

Artigos científicos

Desafios legais e práticos do regime prisional para a população indígena: uma medida estruturante para um conflito multipolar

Legal and practical challenges of the prison system for indigenous peoples: a structural measure for a multipolar conflict

Milena Moraes Lima^I, José Edmilson de Souza-Lima^{III},
Ricardo da Mata Reis^I

^ITribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil

^{II}Universidade Federal do Paraná^{ROR}, Curitiba, PR, Brasil

RESUMO

O artigo aborda o tratamento jurídico do(a) indígena no âmbito criminal, especialmente na execução da pena, a partir da perspectiva de que se trata de um problema estrutural. O sistema penitenciário encontra-se em “estado de coisas inconstitucional”, o que tem inviabilizado a concretização de diversas garantias legais aos presos de modo geral e, quanto ao(a) indígena, há uma situação agravada, pois o aparato estatal mostra-se deficitário não somente quanto ao cumprimento das garantias básicas, como também daquelas específicas à essa população. Assim, por meio da pesquisa bibliográfica, a questão foi analisada como um litígio estrutural, para melhor identificar as nuances do problema, bem como possíveis alternativas para sua paulatina solução. Concluiu-se ser valioso o enfrentamento da questão como um litígio coletivo de difusão local, a ser abordado por decisões estruturais. No caso da comarca de Dourados/MS, foi aplicada uma alternativa, em que os(as) reeducandos(as) em regime semiaberto e aberto cumprem prisão domiciliar, no âmbito da aldeia, com diferentes deveres, de acordo com o rigor próprio de cada regime. É aplicável de imediato e garante a observância de alguns direitos dessa população, assim como provoca outros atores estatais a apresentarem alternativas.

Palavras-chave: Regime de Semiliberdade; Processo estrutural; Resolução 287/2019

ABSTRACT

The research addresses the legal treatment of indigenous people in the criminal scenario, especially about how they serve a sentence, from the perspective that it is a structural problem. The penitentiary system in Brazil is in an “unconstitutional state of affairs,” which has made it impossible to implement a lot of legal guarantees for prisoners in general, and with regard to indigenous people, there is an



aggravated situation, as the state's structure is inadequate not only for the basic guarantees but also for those specific to this population. Therefore, through bibliographical research, the problem was analyzed as a structural dispute to better identify its particularities as well as possible alternatives for its gradual solution. It was concluded that it is useful to face the issue as a collective dispute of local dissemination, to be approached by structural decisions and a theoretical framework. In the case of the Dourados/MS judicial district, an alternative was applied in which the convicted indigenous in lighter prison regimes undergo house arrest within the "aldeia" (native village), with different duties according to the specific rigor of each prison regime. It is immediately applicable and guarantees the observance of some rights of this population, as well as encouraging other state actors to present alternatives in the future.

Keywords: Half-freedom prisional regimen; Structural process; Resolution 287/2019

1 INTRODUÇÃO

O Brasil possui população indígena aproximada de 1.693.535 pessoas, das quais 116.346 residem no Estado de Mato Grosso do Sul, segundo dados do último censo realizado pelo IBGE (2023, p. 90). A referida população habita 29 municípios no Estado e se divide em oito etnias, que se comunicam em cinco línguas nativas (SETESCC, s/d).

A diversidade cultural entre as etnias e os modos próprios de organização política e social dessa população não passam despercebidos pela ordem constitucional vigente, que lhes assegura reconhecimento, proteção e respeito (Brasil, 1988). No entanto, muito além do texto normativo, a prática apresenta profundos desafios para a concretização dessas garantias.

Dentro desse cenário, emerge a questão do tratamento jurídico dispensado ao(à) indígena no âmbito criminal, especialmente quanto à execução da pena. Atualmente, segundo dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN, 2024), existem 1.436 indígenas encarcerados no sistema penitenciário nacional, dos quais 431 estão no Estado do Mato Grosso do Sul. Além disso, há 407 indígenas cumprindo prisão domiciliar no âmbito nacional.

Como já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o sistema penitenciário nacional enfrenta um "estado de coisas inconstitucional" (Brasil, 2015), o que tem inviabilizado a concretização de diversas garantias legais aos presos, de modo geral.



Especialmente quanto ao(à) indígena, tem-se uma situação agravada, pois o aparato estatal mostra-se deficitário não somente quanto ao cumprimento das garantias básicas, como também daquelas específicas à essa população.

Assim, a partir da perspectiva de que se trata de um litígio estrutural, seja pela sua abrangência, que atinge a população indígena no geral, como pelo envolvimento de grande parcela do aparato estatal, justifica-se a presente pesquisa, com o objetivo de melhor identificar as nuances do problema, bem como possíveis alternativas para sua paulatina solução. Para atingir o objetivo proposto, foi adotada a metodologia da pesquisa bibliográfica, por meio da qual os dados foram coletados.

Inicialmente serão analisadas as previsões normativas sobre a temática, com o posterior enfrentamento de suas limitações e desafios práticos, a partir do conceito de litígio estrutural. Ao final, será apresentada a alternativa adotada no âmbito da 3ª Vara Criminal da comarca de Dourados (atual Vara do Juiz das Garantias, Tribunal do Júri e Execução Penal da comarca de Dourados), no Estado de Mato Grosso do Sul.

2 AS CONTRADIÇÕES INTERNAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO QUANTO À POPULAÇÃO INDÍGENA

Para tratar das demandas da população indígena que chegam até o Poder Judiciário, o ordenamento jurídico pátrio atualmente toma por base as previsões constitucionais e internacionais sobre o tema. Destacam-se, especialmente, os artigos 231 e 232 da Constituição Federal (Brasil, 1988), e os artigos 5º e 34 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNIC/RIO, 2008), dos quais deriva uma série de normas visando dar efetividade às garantias previstas.

No entanto, existe também no âmbito nacional o Estatuto do Índio, o qual, apesar de ser anterior aos mencionados diplomas, continua vigente e teve por objetivo tratar especificamente das particularidades da população indígena, visando “preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (Brasil, 1973). Contudo, exatamente por ter sido editado



antes da nova ordem constitucional, o Estatuto é, em grande parte, com ela incompatível, uma vez que:

[...] em razão do período em que foi criado, ainda apresenta como fundamento a futura integração, ou seja, visa a garantir temporariamente alguns direitos, eliminando aos poucos o elemento índio, já que com o passar do tempo, este iria perder sua cultura original, deixando de ser índio e se incorporando à comunidade nacional (isolados, em vias de integração e integrados – o Código Civil de 1916, vigente à época, previa que os índios eram relativamente incapazes – art. 6º, IV). (Ferreira; Bittencourt; Rêgo, 2018, p. 130)

O Estatuto é fundado em um paradigma integracionista, herdado do período colonial (Silva; Brasil, 2020, p. 27), o qual impõe um processo “civilizatório” do indígena, até que ele se “integre” à dita “comunhão nacional”. Por outro lado, após intensa resistência do movimento indigenista durante o processo de redemocratização do país (Kayser, 2010), na Constituição de 1988 houve o rompimento legal com tal paradigma e a instauração da pluriétnicidade, de modo que as normativas posteriores passaram a garantir, precipuamente, a autodeterminação dos povos indígenas.

No entanto, ainda hoje, são sentidas as dificuldades de implementação desse novo paradigma¹:

O novo cenário paradigmático da relação do Estado brasileiro com seus povos e comunidades indígenas é marcado por contradições internas. Isso é algo recorrente em tempos de mudança paradigmática, nas quais os elementos do paradigma anterior não foram totalmente superados, nem os elementos do novo paradigma encontram-se consolidados. (Kyrillos, 2015, p. 731)

Uma dessas contradições internas é evidenciada pela continuidade do Estatuto do Índio (Brasil, 1973), o qual, decorridos mais de trinta e cinco anos da nova ordem constitucional, continua a regular o tratamento jurídico do indígena no país, sem qualquer atualização normativa relevante. Como ressalta Anna Carolina Tavares

¹ A propósito, cite-se a existência do Projeto de Lei 2433/2021, no qual se propõe a alteração do Estatuto do Índio, para que se apliquem aos indígenas “as mesmas regras de imputabilidade penal aplicáveis aos não indígenas, quando houver comprovação de sua condição de pessoa integrada à sociedade.” (BRASIL, 2021)



Assunção (2023, p. 442-444), até a atualidade os Tribunais Superiores têm decidido de acordo com a ótica integracionista, tendo como respaldo o referido Estatuto, o que contraria diretamente a Constituição Federal.

Ainda que esteja vigente, é certo que a interpretação e aplicação do referido diploma legal deve se dar com ressalvas, sob pena de perpetuar a aplicação de uma lógica assimilacionista já superada, ao menos formalmente, na Carta Magna. Diante do cenário de inércia legislativa e dos inevitáveis conflitos dela decorrentes nas relações jurídicas, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 287/2019, que “estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário” (CNJ, 2019a) e, segundo seu Manual:

[...] tem, portanto, um duplo sentido, como marco na proteção dos direitos dos povos indígenas: de um lado, representa o alinhamento do tratamento jurídico-penal da pessoa indígena à Constituição Federal de 1988 e aos tratados internacionais de direitos humanos; de outro, aponta para o papel de protagonismo dos órgãos do poder judiciário na promoção ativa do respeito aos direitos fundamentais. (CNJ, 2019b, p. 9)

Assim, no âmbito criminal, existem novos parâmetros para adequar a prática do jurista ao texto constitucional, os quais, contudo, não são “soluções prontas” para o conflito teórico-normativo-prático, mas tão somente alternativas para os desafios que, apesar de sentidos na prática forense, ainda não surtiram efeitos legislativos.

2.1 As dificuldades no âmbito da execução penal

Especificamente quanto à execução da pena, além dos desafios da contradição teórico-normativo-prática acima identificada, incidem duas variáveis que agravam sobremaneira a questão: a ausência de contornos jurídicos sobre a aplicação da pena ao indígena e o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário nacional (Brasil, 2015).



Quanto à primeira, o Estatuto do Índio não trata especificamente da execução da pena eventualmente imposta, porém, traz no capítulo de princípios das normas penais as seguintes previsões:

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 próximos 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. (Brasil, 1973)

No entanto, o texto normativo não traz a definição do que se trata o regime de semiliberdade e tampouco traça os limites do que se entende por “tolerada” a aplicação de penalidades próprias. Inclusive, cumpre ressaltar que a própria redação dos artigos, especialmente as expressões “integração do silvícola” e “tolerada”, denotam o seu fundamento assimilacionista.

De toda sorte, tem-se prevista a garantia de um regime especial, orientado pelas especificidades da cultura indígena. A doutrina o conceitua como gênero, do qual são espécies os regimes semiaberto e aberto, que devem ser cumpridos no local de funcionamento da FUNAI ou, ao menos, sob sua supervisão. Ficam, porém, excluídas as hipóteses de encarceramento no regime fechado, dada a evidente incompatibilidade entre eles:

[...] não há regime de semiliberdade no regime fechado, cuja execução se dá em estabelecimento de segurança máxima ou média – penitenciária [...]. O parágrafo único do art. 56 quis substituir as colônias agrícolas, industriais ou estabelecimento similar, e as casas do albergado ou estabelecimento adequado, pelo local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado. (Pontes, 2010, p. 212).



Segundo o Manual da Resolução 287/2019, o regime especial foi recepcionado pela ordem constitucional, pois traz efetividade à excepcionalidade extrema do encarceramento indígena. Para o seu cumprimento, deverão ser consideradas as circunstâncias específicas de cada local e as particularidades da pessoa condenada, devendo a autoridade judicial construir junto com a Funai e mediante consulta à comunidade, as condições mais adequadas ao cumprimento de pena (CNJ, 2019b, p. 31).

Porém, o que se tem visto na prática é que o regime especial de semiliberdade é raramente aplicado e, nessas poucas oportunidades, não há a definição de suas condições, delegando-se à FUNAI a realização das diligências necessárias (Cordeiro; Lazo; Nascimento; Oliveira, 2022, p. 121). Tal orientação, em que pese traga alguma efetividade na ação penal para a garantia prevista, acaba por apenas postergar o problema da insuficiência da norma, que agora será enfrentado no âmbito da execução da pena, pelo Juízo, FUNAI e a comunidade, que serão responsáveis pela elaboração de um conceito prático para o que se entende por semiliberdade.

É certo, ainda, que, apesar da atribuição determinada pelo Estatuto à FUNAI ser referendada pela jurisprudência, tal posição ainda é criticada pela doutrina (Villares, 2009, p. 314), que entende que a Fundação não possui tal papel, o que obsta a aplicação do regime na forma prevista em lei (Cordeiro; Lazo; Nascimento; Oliveira, 2022, p. 117). Inclusive, a própria FUNAI exclui expressamente de suas competências o encargo de executar o regime de semiliberdade, limitando-se a “colaborar” com a sua execução, nos termos do artigo 4º da Instrução Normativa n. 21/2022:

Art. 4º Não são atribuições da Fundação Nacional do Índio - Funai: [...] VII - prover ou disponibilizar local, dentro de suas instalações, para cumprimento, definitivo ou provisório, de medida de restrição de liberdade imposta à pessoa indígena; VIII - fiscalizar o cumprimento da execução de penas de pessoas indígenas [...]. § 1º. A Funai atuará, no limite de suas atribuições, de modo a colaborar com os órgãos competentes na execução dos atos elencados nos incisos deste artigo, mediante a interlocução, a mediação e o acompanhamento das ações, sempre que se realizarem junto a pessoas, famílias ou comunidades indígenas. (FUNAI, 2022)



E quanto à comunidade, é evidente, não só no contexto indígena, a dificuldade de se estabelecer uma organização apta a permitir a sua atuação de modo igualitário, representativo e ordenado frente às questões jurídicas, especialmente no âmbito criminal.

Assim, faltam critérios objetivos e específicos sobre o que seria o regime de semiliberdade, bem como uma dificuldade estrutural em delimitá-la para cada caso concreto, de modo que, na ausência de estrutura institucional adequada para a referida construção, sua aplicação fica prejudicada.

Não bastasse isso, emerge a questão da hipótese excepcional de reclusão de indígena em regime fechado. Para esses casos, o artigo 14 da Resolução 287/2019 do CNJ (2019b) prevê a observância, em síntese, das seguintes garantias ao(à) indígena encarcerado: i) visitas sociais em que se considerem todas as formas de parentesco e de relações de afinidade reconhecidas pela etnia a que a pessoa pertence; ii) fornecimento de alimentação dentro dos costumes alimentares de cada comunidade indígena e respeito às particularidades culturais quanto ao acesso à água; iii) assistência à saúde de acordo com a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas; iv) respeito à liberdade religiosa, incluindo o acesso a todos os elementos materiais relacionados às práticas religiosas, como adereços, objetos de culto, materiais de pintura, alimentos de caráter religioso, entre outros; v) as atividades de trabalho prisional devem respeitar particularidades culturais e costumes indígenas; vi) o acesso à educação deve considerar o direito dos povos indígenas de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições educativas, que ofereçam educação em seus próprios idiomas e em consonância com seus métodos culturais de ensino e aprendizagem; e vii) garantir que as mulheres indígenas desfrutem de proteção e de garantias plenas contra todas as formas de violência e discriminação (CNJ, 2019a, p. 35-38).

No entanto, é de conhecimento notório a deficiência da estrutura penitenciária nacional, à qual foi reconhecida o “estado de coisas inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2015), diante da violação massiva de direitos fundamentais dos presos,



dentre eles o direito à integridade física, alimentação, higiene, saúde, estudo e trabalho. Assim, a insuficiência da estrutura estatal que é verificada no âmbito geral se intensifica quando tratamos da particularidade do tratamento que deve ser dispensado ao(à) indígena.

Portanto, o problema atinge o seu ápice no âmbito da execução da pena, pois além da complexidade que se revela na adequação do regime fechado às particularidades da cultura indígena, tem-se a desafiadora necessidade de criação e implementação de um regime de semiliberdade, adequado à tais especificidades, preservando os valores e a unidade sociocultural da população indígena.

3 A PROBLEMÁTICA COMO LITÍGIO ESTRUTURAL

As dificuldades práticas e teóricas em estabelecer o tratamento jurídico adequado ao(à) indígena atingem as bases de uma estrutura que é reconhecidamente deficitária e o seu enfrentamento atravessa as insuficiências do próprio ordenamento jurídico que, isoladamente, atinge ínfimos resultados.

Sanções institucionais isoladas, aplicação de regimes diferenciados em casos específicos, adequações às estruturas locais existentes e outras abordagens possíveis no âmbito judicial individual trazem apenas uma solução aparente, mas não apresentam resultados significativos quanto ao problema. Cada processo de execução penal envolvendo um(a) reeducando(a) indígena, apesar da aparente individualidade da demanda, trata, em verdade, de uma questão policêntrica, cujo pano de fundo aponta a insuficiência da política pública para esses casos (França, 2022, p. 403).

Com base no conceito introduzido por Lon Fuller (1978), Vitorelli esclarece que “os problemas policêntricos perpassam toda a sociedade e são, via de regra, pouco passíveis de resolução exclusivamente governamental. O policentrismo legal se caracteriza pela presença simultânea de vários centros de interesses juridicamente protegidos no mesmo conflito” (2022, p. 65).

No caso apresentado nesta pesquisa, o problema atinge diversas facetas da sociedade, pois implica o desafiador diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário,



FUNAI, Lideranças Indígenas Locais, Administração Penitenciária, Polícias Civil e Militar, Secretaria de Saúde, Assistência Social, Defensoria Pública e Ministério Público, tanto no âmbito Estadual quanto Federal, uma vez que o cumprimento de pena envolve a participação de todas essas vertentes do aparato estatal. Além disso, afeta diretamente a sociedade, seja pela expectativa de uma efetiva responsabilização criminal para repressão e prevenção delitiva, como pelo direito de manter suas culturas e tradições, frente à intervenção estatal.

Ademais, vale ressaltar que apesar da referência, ao longo do artigo, à “população indígena” de um modo geral, não se ignora a riquíssima diversidade étnica e cultural existente no país, de modo que a resolução do problema certamente não pode se dar com uma “fórmula pronta” em nível nacional, mas implica a observância das circunstâncias locais de cada comarca e região do país.

Como exposto, decorridos mais de cinquenta anos da previsão do regime especial e trinta e cinco anos da nova ordem constitucional, inexistem contornos objetivos e práticos sobre a aplicação da pena ao(à) indígena, resultando na violação das garantias previstas para essa população. Há, portanto, a necessidade de enfrentar a temática a partir da compreensão de que se trata de um litígio estrutural, que:

[...] é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência não de um ato isolado no tempo, mas do funcionamento de uma estrutura (entendida como instituição, política ou programa) pública ou privada, do qual deriva um padrão reiterado de violações a direitos, que cria, fomenta ou viabiliza o conflito. O litígio estrutural afeta uma sociedade irradiada de pessoas, com elevada complexidade e conflituosidade, as quais decorrem dos distintos modos como os subgrupos sociais se relacionam com a estrutura. Disso deriva o seu caráter policêntrico. Em virtude das características contextuais em que ocorre, a solução desse litígio, para ser significativa e duradoura, exige a reestruturação do funcionamento da estrutura. (Vitorelli, 2022, p. 68)

Para o problema apresentado, a simples revogação dos dispositivos normativos sobre o tratamento especial, dada a dificuldade de implementação prática, não solucionaria o problema, pois retiraria do ordenamento jurídico uma garantia destinada



à população indígena que foi recepcionada pela ordem constitucional vigente. Por outro lado, a previsão legislativa vaga sobre o conceito e a aplicabilidade do regime especial, fundada em uma lógica assimilacionista já superada pela Constituição Federal de 1988, aliada à falta de estrutura institucional do Estado para viabilizar a efetividade do referido regime, resultam na violação do direito dos povos indígenas ao tratamento diferenciado, atento às particularidades culturais dessa população.

Desse modo, de acordo com a classificação trazida por Edilson Vitorelli (2022), o problema identificado se enquadra como um litígio coletivo de difusão local, o qual:

[...] embora coletivo, atinge pessoas determinadas, em intensidade significativa, capaz de alterar aspectos relevantes de suas vidas. Essas pessoas, todavia, compartilham algum tipo de laço de solidariedade social (sociedade como solidariedade), que as faz pertencentes a uma comunidade, diferenciando-se dos demais segmentos sociais. [...] Em síntese, os litígios locais são aqueles em que a lesão é tão importante do ponto de vista coletivo quanto do individual. A lesão afeta uma sociedade especificamente diferenciada por seus laços de solidariedade, motivo pelo qual pode ser denominada, tecnicamente, comunidade. Seus resultados impactam significativamente na vida dos indivíduos que a compõem, de modo que suas vidas podem ser alteradas de maneira considerável, dependendo da solução que for dada ao litígio. (Vitorelli, 2022, p. 40)

Reconhecer que as demandas que chegam ao Judiciário em cada guia de recolhimento processada abordam uma problemática de natureza estrutural, implica, no mínimo, em duas notáveis mudanças. A primeira, consiste em permitir aos atores processuais atuarem com mais cautela na condução do caso. Uma vez cientes das insuficiências do que se vive na prática, é possível uma abordagem mais humanizada e menos teórica da questão.

Aplicar uma condição diferente para o cumprimento de pena e a intitular como “regime especial” ou delegar a sua aplicação de modo totalmente inefetivo podem ser suficientes para o aspecto técnico e teórico, mas certamente produzem poucos efeitos no contexto prático. Por outro lado, iniciar uma abordagem realista da situação e de



toda a sua complexidade, pode aproximar as partes de uma solução mais adequada à demanda, pois não há um apego ao que está previsto no texto legal, mas uma verdadeira preocupação com o que é vivido na realidade brasileira (Lima, 2023, p. 71).

Em segundo lugar, o conhecimento da dimensão real da problemática permite a provocação de outros atores institucionais e a movimentação do aparato estatal sentido à uma nova proposta de solução não só aparente, mas efetiva, de modo paulatino, já que inexistente solução prática e imediata para o tema em toda a sua complexidade.

É possível enfrentar o problema a partir da teoria do processo estrutural, o qual “tem lugar em situações nas quais a realização do direito material exige uma transição até o alcance de um estado fático (o estado ideal de coisas), a partir do qual se possibilita sejam efetivados os efeitos (aqui inclusos os direitos) previstos pelo ordenamento” (Galdino, 2022, p. 177).

Portanto, não se afasta a possibilidade de encarar o problema pela via judicial, até porque as suas consequências são profundamente sentidas no campo jurídico. Contudo, mostra-se mais profícuo enfrentá-lo para além da perspectiva individualizada, considerando a participação dos diversos atores institucionais e sociais que são atravessados pela demanda. Nesse cenário, aponta-se a teoria do processo estrutural como uma via possível para tratar da questão.

4 UMA ALTERNATIVA: O CASO DA COMARCA DE DOURADOS/MS

No âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, destaca-se a comarca de Dourados/MS, onde está situada uma das seis terras indígenas mais povoadas do Brasil (IBGE, 2023, p. 109), que abrange quatro aldeias: Jaguapiru, Bororó, Panambizinho e Porto Cambira. Existem, ainda, as aldeias Guaimbé e Rancho Jacaré, que ficam o município de Laguna Carapã e integram o território da comarca de Dourados.

A região é atendida por três estabelecimentos prisionais, dos quais dois se destinam ao público do sexo masculino: a Penitenciária Estadual de Dourados (PED),



onde se dá o cumprimento de pena em regime fechado; e o Estabelecimento Penal de Regime Semiaberto, Aberto e Assistência ao Albergado de Dourados (EPMRSA-D), para os regimes semiaberto e aberto. Já para o público feminino, existe o Estabelecimento Penal Feminino de Regime Semiaberto, Aberto e Assistência à Albergada de Dourados (EPFRSAAA-D), destinado apenas aos regimes semiaberto e aberto (AGEPEN, s/d).

No âmbito do Poder Judiciário, no ano de 2023, a execução penal na comarca incumbia à 3ª Vara Criminal, que também cumulava a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida (TJMS, 1994)². No ano de 2019, após a devida provocação³, foi constatado pelo Juízo da Execução que não existe na comarca estabelecimento adequado da FUNAI para o cumprimento do regime de semiliberdade, de modo que os(as) reeducandos(as) indígenas, em regra, cumpriam a reprimenda nos estabelecimentos prisionais regulares, de acordo com o regime imposto.

Já no ano de 2022, constatou-se o alto número de reeducandos e reeducandas indígenas nas Unidades Prisionais, os quais cumpriam pena nos mesmos moldes impostos aos demais presos(a). Ocorre que tal situação contraria o disposto no artigo 10º da Resolução 287/2019, que assim dispõe:

Art. 10. Não havendo condições para aplicação do disposto nos artigos 7º e 9º, a autoridade judicial deverá aplicar, sempre que possível e mediante consulta à comunidade indígena, o regime especial de semiliberdade previsto no art. 56 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), para condenação a penas de reclusão e de detenção. Parágrafo único. Para o cumprimento do estabelecido no caput, a autoridade judicial poderá buscar articulação com as autoridades comunitárias indígenas da Comarca ou Seção Judiciária, bem como estabelecer parceria com a Funai ou outras instituições, com vistas à qualificação de fluxos e procedimentos. (CNJ, 2019b).

² Após as alterações promovidas pela Resolução 321/2024 (TJMS, 2024b), a referida Vara passou a ser denominada Vara do Juiz das Garantias, Tribunal do Júri e Execução Penal, com competência para processar os feitos relativos aos crimes dolosos contra a vida, as execuções de sentenças de réus condenados ao cumprimento de pena no regime aberto, de penas restritivas de direitos, no livramento condicional, suspensão condicional da pena, de acordos de não persecução penal, a corregedoria dos presídios, e os feitos referentes ao juiz das garantias.

³ Tal provocação foi feita nos autos 0008236-08.2012.8.12.0002, pelo titular da então denominada 3ª Vara Criminal de Dourados, no ano de 2019. Na oportunidade, a FUNAI, por meio do Ofício n. 57/2019/CR-DOU-FUNAI, informou que a “Coordenação Regional não possui condições para recepcionar o cumprimento de pena de semiliberdade dentro de suas dependências. Sem mais para o momento, informo da possibilidade da equipe técnica desta Coordenação Regional auxiliar na construção de uma alternativa para o cumprimento da pena [...]” (Reis, 2019)



Além disso, a então denominada Vara de Execução Penal do Interior (VEPin), que detinha competência para o processamento das execuções penais em regimes fechado e semiaberto no Estado, à exceção das comarcas de Campo Grande e Dourados⁴, passou a fixar condições específicas para reeducandos(as) indígenas em regime semiaberto, que passaram a cumprir pena em regime domiciliar, no âmbito da própria aldeia.

Assim, considerando as disposições legais sobre o tema, especialmente a Resolução 287/2019 (CNJ, 2019b) e o Estatuto do Índio (Brasil, 1973), que impõem a adoção de um regime específico para a população indígena, bem como diante da compreensão de que nos litígios estruturais existe uma transição até o alcance fático do estado ideal de coisas (Galdino, 2022, p. 177), aliada à observação das condições específicas aplicadas à população indígena no âmbito da VEPin, em meados de julho de 2023, no âmbito da comarca de Dourados, foi implantada uma alternativa local e paliativa para o problema. Longe de solucionar a questão, objetivou-se tão somente adaptar a previsão legal ao cenário fático que se mostrava viável no momento, com a aproximação dos regimes aberto e semiaberto ao regime de semiliberdade, tendo como fundamento, especialmente, a excepcionalidade do encarceramento indígena.

Considerando que o regime especial é gênero, do qual fazem parte o semiaberto e aberto, e dada a inviabilidade de submeter os(as) indígenas ao mesmo tratamento geral, foram elaboradas em paralelo versões harmonizadas dos respectivos regimes, considerando as particularidades locais. Assim, quanto aos(às) reeducandos(as) indígenas em regime semiaberto, o recolhimento ao EPMRSA-D (masculino) ou EPFRSAAA-D (feminino) foi substituído pela prisão domiciliar, a ser cumprida na aldeia de residência do(a) reeducando(a), mediante a observância das seguintes condições:

1. Recolher-se à sua residência, assim entendida, à semelhança do disposto no artigo 11 da Resolução n. 287/2019, o território da Aldeia, **por ele indicada no**

⁴ Após as alterações promovidas pela Resolução 313/2024 (TJMS, 2024a), a Vara de Execução Penal do Interior (VEPIN) passou a ser denominada 1ª Vara de Execução Penal do Interior, com competência para o processamento das execuções penais em regime fechado no Estado, à exceção da comarca de Campo Grande, enquanto o regime semiaberto do interior incumbe à 2ª Vara de Execução Penal do Interior.



cumprimento do alvará de soltura, no período que não estiver trabalhando, bem como aos domingos e feriados o dia todo, salvo se estiver trabalhando ou motivo de força maior;

2. Apresentar-se, bimestralmente, no Patronato Penitenciário de Dourados, para assinar a folha de frequência;
 3. Não se ausentar da comarca, exceto para trabalho, nos moldes supramencionados, nem mudar de endereço, sem prévia autorização judicial;
 4. Não praticar fato definido como crime doloso;
 5. Não frequentar bares, boates, casas de jogos ou locais afins;
 6. Não ingerir bebida alcoólica em locais públicos ou com acesso livre ao público;
 7. Comunicar a este Juízo, imediatamente, todos os fatos que impeçam o cumprimento das condições impostas;
 8. Informar nos autos seu endereço e, se tiver, telefone, no prazo de cinco dias.
- (Reis, 2023)

Quanto ao regime aberto, o pernoite na Unidade Prisional foi substituído pela prisão domiciliar, com as seguintes condições:

- 1. necessária permanência em sua aldeia no período noturno (19h/6h), exceto DOMINGOS E FERIADOS, quando, então, o reeducando deverá permanecer em sua aldeia em período integral;*
 - 2. não se ausentar da comarca, nem mudar de endereço, sem prévia autorização judicial;*
 - 3. não praticar fato definido como crime doloso;*
 - 4. não frequentar bares, boates, casas de jogos ou locais afins;*
 - 5. não ingerir bebida alcoólica;*
 - 6. comunicar a este Juízo, imediatamente, todos os fatos que impeçam o cumprimento das condições impostas; e*
 - 7. comparecimento trimestral ao patronato para assinar folha de frequência.*
- (Reis, 2023)

Em todos os casos foi determinada, ainda, a elaboração de laudo antropológico, visando, oportunamente, melhor adequar as condições impostas para cada reeducando. No entanto, o Poder Judiciário local enfrentava, à época, expressiva dificuldade na produção de tal perícia, diante da escassa oferta de peritos interessados no múnus.



Então, uma vez que, sem o respectivo laudo antropológico, não era possível aferir a disponibilidade de fiscalização das condições impostas pela própria comunidade ou pela FUNAI, optou-se por incumbir a fiscalização a outros órgãos auxiliares, até a efetiva construção do fluxo de fiscalização junto à Fundação.

Tal proposta constituiu uma alternativa prática para o problema, pois prescinde de grandes alterações na estrutura estatal e, em alguma medida, garante o tratamento diferenciado para a população indígena, conforme previsto no ordenamento jurídico pátrio. É uma proposta que pode ser aplicada de imediato e, ainda que não se trate de um regime de semiliberdade propriamente dito, garante a observância da excepcionalidade do encarceramento indígena, bem como, de forma reflexa, provoca outros atores estatais a apresentarem alternativas ao problema.

A propósito, o Ministério Público Estadual apresentou agravo em execução em todas as guias de recolhimento em que foi aplicado o regime harmonizado, o que movimentou não só o órgão ministerial, como também os(as) advogados(as) que atuam na área, a Defensoria Pública Estadual e o Tribunal de Justiça, chamando a atenção dos atores institucionais sobre a problemática.

Como dito acima, trata-se de uma problemática estrutural e o seu enfrentamento se dá a partir de várias frentes. Ainda que não esteja em trâmite um processo estrutural propriamente dito, é irrefutável a existência de um problema estrutural que atinge as demandas individuais no âmbito da execução penal e, portanto, buscou-se implementar nelas uma decisão estrutural, que é “espécie de provimento jurisdicional na qual o juiz intervém na gestão de uma instituição, entidade ou organização, visando concretizar um direito fundamental, elaborar uma política pública ou resolver um conflito complexo.” (Nepomuceno; Dias; Marques, 2020, p. 136)

Nesse cenário, a alternativa apresentada buscou alterar um estado de coisas, para atender um direito no âmbito individual (Galdino, 20022, p. 196), visando, com o auxílio de outras provocações e movimentações estatais, que essa alteração evolua para um estado de coisas que atenda diferentes direitos, no âmbito geral.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa foi possível identificar a existência de uma grande contradição interna no ordenamento jurídico, na medida em que a atual ordem constitucional assegura a autodeterminação dos povos indígenas, enquanto o Estatuto do Índio é fundado no paradigma assimilacionista. Em decorrência disso, há notável conflito a respeito do tratamento jurídico que deve ser dispensado ao indígena.

Especificamente no âmbito criminal, identificou-se ser assegurado o direito a um tratamento diferenciado, porém são inúmeras as dificuldades teóricas e práticas para sua definição e implementação. Tal problemática atinge seu ápice na execução da pena, momento em que caberá ao Juiz, à FUNAI e à sociedade elaborarem um conceito prático para o regime especial.

No entanto, seja por ausência de definição teórica, por insuficiência estatal ou por conflito normativo, a prática tem demonstrado a inefetividade da garantia prevista, bem como a insuficiência do seu enfrentamento individualizado. Ao analisar a bases teóricas do processo estrutural, identificou-se que o problema se enquadra como um litígio coletivo de difusão local.

Ainda, identificou-se que tal conflito estrutural desagua no Judiciário, que acaba por ter de encontrar alternativas práticas para dispensar um tratamento diferenciado à população indígena, a despeito da deficiência normativa e estrutural física para essa demanda. A ausência do aparato estatal adequado não impede a aplicação de pena ao(à) indígena, de modo que cabe ao magistrado não somente adequar as condições impostas ao que é possível dentro da estrutura existente, como também provocar os atores estatais e sociais, para o desenvolvimento de uma alternativa mais adequada.

Portanto, foi possível concluir que, para lidar com o problema identificado, mostra-se valioso o enfrentamento da questão a partir de sua perspectiva policêntrica. Assim, as decisões no âmbito individual devem ser tomadas reconhecendo a problemática em seu sentido amplo e a insuficiência da resolução individual do caso.



Por isso, impõe-se uma abordagem estrutural, na qual se deve buscar, inicialmente: reconhecer a insuficiência histórica e atual do aparato estatal para dar efetividade às garantias previstas à população indígena; provocar a participação mais ativa da FUNAI, Lideranças Indígenas Locais, Administração Penitenciária, Polícias Civil e Militar, Secretaria de Saúde, Assistência Social, Defensoria Pública e Ministério Público, tanto no âmbito Estadual quanto Federal; articular a comunidade acadêmica para elaboração de estudos multidisciplinares que visem identificar as particularidades locais de cada aldeia e etnia; e capacitar os serventuários do Estado que lidem com demandas dessa natureza.

No caso específico da comarca de Dourados/MS, foi construída uma alternativa, fundamentada na excepcionalidade do encarceramento indígena. Assim, aos(as) reeducandos(as) indígenas em regime semiaberto e aberto foi concedida prisão domiciliar, no âmbito da aldeia, com diferentes deveres, de acordo com o rigor próprio de cada regime.

É uma proposta que, embora ainda em construção e passível de adaptações contínuas, possibilita o respeito às especificidades de parcela relevante da população prisional, promovendo a discussão de alternativas ao problema estrutural identificado.

REFERÊNCIAS

AGEPEN – Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário. **Unidades Penais – Dourados**. s/d. Disponível em: <https://www.agepen.ms.gov.br/unidades-penais/dourados/>. Acesso em: 16 fev. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2433/2021**. Altera o art. 56 da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, “Estatuto do Índio”, para dispor sobre a imputabilidade penal indígena. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2289530&fichaAmigavel=nao> . Acesso em: 16 fev. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 16 fev. 2025.



BRASIL. Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967. **Autoriza a instituição da “Fundação Nacional do Índio” e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5371.htm . Acesso em: 16 fev. 2025.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Estatuto do Índio.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm . Acesso em: 16 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 (ADPF 347 MC).** Distrito Federal. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 9 set. 2015.

CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA. **Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul.** 1. ed. Brasília, CTI, 2008.

CHAMORRO, Graciela; COMBÈS, Isabelle (Orgs.). **Povos indígenas em Mato Grosso do Sul: história, cultura e transformações sociais.** Dourados/MS: Editora UFGD, 2015.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Manual:** Resolução 287/2019. Brasília, 2019a. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Resolucao_287-2019-1.pdf . Acesso em: 16 fev. 2025.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 287**, de 25 de junho de 2019b. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf . Acesso em: 16 fev. 2025.

CORDEIRO, Ana Clara Monteiro; LAZO, Anna Beatriz Freitas; NASCIMENTO, Sandra Marcia; OLIVEIRA, Victoria Miranda da Gama. O regime prisional de semiliberdade, o direito dos povos indígenas e os desafios da interculturalidade. **Revista Latino-Americana de Criminologia**, Brasília/DF, v. 2, n. 2, 2022, p. 113-133.

FERREIRA, Rafael Alem Mello; BITTENCOURT, Fabiana; RÊGO, Alisson Jordão. Direito indígena e o paradigma instituído pela Constituição de 1988: direito à alteridade. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, Brasília/DF, v. 12, n. 3, 2018, p. 126-138.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Respostas simples para problemas complexos? Processos estruturais e a proteção equitativa dos direitos fundamentais. In: ARENHART, Sergio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo (Orgs.). **Processos estruturais.** São Paulo, Juspodivm, 2022.

FULLER, Lon L. *The forms and limits of adjudication.* **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, 1978, p. 353-409.

FUNAI. **Instrução Normativa Funai nº 21**, de 2 de junho de 2022. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/06/DOU-Funai-diretrizes-direitos-indigenas-justica-21-jun-2022.pdf> . Acesso em: 16 fev. 2025.



GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais**: identificação, funcionamento e finalidade. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

IBGE. **Censo Demográfico 2022**: indígenas. Primeiros resultados do universo. Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102018.pdf> . Acesso em: 16 fev. 2025.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os Direitos dos Povos Indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klauss-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.

KYRILLOS, Gabriela M. A constituinte e a democratização do Brasil: questão indígena e superação formal do paradigma assimilacionista. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano I, n. 2, 2015, p. 703-745.

LIMA, Milena Moraes. **Relação processual civil e decolonialidade**. São Paulo: Dialética, 2023.

MELO, Evelyne dos Santos; MATOS, Givaldo Mauro de. A criminalização e penalização de indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados/MS, v. 19, n. 38, jul/dez 2017, p. 141-155.

Nepomuceno, C. L.; Dias, D. M. dos S.; Marques, C. H. C. As decisões estruturais e o procedimento das ações possessórias: um estudo de caso do residencial "Cristo vive". **Revista De Direito Da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4., 2020, p. 135-173.

PONTES, Bruno César Luz. O índio e a justiça criminal brasileira. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2010.

REIS, Ricardo da Mata. **Ofício n. 57/2019/CR-DOU-FUNAI**. Arquivo pessoal. Dourados, 2019.

REIS, Ricardo da Mata. **Decisões sobre os regimes prisionais - indígenas**. Arquivo pessoal. Dourados, 2023.

SETESCC – Secretaria de Estado de Turismo, Esporte, Cultura e Cidadania. **Comunidades Indígenas**. s/d. Disponível em: <https://www.setesc.ms.gov.br/comunidades-indigenas-2/#:~:text=Foram%20registradas%20no%20pa%C3%ADs%20274,%2C%20Atikun%2C%20Ofai%C3%A9%20Guat%C3%B3> . Acesso em: 16 fev. 2025.

SENAPPEN – Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Dados estatísticos do Sistema Penitenciário**. Data de referência: 30/06/2023. Disponível em: <https://app.powerbi.com/>



CONTRIBUIÇÃO DE AUTORIA

1 – Milena Moraes Lima

Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB (2016). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional (2019). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA (2019). Doutoranda no Programa em Meio Ambiente e Desenvolvimento na Universidade Federal do Paraná (UFPR).
<https://orcid.org/0000-0002-2375-1398> mi_mlima@hotmail.com
Contribuição: Conceituação, Metodologia, Escrita – revisão e edição.

2 – José Edmilson de Souza-Lima

Licenciado e Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Sociologia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná.
<https://orcid.org/0000-0002-5434-0225> zecaed@hotmail.com
Contribuição: Metodologia, Escrita – revisão e edição.

3 – Ricardo da Mata Reis

Graduação em Administração de Empresas pela Faculdade de Ciências Gerenciais - União de Negócios e Administração (1996) e graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2000). Pós-graduações em Direito Empresarial (FGV) e em processo Civil (PU/RJ).
<https://orcid.org/0009-0008-9014-8311> ricardo.reis@tjms.jus.br
Contribuição: Conceituação, Escrita – primeira redação, Escrita – revisão e edição.

COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

SOUZA-LIMA, J. E. de; LIMA, M. M.; REIS, R. da M. Desafios legais e práticos do regime prisional para a população indígena: uma medida estruturante para um conflito multipolar. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. DOI: 10.5902/1981369491334. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/91334>. Acesso em: XX/XX/XX.

Direitos autorais 2024 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM.

Editores responsáveis: Dr. Rafael Santos de Oliveira



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

