca, em última instância, o desafio de superar uma situação colonial (e sua política de etnocídio), onde a cultura branca, uma minoria, em nome de uma suposta superioridade, impôs toda uma série de racionalizações, estereótipos e padrões de conduta discriminatórios em face dos índios, especialmente naquilo que se refere a sua definição. Com isso, a integração era estratégia de sobrevivência para ambas as culturas.

Portanto, em tempos de afirmação da diversidade e dos direitos humanos, a perspectiva multicultural vem demonstrar o descompasso entre direito e sociedade, especialmente quando nos referimos às comunidades tradicionais, como os povos indígenas.

Apesar da quebra do paradigma individualista diante da recepção da Convenção 169 da OIT, a efetivação do direito à autodeterminação dos povos e a reinvenção do sistema jurídico brasileiro, através da aplicação/ interpretação das normas, para reconhecer garantias coletivas e novas perspectivas de vida local, se apresenta como o grande desafio.

Portanto, diante do espetáculo da criminalidade que reifica os preconceitos, pensar justiça indígena, num contexto multicultural, é encontrar um lugar social diverso para o fenômeno do crime e a necessidade do controle social.

3 O PODER DO DINHEIRO

No caso do SMSF, o plantio no cultivo da maconha se constituiu no grande “pólo empregador da região”, onde o proletariado rural, para ter acesso ao dinheiro, se sujeita às diferentes relações de trabalho: recebimento de diária (podendo chegar até R\$ 100,00 - dependendo da época e do tamanho do plantio); produção na meia (o financiador dá os insumos e a alimentação e o trabalhador rural semeia e cultiva); serviço temporário (contratado para a colheita).

Com efeito, é a necessidade de acesso ao dinheiro, em grande parte, que induz ao plantio considerado ilegal.

Nesse sentido, numa sociedade cada vez marcada pelo consumismo e pela objetivação relações sociais, o dinheiro se metamorfoseia em meio e fim absoluto, enquanto instrumento de acesso aos bens que satisfaz as necessidades torna-se o próprio fim. Torna-se modelo e grande regulador da vida prática. É o grande responsável pelo ritmo frenético e estressante da vida moderna.

O fato é que, na sociedade moderna, marcada pela economia monetária, não sobrou muito espaço para o desenvolvimento da subjetividade, da diversidade, do ser diferente. Inclusive, pode-se até afirmar que, o crescimento da cultura subjetiva se dá em escalas inversamente proporcionais ao da cultura objetiva.

Interessante como a autonomização das objetivações humanas (coisas que assumem lógica independente da intenção original que as constitui) é tema recorrente nas leituras modernas. O domínio das coisas sobre os homens também foi apontado por Marx, sob a forma de fetiche e no Weber, com a racionalidade instrumental.

Para Simmel, o dinheiro se torna uma divindade, “produz a expressão e a equivalência de todos os valores, unindo os contrários e os estranhos (SOUZA, 1998:13)”. A monetarização da vida moderna foi uma decorrência natural da necessidade da substituição dos vínculos de sangue e de parentesco por algo impessoal, inodoro, prático e universal como o dinheiro. Entre outras razões porque na sociedade moderna declinara a dominação tradicional que fazia com que, como na idade medieval, um senhor dispusesse a seu bel prazer de um outro, seu servo ou criado doméstico. Se bem que a dominação não desaparecesse de todo, ela limitava-se agora à certas funções específicas e por um certo tempo e num lugar particular. O dinheiro tornou-se a mais eficaz expressão da impessoalidade, a mais adequada de todas para estabelecer um convívio harmônico e um relacionamento social que envolvia não uma centena ou um milhar de pessoas, mas sim de milhões delas.

Na medida em que o dinheiro é a base material que permite as relações de troca, ele estabelece uma nova relação com a produção do entendimento, sendo uma forma de auferir de toda qualidade e peculiaridade. Desenvolve, acima de tudo, uma nova forma de organização social, a apatia e a indiferença pelas pessoas representam nada mais do que um novo processo de socialização, onde a coisificação se amplia, enquanto a personalidade humana se esvazia, perde seus referenciais de caráter, pessoalidade, solidariedade. Sendo certo que a divisão do trabalho e o excesso permanente de informações contribuem para a individualização.

Assim, o dinheiro estabelece uma relação estreita com a liberdade pessoal. Do ponto de vista subjetivo, ele propicia - a partir da disjunção entre desempenho e personalidade e da divisão social do trabalho - uma liberdade possível. Por isso o autor fala em permuta de contingência: a liberdade é um misto de obrigações e constrangimentos. Não é algo absoluto.

A liberdade, portanto se aproxima do sentido de igualdade, na medida em que passa a ser compreendida como possibilidade limitada de acesso aos valores e práticas do grupamento social que a pessoa pertence. “A liberdade está entre os possíveis campos de aplicação da igualdade, e a igualdade está entre os possíveis padrões da liberdade (SEN, 2001, p. 54)”.

Portanto, o exercício da individualidade, estrutura da sociedade moderna, será mediado pela liberdade, a singularidade e a auto-regulação, sendo a liberdade conquistada pelo dinheiro. Assim, aqueles que não possuem dinheiro estariam numa relação desigual perante os que possuem dinheiro.

Para Amartya Sen, a desigualdade pode ser vista em termos de realizações e liberdade, onde a idéia de liberdade se aproxima da idéia de possibilidade (oportunidades reais) ou capacidade, entendida como “um conjunto de vetores de funcionamentos, refletindo liberdade da pessoa para levar um tipo de vida ou outro (SEN, 2001, p. 80)”. Portanto, a geração de bem estar surge da combinação dos funcionamentos influenciados pela liberdade real, dentro do conjunto de capacidades. E, com efeito, a renda está entre os elementos que limitam às opções de escolha.

Assim, percebemos como o dinheiro assume posição central no cotidiano dos indivíduos, sendo necessário para a prática de todas as esferas e mecanismos de socialização da comunidade, especialmente numa sociedade baseada no consumo compulsório de “utilidades”, conforme salienta Zygmunt Bauman (2001).

Na concepção do autor, “o consumismo hoje não é mais o conjunto mensurável de necessidades articuladas, mas o desejo – entidade muito mais volátil e efêmera, evasiva e caprichosa (...) fadado a permanecer insaciável (BAUMANN, 2001, p. 88)”. Dessa forma, a vida passa a ser organizada em oposição a solidez e segurança da ação em conformidade com suas condições de consumo e sobrevivência.

Na sociedade viciada em consumir, os pobres também são induzidos a consumir, ou ao menos desejar e querer, aquilo que sua condição social não permite. Representam os consumidores sem recursos, que mesmo diante da falta de espaço e de possibilidade, criam estratégias para alcançar os padrões midiáticos do consumo e do prazer.

Quanto maior a liberdade na tela e quanto mais sedutoras as tentações que emanam das vitrines, e mais profundo o sentido da realidade empobrecida, tanto mais irresistível se torna o desejo de experimentar, ainda que por um momento fugaz, o êxtase da escolha. Quanto mais escolha parecem ter os ricos, tanto mais a vida sem escolha aparece insuportável para todos. (BAUMANN, 2001:104).

Com acesso diferenciado aos meios de produção, ao trabalho e aos instrumentos de socialização (educação, saúde, alimentação e cultura), devido ao desenvolvimento da formação econômica e social capitalista, espetáculo de concentração de renda; a solução dos pobres é o emprego informal e precário, necessário para a geração de renda e sobrevivência.

Embora no SMSF não possamos identificar uma despersonalização do trabalhador rural, envolvido na produção ilícita, já que estamos tratando de uma atividade que constitui seu ofício de vida - apesar da flexibilização dos seus valores e práticas, ao permitir sua vinculação a uma atividade ilícita (considerando que trabalhadores rurais mencionaram a ruptura com a geração anterior de seus pais que não permitiam a relação da família com o ilegal); também não podemos deixar de considerar o alcance do processo de homogeneização, promovida pela indústria da moda e da grande mídia, uma vez que os processos de urbanização do campo se fazem latentes; impondo novos e novos quereres.

Porém, as angústias porventura geradas pelo conflito de valores são redimidas pelo prazer que o acesso aos bens e utilidades propiciará – imagina a sensação de poder comprar uma televisão, geladeira, antena parabólica, ou uma moto, tão desejada pelos jovens.

4 REDEFINIÇÃO DO FATO PUNÍVEL

Como as políticas em relação aos povos indígenas sempre foram pautadas pelos postulados integracionistas, supondo uma transitoriedade até a integração total dos índios à comunhão nacional, alguns direitos restaram garantidos. E hoje encontram-se fortalecidos pela vigência de novas normas internacionais e pela organização social. Enquanto sujeitos históricos, os movimentos sociais se reinventam com a ação assim como transforma a própria ação (MELUCCI, 2001).

Os povos indígenas lutam não só pelo seu território, mas também pelos direitos coletivos ao próprio desenvolvimento econômico e cultural (SOUZA FILHO, 2003), superando uma situação de invisibilidade (GARCIA, 1999).

Entretanto, diante da impossibilidade do Estado manter o controle sobre as mais diferentes manifestações sociais, cresce o movimento de lei e ordem (FARIA, 2002), especialmente com a criminalização do mundo da vida.

Em detrimento de políticas sociais emancipatórias, de caráter afirmativo da especificidade cultural, o estado mínimo social/ máximo penal (WACQUANT, 1998),

tende a aumentar as políticas repressoras e incrementar o rol de categorias criminalizadas (KARAM, 2003).

Entretanto, há que se questionar não só o princípio da ideologia da defesa social que sustenta o Estado Penal (descortinada pela análise sistemática do conjunto das correntes criminológicas por Alessandro Baratta (BARATTA, 2002), como a própria legitimidade em punir pessoas que não compartilham os valores e as normas legais (HUDSON, *mimeo*).

Nesse sentido, vale destacar a corrente do *labelling approach*, onde a criminalidade é compreendida a partir da ação do sistema penal que a define e reage contra ela (TAYLOR, 1980). O estudo da reação social, portanto, resgata a teoria do conflito, onde a lei penal aparece enquanto resultado de uma relação política de domínio e não exclusivamente relacionado à esfera social e econômica (CASTRO, 1983).

Portanto, através dos postulados teóricos da teoria crítica da reação social, é possível vislumbrar duas linhas de estratégia de defesa aos índios presos pelo plantio da maconha, dependendo da consideração, ou não, de sua integração.

No primeiro caso, sendo considerados integrados na sociedade, as teses de defesa estão relacionados à moderna teoria do fato punível, buscando na normatividade penal, instrumentos para sua defesa, como a excludente de ilicitude, pelo estado de necessidade ou a excludente de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta adversa.

O que procuro demonstrar é que a oposição trabalho x ilegalidade poderia ser suplantada, considerando as condições objetivas e subjetivas que permitiram a consolidação do cultivo ilícito na região.

O crime é uma decisão política do Estado, em que ora determinadas condutas são consideradas lesivas à sociedade, e em outros momentos o deixam de ser. Em sentido amplo, o crime corresponde ao ilícito penal. No sentido formal, é a violação de uma conduta proibida pelo Estado. No sentido material, é uma conduta que viola os interesses da sociedade. De forma mais consistente, digo que a definição de crime comporta a junção de todos esses elementos, faces do mesmo prisma. Portanto, a ausência de um desses elementos desqualificaria a conduta enquanto crime. Crime é toda conduta humana, típica, ilícita, culpável e que, em decorrência, a lei contrapõe uma pena como sanção específica. Se não houver dano social, o Estado não pode reprimir.

A tipicidade é a incidência de uma ação ou omissão ao tipo legal, ou seja, ao que está descrito na lei. Representa uma relação de ajuste entre determinado fato e o que está enunciado como conduta proibida no tipo. Ele aparece no título (*caput*) do artigo. Sua função é impor um limite ao Estado em sua atividade persecutória, na medida em que apenas as condutas descritas é que são proibidas, gerando garantia à sociedade. O crime é um fato típico, que tem como resultado a lesão de um bem ou interesse jurídico penalmente tutelado. A relação de causalidade objetiva entre o agente e o resultado é indeclinável condição de toda infração penal.

A ilicitude é a contradição do fato com o ordenamento jurídico, de modo a criar uma situação de dano ou perigo à coletividade. Via de regra, toda conduta ilícita é típica. Entretanto, nem toda conduta típica será ilícita, pois existem causas que excluem a ilicitude do ato. Portanto, a tipicidade é um *indício* da injuricidade, e como todo indício, é falível.

A culpabilidade faz com que o fato típico e *a priori* ilícito, seja reconhecido enquanto crime. É a exigibilidade de uma conduta diversa. Porém, se não é possível exigir

do agente uma prática diferenciada da que foi realizada, mesmo em conflito com que o que está descrito no tipo penal, não há que se falar em culpabilidade e, portanto, não há crime. Surge o elemento subjetivo na definição do crime, baseado numa situação concreta que justifique a violação do tipo.

Difere-se dos elementos da ilicitude, a culpa e o dolo, pois no primeiro, a finalidade do ato não é ilícita, apenas a prática que é viciada pela imperícia, imprudência ou negligência, enquanto no dolo, o agente está ciente do ato e de suas possíveis consequências.

O juízo de culpabilidade fundamenta-se na junção dos seguintes pressupostos: a *imputabilidade*, ou seja, um conjunto de fatores bio-psíquicos que tornam a pessoa consciente e capaz de auto-governo; o potencial de *consciência da ilicitude*, ou seja, é culpável quem assimila a conduta proibida e a prática; e a *exigibilidade de conduta diversa*.

A censurabilidade deixa de existir quando ao indivíduo falta à observância de uma conduta que se apresentava impraticável no caso concreto, ou particularmente difícil, não exigível do comum dos homens.

De acordo com o artigo 24 do CP, considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Para Juarez Cirino dos Santos, o estado de necessidade historicamente tem sido pensado a partir de três pontos de vista:

Primeiro, como espaço livre do direito fundado na impossibilidade do ordenamento jurídico disciplinar conflitos insolúveis; segundo, como justificação de conduta típica, fundada na preponderância ou equivalência do bem jurídico protegido; terceiro, como exculpação de conduta antijurídica, fundada na inexigibilidade de comportamento conforme o direito, em hipóteses de bens jurídicos equivalentes (SANTOS, 2005, p.167).

Portanto, a definição adotada pelo autor reflete a teoria diferenciadora (em contraposição à corrente unitária) da natureza jurídica do estado de necessidade, que assume simultaneamente a justificação da conduta típica, na hipótese de bem jurídico superior, e a exculpação da conduta antijurídica, na hipótese de bens jurídicos equivalentes; embora o CP tenha definido o estado de necessidade como justificação (artigo 23, I).

A situação justificante no estado de necessidade se caracteriza pela existência de um perigo, atual, involuntário e inevitável.

No caso do SMSF, o processo produtivo do ilícito está consolidado na região desde a década de oitenta, ou seja, a produção ilegal não se deve por uma vontade própria daqueles que vendem sua força de trabalho na produção qualificada como ilegal. A produção da maconha é considerada nociva à saúde coletiva da sociedade. Portanto, o bem jurídico tutelado é a saúde pública. Entretanto, este ao se envolver com o plantio está tutelando a vida, a sobrevivência e o bem estar (seu e da família), já que de outra forma não teria acesso aos bens e serviços que permitem o indivíduo exercer alguma liberdade e dignidade. Temos então um conflito de bens jurídicos, o que exige do intérprete, especialmente o juiz, uma ponderação dos interesses em disputa, bem como a análise de todas as circunstâncias concretas do fato.

Avançando no estudo da moderna teoria do fato punível, temos o tipo injusto e a culpabilidade como elementos que determinaram, respectivamente, o objeto de valoração e o juízo de valoração na definição do que deve ou não ser punido.

Conforme vimos, a culpabilidade como juízo de reprovação comporta a imputabilidade, ou seja, ser agente capaz de saber o que faz; a consciência de que a ação contraria a lei; e, a exigibilidade de conduta diversa, demonstrando que o autor poderia não fazer o que fez.

Importante considerar, mesmo que brevemente, como o conceito normativo da culpabilidade continua como produto inacabado no seu processo de transformação conceitual, segundo Juarez Cirino dos Santos:

Começou com o conceito psicológico de culpabilidade do século XIX, evoluiu para o conceito psicológico-normativo, no início do século XX, transformando-se em conceito exclusivamente normativo durante o século XX e, na passagem para o século XXI, parece imerso em crise insuperável (SANTOS, 2005, p. 200).

O conceito psicológico de culpabilidade estava restrito a capacidade de culpabilidade, como capacidade geral ou abstrata de compreender o valor do fato e de querer conforme a compreensão do valor do fato e a relação psicológica do autor com o fato, existente como consciência e vontade de realizar o fato típico, ou como causação de um resultado típico por imprudência, imperícia ou negligência.

Foi Frank quem introduzira o juízo da reprovabilidade, afirmando em 1907 que “um comportamento proibido só pode ser atribuído à culpabilidade de alguém se é possível reprová-lo sua realização (SANTOS, 2005, p. 109)”.

E o conceito foi aprimorado por Goldschmidt, que introduziu a distinção entre agir em conformidade com a norma jurídica e a norma de dever fundada na normalidade das circunstâncias do fato. E, posteriormente Freudenthal afirma que a incapacidade de agir conforme a norma de dever exclui a exigibilidade de comportamento diverso.

Portanto, o conceito psicológico-normativo abriu precedentes para a constatação de um direito que reprova uma conduta, mas que socialmente não se torna relevante. Entretanto, a teoria finalista da ação redefine o tipo injusto e a teoria da culpabilidade, sendo este último caracterizado pela capacidade de culpabilidade, conhecimento real do injusto e exigibilidade de comportamento conforme a norma; sem levar em consideração características especiais de determinados delitos.

Assim, a tese da culpabilidade como fundamento metafísico da pena deslocou-se para a tese da culpabilidade como limitação do poder de punir, ou seja, como função política de garantia da liberdade individual.

Dentre as principais teorias construídas para definir o conteúdo material de culpabilidade - teoria do poder de agir diferente, teoria da atitude jurídica reprovada e defeituosa, teoria da responsabilidade pelo próprio caráter, teoria do defeito de motivação jurídica - a teoria da dirigibilidade normativa, apresenta uma leitura mais interessante: a culpabilidade seria um conceito formado pelo elemento empírico da capacidade de autodireção e pelo elemento normativo da possibilidade de comportamento conforme o direito.

Construída por Noll, Albrecht e Roxin, aponta para a possibilidade de reconstrução comunitária da realidade, na medida em que a capacidade de autodeterminação torna-se indemonstrável. Assim, o comportamento anti-social seria comprovado pelos elementos concretos da realidade social do autor do fato.

A responsabilidade pelo comportamento anti-social – assim como o reconhecimento do mérito por ações socialmente úteis – parece imprescindível à sobrevivência da sociedade contemporânea, mas juízos de culpabilidade ou de reprovação fundados na liberdade de vontade perderam toda e qualquer base científica: a idéia de livre arbítrio como expressão de absoluto indeterminismo foi excluída da psicologia e da sociologia modernas e representaria, na melhor das hipóteses, um sentimento pessoal, segundo a psicanálise. Por outro lado, é indiscutível que a responsabilidade pelo próprio comportamento não pode ser uma questão metafísica, dependente de pressupostos indemonstráveis, mas um problema prático ligado à realidade da vida social (SANTOS, 2005, p. 210).

Nesse sentido, o autor propõe o princípio da alteridade como base da responsabilidade social, fundada na anormalidade da formação da vontade do autor. Em última instância, afirma o autor, o estudo da culpabilidade consiste no estudo dos defeitos na formação da vontade antijurídica: defeitos orgânicos ou funcionais do aparelho psíquico, na área da capacidade da vontade; condições internas negativas do conhecimento real, que leva ao erro de proibição; e, a consideração das condições externas negativas determinantes de conflito.

As reflexões teóricas durante o século XX apontadas por Santos, caminham no sentido de rejeitar o conceito de inexigibilidade, considerando a questão fora da ceara da culpabilidade, uma vez que não se trata de saber se o autor poderia agir diferente e sim de saber se sua ação mereceria ou não uma pena; o que seria uma decisão do legislador e não do juiz, já que representaria uma questão de responsabilidade penal.

Porém, a complexidade da vida contemporânea impôs novas situações de exculpação fundadas na anormalidade das circunstâncias do fato, demonstrando cada vez mais a dificuldade de negar a inexigibilidade do comportamento e ainda enquadrá-las no limitado conceito normativo de culpabilidade. O autor apresenta o pensamento de ROXIN, que impõe a regra da responsabilidade normativa:

um conceito superior integrado pela culpabilidade e pela desnecessidade preventiva da pena, própria das situações de exculpação, que na verdade ocorrem nos contextos de anormalidade e se fundamenta na idéia de inexigibilidade de comportamento diverso (*apud* SANTOS, 2005, p.210).

Assim, a inexigibilidade de comportamento diverso, como situação de exculpação, pode se fundamentar em situações legais e supralegais, conforme previsão explícita ou implícita no ordenamento jurídico.

No caso em tela, como situação legal, a exigibilidade de comportamento diverso, ou a normalidade da situação da ação, aproximam-se daquilo que o artigo 22 do CP define como coação moral irresistível, sendo punível apenas o autor da coação ou da ordem.

Mas como situação supra legal podemos ainda identificar o caso do fato de consciência e o conflito de deveres. Em ambos os casos, a escolha de um mal menor constitui causa de exculpação, no contexto do avanço da sociedade desigual e dos índices de desemprego estruturais, as condições sociais adversas fazem com que trabalhadores sejam constringidos a romper os vínculos normativos comunitários para preservar valores concretamente superiores, nas palavras de Sykes e Matza

Quando condições de existência social adversas deixam de ser a exceção transitória para ser a regra constante da vida das massas miserabilizadas, então o crime pode constituir reposta normal de sujeitos em situação anormal (...) Nesse ponto, direito justo é direito

desigual, porque considera desigualmente sujeitos e concretamente desiguais (...) Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-responsabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis a população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida. (SYKES E MATZA apud SANTOS, 2005, p. 256)

Portanto, a partir da concepção de que a culpabilidade é um elemento constitutivo, sem a qual não há que se falar em crime; e, considerando as situações adversas a que está submetida à população rural do Polígono da Maconha, podemos concluir que ação daquele que planta maconha é uma escolha do mal menor, até porque é uma possibilidade limitada e, em situações sem alternativa, não existe espaço para a culpabilidade.

Isso para não comentar a situação do indígena, frente à aplicação da lei penal; onde há peculiar descompasso (incompreensão) no momento da valoração da aplicação da lei. Portanto, é sobre esta outra estratégia de defesa que iremos nos deter.

O reconhecimento da especificidade da cultura e dos direitos indígenas implica numa discussão sobre noções de justiça e formas de administração de conflitos, uma vez que a lei penal imposta de forma indiferente desconsidera as práticas costumeiras dos povos e suas regras sociais e jurídicas.

A relação com o plantio da maconha pode se estabelecer em função de diferentes aspectos (ritualístico, recreativo, medicinal ou pelo dinheiro), mas de toda forma é relação direta entre o homem e a natureza, fazendo com que a criminalização em função do plantio se torne uma prática que não tem sentido para a cultura indígena. Então, diante dessa antinomia, porque criminalizar uma conduta que é socialmente aceita nas culturas “minoritárias”?

No âmbito dos debates latino-americanos voltados para a criminologia indígena, tem se trabalhado a tese do erro de compreensão culturalmente condicionado, uma vez que a suposta infração penal é moralmente tolerável pelo grupo, uma vez que não se choca com seus costumes (CALDERÓN, 2001).

No continente Europeu e nos Estados Unidos da América, que sofrem diretamente sérios problemas decorrentes da imigração massiva, a discussão sobre os delitos culturais caminha em sentidos opostos (CARNEVALI, 2007).

Nos EUA, até meados da década de 1960, prevalecia o modelo do *melting pot*, havendo o reconhecimento da diversidade, mas que enfatizava a unidade do povo, da língua e da cultura, garantindo um pluralismo cultural. Mas a partir da década de 1970 consolidou-se o multiculturalismo valorizando e reconhecendo as diferenças étnicas e culturais. O que vai desembocar na construção de teses jurídicas girando em torno das defesas culturais (*cultural defences*), construindo decisões/ leis que estruturam as causas excludentes ou atenuantes da culpabilidade, que mantêm relação direta com a cultura.

Já na Europa, a discussão gira em torno da idéia de delitos culturais (*cultural offence*) ou delitos culturalmente motivados (*culturally motivated crimes*), buscando definir os limites que permitam distinguir um delito cultural dos outros.

O ponto crucial que se apresenta é como julgar os casos de acordo com a racionalidade (o entendimento) própria de cada cultura? E quando uma cultura ameaça os valores de outra cultura? É possível a construção de um embasamento comum, como o mínimo possível? Sob que paradigma se construiria esse mínimo? Dos Direitos Humanos? Da tolerância? Da alteridade?

Questões complexas, sobretudo para aqueles que possuem uma racionalidade construída a partir de um modelo etnocêntrico cuja estrutura ideológica está impregnada também na idéia de direitos fundamentais.

A idéia de trabalhar as excludentes ou atenuantes dentro do sistema normativo, parece ser o entendimento majoritário. Raul E. Zaffaroni (2005) defende a tese do erro de proibição, baseada na idéia, não de que o autor desconhece a norma, mas no sentido de que falta compreensão da mesma, ou seja, o conjunto de valores culturais internalizados, que orienta sua ação, é diferente. Daí que a norma legal torna-se sem sentido.

Na tese do autor, existem três categorias de erro de proibição: como erro de compreensão, como um caso de consciência dissidente, como uma justificação putativa.

O erro de compreensão está relacionado à ausência de elementos que permitam reconhecer validade a uma norma, ou seja, não há entendimento e aceitação, pois não consegue interiorizar as razões que justificam a existência daquela norma.

A consciência dissidente é uma espécie de erro de compreensão mais grave, como sendo um erro insuperável – embora haja autores (CALDERÓN, 2005) que critiquem essa subdivisão por entender que o fato de haver consciência do conteúdo e do alcance da norma afasta o erro de compreensão. Afinal, estariam presentes os elementos da culpabilidade (capacidade de compreender e capacidade de determinar-se)

Enquanto a justificação putativa aproxima-se da idéia de legítima defesa.

De todo modo, o ordenamento jurídico nacional oferece instrumentos para que a aplicação da norma legal não se dê indiscriminadamente, devendo sempre as circunstâncias pessoais e culturais ser consideradas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho busca a reconstrução das teorias constitucionais, das garantias do sujeito constitucional, especialmente a partir da compreensão do conceito de etnicidade, enquanto categoria resultante de processos sociais complexos que não se separam da política.

Assim, busca apresentar noções para a construção da justiça indígena, dentro de uma perspectiva de fortalecimento do Estado efetivamente multicultural, na medida em que se propõe formas diferenciadas de administração de justiça. Trata, portanto, da reinvenção do Estado Social, com o desenvolvimento de ações afirmativas de reconhecimento de uma situação diferenciada, buscando garantir a construção de um sistema normativo especial para os indígenas.

Desta forma, representa uma proposta de ruptura com o imaginário brasileiro que identifica os índios como seres aculturados, demonstrando que as estratégias jurídicas para o tratamento diferenciado existem. O que se busca é a construção de uma outra consciência nos juízes capaz de superar os preconceitos de sua formação tradicional, que desconsidera a diversidade cultural.

Portanto, como ensina Boaventura de Sousa Santos, a construção de uma *hermenêutica diatópica*, uma espécie de troca entre saberes e culturas, deve estar baseada em cinco pressupostos: 1) na consciência de incompletude de uma determinada cultura; 2) na diversidade interna de cada cultura; 3) na consciência da necessidade do diálogo com o diferente; 4) na necessidade de elencar parceiros e temas mutuamente acordados entre as culturas em diálogo; e, 5) na igualdade ou diferença à igualdade e diferença.

“Temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, 2003, p. 458).

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Pensamento Criminológico*. Rio de Janeiro: Revan/ ICC, 2002.
- BARBOSA, Marco Antônio. *Autodeterminação: direito à diferença*. São Paulo: Plêiade: FAPESP, 2001.
- BARRETO, Hélder Girão. *Direitos Indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá editora, 2003.
- BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*, in *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*. Ano 3, números 5 e 6, 1º e 2º semestres de 1998. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora: Instituto Carioca de Criminologia, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2000.
- CALDERÓN, Frederico Campos. *Los derechos indígenas y su situación frente al derecho penal*. Revista Centroamericana de Justicia Y Sociedad. Guatemala, 2001.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Magistratura, sistema jurídico e sistema político em direito e justiça*. A função social do Judiciário. SP: Ática, 1989.
- CANCLINI, Néstor Garcí. *Culturas híbridas – Estratégias para entrar e sair da modernidade*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.
- CARNEVALI, Raúl. *El multiculturalismo: um desafio para el derecho penal moderno*. *Política Criminal*. N° 03, 2007. A6, p.1-28. Disponível em http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf, visitada em 26/02/2008.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. *Notícia de Direito Brasileiro*. Nova Série. N° 6. UnB/ Faculdade de Direito.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação Social*. Tradução e acréscimos de Ester Kosovski. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FARIA, Jose Eduardo de. *A crise do Judiciário no Brasil*, in LIMA, Jayme Benvenuto Jr. *Independência dos Juizes: aspectos relevantes, casos e recomendações*. Recife: GAJOP/Bagaço, 2005.
- FREITAS, Cleuton C. Ripol de. *Uma abordagem da Questão Agrária brasileira e o papel do Poder Judiciário frente às ocupações de terra*. Goiânia: Mestrado em Direito Agrário/UFG, 2005.
- GARCIA, José Carlos. *Dos sem rosto a cidadão*. *A luta pelo reconhecimento dos sem terra como sujeita no ambiente constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro; Lumen juris, 1999.
- GOMES, Paulo César da Costa. *Identidade e Exílio: Fundamentos para a compreensão da cultura*. Espaço e Cultura. N°5. Jan/Jun de 1998.
- GORDON, César. *Economia Selvagem. Ritual e mercadoria entre os índios Xikrin-Mebêngôkre*. São Paulo: Editora Unesp/ISA; Rio de Janeiro: NUTI, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I e II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- HALL, Stuart. *Da Diáspora. Identidades e Mediações Culturais*. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003.
- HENMAN, Anthony Richard. *A guerra às drogas é uma guerra etnocida*, in HENMAN, Anthony Richard. *Diamba Sarabamba*. São Paulo: Ground, 1986.
- HUDSON, Bárbara. *Justiça nos limites da comunidade: justiça e estranhos num tempo de medo*. Tradução de Sérgio Lamarão (mimeo).
- KARAM, Maria Lúcia. *Redução de Danos, Ética e Lei: os danos da política proibicionista e as alternativas compromissadas com a dignidade do indivíduo*, in (Org) Christiane Moema Alves Sampaio, Marcelo Araújo Campos. *Drogas, Dignidade & Inclusão Social*. A lei e a prática de redução de danos. Rio de Janeiro: Aborda, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. SP: Martins Fontes, 2000.
- KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996.
- LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção de incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988*. *Dissertação defendida no âmbito do Programa de pós-graduação em Direito, orientada pelo Profº Ms. José Geraldo de Sousa Júnior*. Brasília: UnB, 2007.
- LEAL, Carolina. *Entrevista realizada por Erika Macedo Moreira com a representante do Centro de Cultura Luiz Freire, entidade que atua na educação indígena*. Realizada em dezembro de 2006.
- LYRA FILHO, Moacyr Ribeiro. *Entrevista realizada por Erika Macedo Moreira com a representante da Procuradoria da FUNAI atuante no sertão de PE e BA*. Realizada durante trabalho de campo para a dissertação, em 04 de dezembro de 2006.
- MAIEROVITCH, Wálter in *Revista Super Interessante*, nº179. *Maconha. Por que é proibida? O que aconteceria se fosse legalizada? Como a ciência aumentou seus efeitos? Faz mal à saúde?* São Paulo: ed. Abril, agosto de 2002.
- MELUCCI, Alberto. *A invenção do presente: movimentos sociais nas sociedades complexas*. Petrópolis: Vozes, 2001.

- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOREIRA, Erika Macedo Moreira. A criminalização dos trabalhadores rurais no Polígono da Maconha. Dissertação defendida no âmbito do Programa de pós-graduação em Sociologia e Direito, orientada pelo Prof^o Dr. Wilson Madeira Filho e sob co-orientação da Prof. Dra. Vera Malaguti Batista. Niterói: PPGSD/UFF, 2007.
- OLMO, Rosa Del. A Face Oculta das Drogas. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. A magistratura fluminense: seu olhar sobre as ocupações do MST. Rio de Janeiro: PUC/ Departamento de Direito, 2005.
- RAMÍREZ, María Clemencia. A política de reconhecimento e da cidadania no Putumayo e na Baixa Bota Caucana: o caso do movimento cocalero de 1996, In SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- RANDERIA, Shalini. Pluralismo jurídico, Soberania fraturada e direitos de Cidadania Diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial, in SANTOS, Boaventura de Souza. Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.
- REMI, Pde. da Diocese de Salgueiro/PE. Entrevista realizada por Erika Macedo Moreira, em Salgueiro/PE, no dia 18 de dezembro de 2006. Está no sertão de Pernambuco por mais de 20 anos.
- RIBEIRO, Ana Motta. Sindicalismo, barragens e narcotráfico in (Org.) MOREIRA, Roberto José; COSTA, Luiz Flávio de Carvalho. Mundo Rural e Cultura. Rio de Janeiro: Mauad, 2002.
- RICO, José Maria. Las legislaciones sobre drogas: origen, evolucion, significado y replanteamiento. Montreal, mayo de 1984 (mimeo).
- ROBINSON, Rowan. O grande livro da cannabis. Guia completo de seu uso industrial, medicinal e ambiental. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- ROSENFELD, Michel. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. A identidade do sujeito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In Reconhecer para Libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula G. de; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone de ciência: a diversidade epistemológica do mundo, In SANTOS, Boaventura de Souza. Semear outras soluções. Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. A Moderna Teoria do fato Punível. 4ª edição. Curitiba, ICPC/Lúmen Júris, 2005.
- SANTOS, Juarez dos. Teoria da Pena. Fundamentos políticos e Aplicação judicial. Curitiba: ICPC/Lúmen Juris, 2005.
- SEN, Amartya. Desigualdade reexaminada. Tradução de Ricardo Doninelli. RJ/SP: Recor, 2001.
- SIMMEL, Georg. El Individuo y La Libertad. Ensayos de critica de la cultura. Traducción y prólogo de Salvador Mas. Barcelona, Ediciones Península: 1986.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares. Multiculturalismo e Direitos Coletivos, in SANTOS, Boaventura de Souza. Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.
- SOUZA, Jessé; ÖLZE, Berthold (Org.). Simmel e a modernidade. Brasília: Ed UNB, 1998.
- TAYLOR, Ian e outros. Criminologia Crítica. Trad. Juarez Cirino. RJ: Graal, 1980.
- WACQUANT, Loïc. A tentação penal na Europa, in Discursos Sediciosos: Crime, Direito & Sociedade. Ano 7, nº 11, 1º semestre de 2000. Rio de Janeiro: ed. Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 1998.
- ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro – I. RJ: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, E. Raúl. O poder judiciário: crise, acertos e desacertos. SP: RT, 1999.
- Legislação
- Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)
- BRASIL. Decreto nº 5.051 de 2004
- BRASIL. Súmula 140 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ)
- HC 85.198-3/MA
- RE 419.528.3/PR

Artigo recebido em fevereiro de 2008 e aceito em maio de 2008
