

Crimes contra os costumes, costumes de quem? Uma análise das representações de indígenas em Dourados, MS, acerca dos crimes contra os costumes/estupro presumido*

Crimes against customs, whose customs? An analysis of indigenous representations in Dourados, MS, as to crimes against customs/presumed rape

Andréia Michelli Neves**

Resumo: O presente artigo tem como propósito analisar as representações de indígenas da Reserva Francisco Horta Barbosa, em Dourados, MS, acerca do crime contra os costumes/“estupro presumido”, atualmente intitulado “estupro de vulnerável”. Para tanto, foi utilizada a metodologia do grupo focal que nos permitiu acessar, de forma rápida e confiável, o ponto de vista de indígenas sobre o problema abordado. A técnica empregada não pretende apresentar resultados absolutos, mas, antes, apontar questões para o debate relativo à comparação entre regras e costumes étnicos em seu diálogo com os saberes jurídicos e suas possibilidades de interlocução.

Palavras-chave: “Estupro presumido”; Povos indígenas; Regras e costumes indígenas.

Abstract: The article in hand aims to analyse the indigenous representations on the Francisco Horta Barbosa Reservation in Dourados, MS, as to the crime against customs / “presumed rape”, at the moment entitled “rape of a vulnerable person”. For this, the methodology of a focal group was used which allowed us to access in a rapid and dependable way the point of view of the indigenous population on the problem approached. The technique used does not present results, absolutes, but in first place brings up questions for the debate on the comparison between rules and ethnic customs in the dialogue with juridical knowledge and the possibilities of interlocution.

Key words: “Presumed rape”; Indigenous peoples; Indigenous rules and customs.

* O presente artigo foi desenvolvido a partir do trabalho “Uma Análise das Representações de Indígenas Acerca dos Crimes Contra os Costumes/ Estupro Presumido” escrito sob orientação da Dra. Cíntia Beatriz Müller, como exigência para adquirir o grau de especialista em Direitos Humanos e Cidadania, em curso promovido pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD).

** Bacharel em Direito pela Universidade da Grande Dourados (UNIGRAN). Advogada. Pós-graduada em Direito Humanos e Cidadania (lato sensu) pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) e Direito do Estado e Relações Sociais (lato sensu) pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). E-mail: michellyneves_adv@yahoo.com.br

Introdução

A Reserva indígena Francisco Horta Barbosa está localizada a um quilômetro do perímetro urbano da cidade de Dourados, Mato Grosso do Sul. Com uma área total de 3.475 hectares formada pelas aldeias Jaguapiru e Bororó, sua população é de aproximados 15 mil habitantes, divididos em três etnias: Guarani, Kaiowá e Terena. Em Dourados, segundo o antropólogo Levi Marques Pereira (1999), a distinção parece ser mais social do que étnica, figurando os seus atores como responsáveis pela manipulação dos “marcadores que compõem o sistema multiétnico” (Pereira, 1999, p. 16). Em termos concretos, o autor tomando como parâmetro o modelo hegemônico do indigenismo praticado em solos douradenses, os Terena são mais receptivos às iniciativas do desenvolvimento e integração à sociedade nacional do que os Kaiowá. Os Guarani figurariam como uma espécie de categoria intermediária entre, de um lado, os Kaiowá, com quem o parentesco linguístico e cultural é indiscutível e, de outro lado, os Terena, com os quais realizam preferencialmente suas escolhas matrimoniais.

Em dezembro de 2005, atuei como advogada em uma organização não-governamental (ONG) chamada GAPK (Grupo de Apoio aos Povos Kaiowá¹). Essa organização, fundada em 2002, tem como foco o trabalho com um grupo de jovens indígenas, entre 10 a 25 anos, intitulado AJI (Ação dos Jovens Indígenas). Seu objetivo é fomentar e oferecer suporte a essa “nova classe”², dentro e fora da reserva, a dos jovens indígenas. Para tanto, desenvolvem atividades de formação e reflexão sociocultural, tais como oficinas de fotografia, jornalismo, cinema, teatro, artesanato, direitos humanos, entre outras. Através dessas ações, ou como resultado delas, eles passam a ser reconhecidos dentro da própria comunidade, buscando direito à voz e espaço social.

No trabalho desenvolvido junto a AJI me aproximei e me inseri no contexto do dia a dia dos grupos indígenas. Como exemplo, percebi que, enquanto advogada, era tratada de maneira diferente, ocupava um lugar outro, de maior prestígio, se comparado aos meus colegas (biólogos, atores, antropólogos, letrados etc.). Assim, diziam os jovens indígenas: “Não mexam comigo porque eu tenho advogada”. Mesmo quando essa frase era dita em tom de brincadeira, sentia que eles me tratavam de forma diferenciada, pois, quando surgia um “problema” que, segundo eles, era “sério”, era a advogada que eles procuravam.

¹ Acesse mais informações em: www.ajindo.blogspot.com

² Os integrantes da GAPK classificam os jovens indígenas como uma nova classe porque a fase da juventude não existia entre os indígenas. Ainda hoje a maioria dos indígenas casa-se muito cedo, convertendo-se de crianças a adultos. Há que se observar que o emprego da palavra “classe”, neste contexto, não está se referindo ao conceito empregado na discussão marxista, mas guardando similitudes com a utilização da noção de “grupo geracional”

A questão do suicídio chama a atenção de grande número de pesquisadores, a começar por Eduardo Galvão³ (1979), primeiro a escrever sobre o suicídio na Reserva de Dourados e, posteriormente, Kátya Vieta⁴ (1998). Porém outra situação me despertou interesse: meninas indígenas menores de 14 anos se casavam com homens indígenas maiores de 18 anos e, após o término do casamento – o que, segundo narrativas, tinha como um dos motivos principais o fato de o marido “ter outra” – elas, como uma espécie de “vingança”, os denunciavam na Delegacia da Mulher por estupro presumido⁵.

Outro fato recorrente que as jovens indígenas narravam, diz respeito à “feirinha”, onde uma menina indígena, depois de ingerir bebida alcoólica em festas que geralmente acontecem quando os homens indígenas voltam das usinas após receberem pagamento, era “abusada sexualmente”⁶ por vários homens, tanto “jovens”, quanto “adultos” indígenas. Porém eu percebia que esse episódio não era contado como algo recriminável entre eles e, sim, como um fato considerado corriqueiro. Recordo que tais narrativas eram contadas em ocasiões de descontração, em rodas de tereré, festas de aniversário e tinham a conotação de fofoca que, via de regra, vinham acompanhadas de risos. Por outro lado, quando perguntava a esse respeito aos estagiários do projeto com quem trabalhava – indígenas que cursavam serviço social em nível de graduação na Universidade de Grande Dourados (UNIGRAN) – eles descreviam tal fato como “violência intolerável”, “absurdo” e afirmavam que, para os indígenas, tal conduta era tida como abominável. Entre reações tão diferentes, comecei a questionar: qual o significado dessas falas? Será que o segundo discurso não era uma tentativa de me agradar, ou seja, de dizer o que eu queria ouvir? Será que a fofoca jocosa encobria um pedido de ajuda que deveria ser feito de forma velada para não romper com laços de coesão do grupo?

A partir daí, começaram a surgir inquietações e questionamentos, e, então, comecei a perceber que a concepção o “estupro” ou “abuso sexual”, operando aqui como classificações do senso comum, poderia ter um significado diferente entre os indígenas e que, muitas vezes, eles usavam o nosso

³ “Seu estudo centrou-se na descrição da vida dos Guarani/ Kaiowá como paradigma dos estudos sobre mudança cultural e aculturação” (Alcantara, 2007, p. 21).

⁴ “De acordo com a autora, o suicídio seria a situação limite, quando não existisse mais uma alternativa individual nem dentro, nem fora da aldeia; está ligado diretamente à dualidade da alma humana” (Alcantara, 2007, p. 32).

⁵ Estupro presumido, art. 224: Presume-se a violência, se a vítima: a) - não é maior de 14 anos; b) - é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) - não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Desde a promulgação da Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009 não mais existe esta figura no atual Código Penal, passou a ser intitulado como estupro de vulnerável.

⁶ Expressão utilizada por jovens indígenas em seu diálogo com não-índios cientes de que considerávamos esta conduta reprovável.

jeito ocidental de classificar os atos sexuais em algumas situações, como por exemplo, ao desenvolver um discurso de “revanche” em relação ao homem que abandonou a esposa.

Nesse contexto, senti a necessidade de compreender o olhar do grupo, em especial, o olhar indígena para certos temas, no caso em questão, para as “relações sexuais” entre homens indígenas maiores de 18 anos e mulheres indígenas menores de 14 anos. Paralelamente, abordamos o tema em questão trazendo à discussão o direito à diferença e seus desdobramentos no campo jurídico.

1 (Des)construindo os costumes ao longo do tempo...

Tatiana Savoia Landini (2005) aprofunda a discussão sobre a noção de “costumes” na perspectiva de Norbert Elias; trata o “etnocentrismo”, de maneira didática, à medida que instiga o leitor a pensar que se fosse transportado para tempos passados de sua própria sociedade, “alguns costumes provavelmente lhe causariam asco, enquanto outros lhe causariam curiosidade e até atração” (Landini, 2005, p. 1). Esta é uma problemática antropológica que nos remete à noção de civilização dos costumes para o próprio Elias (1994, p. 9), à medida que essa categoria analítica é fruto de um longo processo de produção disciplinar em nossa sociedade ocidental, em especial quanto às emoções, afetividades e comportamentos em solos alemães e franceses, focos de suas análises.

Na sociogênese do Estado a que Elias (1994, p. 17) faz menção como sendo uma de suas preocupações, destaca a imbricação da concepção de civilização com a mudança gradual, por exemplo, dos sentimentos de vergonha e outros que nos lembram Michel Foucault (2001) e a história da sexualidade:

Vemos pessoas à mesa, seguimo-las quando vão para a cama ou se envolvem em choques hostis. Nestas e em outras atividades elementares, muda lentamente a maneira como o indivíduo comporta-se e sente. Esta mudança ocorre no rumo de uma “civilização” gradual, mas só a experiência histórica torna mais claro o que esta palavra realmente significa. [...] Muda o padrão do que a sociedade exige e proíbe. Em conjunto com isto, move-se o patamar do desagrado e medo, socialmente instilados. (Elias, 1994, p. 14).

Philippe Ariès (1981) em *História Social da Criança e da Família* ilustra e exemplifica os dizeres colocados acima por Elias, isto é, mostra como os costumes podem ser diferentes em diversos tempos e lugares. Para tanto, retrata a forma como a criança e o adolescente eram tratados nos séculos XVI e XVII na França. Segundo o autor, a sociedade nessa época via mal a criança e, pior ainda, o adolescente. A duração da infância resumia-se a seu período mais frágil, isto é, enquanto pequeno e indefeso filhote que não podia bastar-se. Após essa fase, ela logo era misturada aos adultos. Não havia lugar para o

adolescente, a sociedade era dividida em criança, adulto e velho. Nas palavras do autor: “De criancinha pequena, ela se transformava imediatamente em homem jovem, sem passar pelas etapas da juventude...” (Ariès, 1981, p. ix). Em outra obra, *História do Estupro*, Georges Vigarello (1998, p. 90) retrata a violência sexual nos séculos XVI-XX na França. Nessa obra, a criança estuproada era considerada depravada tanto quanto o autor do crime, e, por isto, eram denominadas “crianças libertinas”.

Bronislaw Malinowski (1983), em *A Vida Sexual dos Selvagens* enfatiza o trabalho de campo e o ponto de vista nativo. Nessa obra, Malinowski coloca que a liberdade e independência das crianças se estendem à esfera sexual: elas não só ouviam falar de sexo, como assistiam frequentemente a algumas de suas manifestações, iniciando a vida amorosa muito antes de estarem realmente capacitadas. Segundo palavras do próprio autor: “Entregando-se a passatempos que lhes permitem satisfazer sua curiosidade no tocante ao aspecto e a função dos órgãos genitais” (Malinowski, 1983, p. 82). Interessante ressaltarmos que aos pais tais brincadeiras são indiferentes, até porque são consideradas naturais. A iniciação sexual dos meninos ocorria por volta de seis a oito anos e de 10 a 12 para as meninas (Malinowski, 1983, p. 82).

O processo civilizador, assim, é uma situação de imposição de ideias e representações dominantes em dado momento histórico, cujos valores emanam do Ocidente. Tais representações mudam ao longo do tempo, como demonstra Ariès (1981), cuja compreensão acerca das “crianças” se transformou na própria Europa – centro propagador de valores eurocêntricos e civilizatórios. O mesmo ocorre com a sexualidade, diferentes povos e culturas manifestam diferentes compreensões acerca das práticas e papéis sexuais e de sua aprendizagem pela criança. Crianças vítimas de violência sexual já foram consideradas, no ocidente, tão culpadas quanto seus algozes pela própria violência que sofreram, por outro lado povos considerados “selvagens” podem apresentar níveis bastante elevados de tolerância e de liberalidade em relação à prática sexual.

2 Crimes contra os costumes pelo viés do direito brasileiro

A lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou o título VI da Parte Especial do Código Penal, que tratava dos crimes contra os costumes. Sua vigência teve início em 10.8.2009. Com o advento da nova Lei, várias alterações na legislação penal ocorreram, a começar pelo título que passou a se chamar “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual” deixando para trás “Dos Crimes Contra os Costumes”. Aqui trataremos apenas do antigo “Estupro Presumido”, agora “Estupro de Vulnerável”. Tal recorte se faz necessário devido ao fato de este tipo penal ser o objeto da presente pesquisa, inclusive retratada e discutida pelos casos concretos trazidos ao final do trabalho.

2. 1ª “Estupro de vulnerável”

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

De acordo com a nova norma, quem tiver conjunção carnal, ou praticar qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos, será punido com pena reclusão de oito a 15 anos. Também são consideradas vulneráveis para efeito dessa lei pessoas com enfermidade e/ou deficiência mental que não tiverem discernimento para a prática do ato sexual e, por tal motivo seja incapaz de oferecer resistência.

César Dario Mariano da Silva⁷ (2009), em artigo intitulado *Crimes contra a dignidade sexual*, entende que esse artigo acabará com a discussão se a presunção de violência é relativa ou absoluta. Segundo palavras do próprio autor:

O novo tipo penal, caso seja aprovado, não deixará margem a dúvidas. Praticado o ato sexual, com menor de 14 (quatorze) anos, tendo o agente conhecimento dessa circunstâncias (dolo direito), ou suspeitando dela, aceitar a hipótese e realizar a conduta (dolo eventual), responderá pelo delito. (Silva, 2009, p.15).

Muito embora a titulação tenha mudado, discordamos do autor citado acima. Entendemos que a discussão acerca do caráter absoluto ou relativo desse artigo continuará ocorrendo nos tribunais, portanto não interfere e muito menos desqualifica a continuidade deste trabalho. Afinal, até que ponto alguém é considerado vulnerável?

Ao estudarmos os livros de direito penal Bittencourt⁸ (2005) e Capez⁹ (2005) nos depararemos, quando o assunto é estupro presumido ou, com uma

⁷ Promotor de justiça em São Paulo, Mestre em Direito das Relações Sociais, Especialista em Direito Penal.

⁸ Este autor entende que a presunção de violência é relativa e para tanto cita algumas jurisprudências: “A exegese do art. 224, que se coaduna com a garantia individual em questão, só pode ser relativa. Se, no curso da instrução, resta evidente que a vítima tinha capacidade de entender o caráter do ato, mormente no caso vertente, em que faltavam apenas seis meses para atingir a idade limite, a conclusão não pode ser outra, senão a de aceitar a validade do consentimento” (TJDF, AC, Rel. Otávio Augusto, RT 733, p. 629) (Bittencourt, 2005, p. 898).

⁹ “A tendência na doutrina é emprestar valor relativo a essa presunção (*júri tantum*) ele cita: E. Magalhães Noronha, Direito Penal, v. 3, p. 221-8; Nelson Hungria, Comentários, cit. v. 8, p. 230; Celso Delmanto, Código Penal, p. 431; Júlio Fabbrini, Manual, cit. v. 2, p. 446” (Capez, 2005, p. 59).

linguagem mais atual, estupro de pessoa vulnerável, com afirmações de que a presunção, na opinião dos doutrinadores, é relativa. Tal posicionamento é minorativamente compartilhado pela jurisprudência nos seguintes casos: vítima que aparentava ser maior de idade; que era experiente na prática sexual; que já demonstrava ser corrompida; vítima que forçou o agente a possuí-la; que se mostrava despudorada, devassa (Capez, 2005).

Digo na opinião dos doutrinadores porque, segundo Capez (2005), a jurisprudência, a cada ano que passa, converge para o entendimento de que a presunção é absoluta. Vamos aos dizeres de Capez a respeito do tema:

Os Tribunais superiores têm adotado entendimento no sentido de que a presunção da violência é absoluta quando o crime é praticado contra vítima menor de idade. Assim tem-se sustentado que o consentimento de menor de 14 (quatorze) anos para a prática das relações sexuais e sua experiência anterior não afasta a presunção de violência para a caracterização do estupro, da mesma forma, comprovado o concubinato do réu com a vítima menor de 14 anos não tem o condão de ilidir a presunção. (Capez, 2005, p. 60-62).

Assim como Capez (2005), entendemos que a presunção não pode ser absoluta, sob pena de adoção indevida da responsabilidade objetiva, já que o tipo penal em questão tem como intuito proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com um incipiente desenvolvimento orgânico. “Se a vítima, a despeito não completado 14 anos, apresenta evolução biológica precoce, bem como, maturidade emocional, não há por que impedir a análise do caso concreto” (Capez, 2005, p.62).

Como se pode verificar, a presunção, na maioria das vezes, diz respeito ao seguinte aspecto: *innocentia consilli*¹⁰ do “sujeito passivo”¹¹. Isto enerva alguns doutrinadores, em especial aqueles mais feministas, como, por exemplo, Iara Ilgenfritz da Silva (1985, p. 89), que afirma que tal presunção narra um perfeito cenário de inferioridade feminina ou encarnação de seu trágico destino, o que acaba sendo sempre ela mesma vivendo atrás dos outros. E vai além, quando diz que:

É nesse sentido que está o fundamento da violência presumida, no Código Penal, ou seja, não é realmente a menoridade da mulher que irá determinar realmente a condenação do réu, mas a malícia, a impudicícia, o domínio dos atos e práticas sexuais que ela possui que irá produzir efeito contrário e desejado: a absolvição do réu baseada na incriminação da conduta feminina. (Silva, 1985, p. 89).

¹⁰ Consiste na consciência inocente do sujeito passivo, ou seja assume-se que a mesma não tem maturidade suficiente para discernir seus atos, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento.

¹¹ Na linguagem técnica do direito diz-se sujeito passivo aquele que sofre o crime, e sujeito ativo aquele que comete.

Em face de tais considerações nos perguntamos: Por que em momento algum a presunção relativa diz respeito aos diferentes costumes? Por que está quase sempre ligada e, apenas a inocência/honra ou não da “vítima”? Onde fica a aplicabilidade do art. 231 da Constituição Federal que garante aos indígenas o direito a diferença e mais, garante o direito de resolução dos conflitos de acordo com as regras indígenas internas? Se passarmos da Constituição para a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), devidamente absorvida pelo sistema jurídico como uma norma constitucional, o desacordo com o direito que os indígenas apresentam de resolver seus conflitos segundo suas regras, incluindo as de ordem da esfera penal, é evidente. Trata-se do que muitos autores, como Wolkmer (2007), denominam de pluralismo jurídico.

3 Método utilizado e metodologia aplicada

Como método de coleta de dados, a presente pesquisa empregou o “grupo focal” como técnica de investigação. Essa metodologia nos permitiu acessar o ponto de vista de indígenas acerca do problema abordado.

A proposta inicial foi a de selecionar dois casos de estupros presumidos de acordo com o que chamamos de “emblemáticos/paradigmáticos”, uma vez que são duas decisões do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. No primeiro caso, houve a condenação do réu indígena, sendo que as leis indígenas não foram aplicadas porque, na visão dos magistrados, elas não deveriam prevalecer sobre as leis dos não-índios. Ao contrário, como se verá, no segundo caso houve a absolvição do réu indígena que “praticou,” na visão do Ministério Público Estadual, o mesmo crime ou tipo penal do caso anterior, mas não na perspectiva do magistrado de primeira instância e dos desembargadores, que advogaram pela tese de que, na cultura indígena, tal crime não é reconhecido como tal.

Quanto aos grupos focais, eles foram formados segundo o critério de sexo e idade. Assim, o leitor poderá depreender nuances entre diferentes gerações de jovens e adultos, homens e mulheres. Advertimos que não aprofundaremos tais diferenciações, por não se tratar do foco deste trabalho. Porém, como bem destaca a antropóloga Rita Laura Segato (2006, p. 217) em *Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais* sobre críticas ao minimalismo com que antropólogos tratam o relativismo. Nesse sentido, destacar para o leitor os vetores de etnia, idade e sexo é levar em consideração “as relatividades internas que introduzem fissuras no suposto consenso monolítico de valores que, por vezes, erroneamente atribuímos às culturas” (Segato, 2006). O primeiro grupo foi composto por seis mulheres entre 18 a 22 anos de idade: três indígenas da etnia guarani

com 19, 22 e 18 anos, respectivamente; dois indígenas da etnia terena com 22 e 20 anos; e uma indígena kaiowá de 22 anos de idade.

O segundo grupo foi composto por mulheres entre 27 a 33 anos: duas indígenas da etnia kaiowá com 27 anos; uma indígena guarani com 30 anos; e duas indígenas terena com 33 e 31 anos de idade, respectivamente.

O terceiro grupo foi composto de homens entre 25 a 38 anos de idade: um indígena da etnia kaiowá com 25 anos; dois indígenas da etnia terena com 33 e 38 anos de idade, respectivamente; e um indígena da etnia guarani com 35 anos de idade.

O quarto e último grupo foi constituído por homens com idades que variaram entre 18 a 22 anos: três indígenas da etnia guarani com 21, 18 e 22 anos, respectivamente.

Passamos a apresentar os dois casos exemplificativos da seguinte forma: síntese dos acórdãos a partir de suas redações produzidas pelo Tribunal de Justiça do MS (TJMS); forma como os descrevemos aos grupos e os principais tópicos de discussões realizadas a partir dos citados casos, levando-se em consideração a ordem lógica acima descrita.

3.1 Descrição do Caso 1

Apelação Criminal 2ª. Turma Criminal
TJ/MS 2007.036670-3/0000-00

Trata-se de recurso, objetivando a reforma da decisão, que julgou procedente a denúncia formulada pelo Ministério Público Estadual. A narração dos fatos, tal qual consta no texto do Acórdão, foi feita, respectivamente, da seguinte forma:

Que, no dia 22 do mês passado, domingo, Catia Ferreira foi comprar “tubaína”, em um bar, dentro da Reserva e que fora sozinha, na bicicleta. Catia Ferreira relatou que Josivaldo a encontrou na estrada, derrubou ela da bicicleta e disse que se ela fosse com ele para o mato, ele compraria “tubaína” para ela e Catia o acompanhou. Que, no matagal, segundo Cátia, Josivaldo a deitou no capim e retirou a calcinha dela, deitou-se sobre ela e pediu para ele parar e ele não parou, mas que não sabe informar se Josivaldo introduziu o pênis na vagina dela e depois ela viu que saiu “um leite” do pênis de Josivaldo e ele parou. Que, em seguida, vestiu a calcinha e foi embora. Que, após relatar os fatos à declarante, esta pegou a calcinha de Catia e pode ver que a mesma estava molhada e cheirando “coisa de homem” (Declaração da mãe da vítima).

O apelante ou réu indígena, havia sido condenado a 21 anos e seis meses de reclusão, a serem cumpridos no regime inicialmente fechado, pela prática do delito de estupro presumido, isto é, o estupro quando não está na forma presumida caracteriza-se por “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Porém, a forma presumida caracteriza-se pela vítima (também indígena¹²) ser menor de 14 anos, ou seja, não há que se comprovar a violência na penetração do pênis na vagina (sinônimo de conjunção carnal). O réu contestou o primeiro desfecho ou sentença pela via do que na linguagem jurídica se denomina a “recurso de apelação criminal”.

Quanto aos principais argumentos produzidos pelo defensor do réu, destacam-se os seguintes:

1) que os fatos descritos na denúncia, se fossem comprovados, deveriam ser analisados sob a ótica da cultura indígena, e não do Código Penal, em razão das dificuldades de linguagem dos guaranis-kaiowás; (grifo nosso) 2) a sentença tomou como base os depoimentos da vítima e familiares, que somente ouviram dizer sobre os fatos; 3) não há prova material, quanto à tentativa de estupro; 4) a própria sentença reconheceu a impossibilidade de continuidade delitiva, quanto ao delito de atentado violento ao pudor, o que implica na redução da pena aplicada” (retirado do acórdão em anexo).

A decisão, no entanto, ponderou quanto ao argumento desenvolvido pela defesa, no sentido de que o apelante deveria ser julgado conforme a sua cultura e a sua linguagem (guarani-kaiowá), e não simplesmente pelas regras de direito a que a sociedade em geral está submetida. Os desembargadores entenderam que tal argumento poderia ser utilizado, em princípio, na hipótese dos indígenas que vivem isolados, ou, se em contato com a civilização, que não tenham sido atingidos pela sua influência da comunidade não indígena. Porém, segundo os desembargadores, esse não foi o caso dos autos do processo em análise. Assim, apesar de os indígenas da reserva de Dourados manterem sua cultura, estes absorveram o conhecimento, as regras e os costumes da “sociedade moderna”, não sendo admissível que o apelante buscasse se esquivar da obediência às leis brasileiras, vigentes na data em que os crimes ocorreram. Os desembargadores condenaram o apelante a nove anos de prisão. Em síntese, a diminuição na condenação do réu, de vinte e um anos e seis meses de reclusão para nove anos, deu-se não pela questão de ele ser indígena e pelas especificidades de normas outras que não a da sociedade brasileira em geral, mas por simples questão de adequação técnica do cálculo da pena.

¹² Neste artigo não nos propomos a efetuar as distinções entre kaiowá, guarani e terena que são as três etnias que compõem a reserva douradense, cujo processo de expropriação e confinamento é bem descrito por Alcir Lenharo (1986).

3.2 Descrição do Caso 2

Apelação Criminal 1ª. Turma Criminal
TJ/MS 2008.006979-2/0000-00

Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, que, inconformado com a absolvição do acusado em primeira instância, pretendeu a condenação deste com o fundamento de que não mais existia a relatividade (quando se fala em presunção de violência) nos crimes de estupro contra vítimas menores de 14 anos de idade, pois o Supremo Tribunal Federal, em posicionamento adotado no julgamento do Habeas Corpus n. 81.268/DF, manifestou o caráter absoluto da presunção de violência.

Segue relato constante nos autos do processo:

Consta dos autos que, em meados do mês de setembro e no dia 1 de janeiro de 2001, por volta das 3 da tarde, e nos dias 22 e 24 de setembro deste mesmo ano, por volta das 06 da tarde, na Aldeia Indígena mangueira do sul, nesta cidade, o acusado Paulo Soares, constrangeu, mediante violência presumida em razão da idade, a vítima Joana Figueira, tendo esta 12 anos de idade, a praticar com o mesmo conjunção carnal. Apurou-se de que o denunciado, aproveitando-se da ausência da genitora e do irmão da infante, manteve relações sexuais com a vítima, sua enteada, sendo que em todas as ocasiões o mesmo não usou camisinha, bem como ejaculou no interior de sua vagina. A materialidade do delito está provada pelo Laudo de Exame de Corpo de Delito (conjunção carnal) de fls. 18/19.

Os desembargadores que julgaram a apelação entenderam que, neste caso, em face da sua particularidade, em razão de a ofendida ser índia e avocar a iniciativa para o ato sexual e a comunidade indígena não rejeitar a conduta do agente, excepcionalmente, não se aplicaria a regra absoluta da presunção de violência – em razão da idade – que vem sendo seguida nas Cortes Superiores, mantendo-se a absolvição e negando-se provimento ao recurso do Ministério Público Estadual. Portanto, aqui, os “costumes” da sociedade indígena e a “iniciativa” da vítima, mesmo sendo tenra de idade, somaram-se ou pesaram para a absolvição do réu.

3.3 A apresentação dos casos para os quatro grupos focais

Realizadas as leituras dos dois casos antes descritos, isto é, dos dois trechos que narram o dia e como foi praticado o crime pelo suposto réu, abrimos para a discussão junto aos quatro grupos focais. Para tentar ampliar a discussão, foi feita a leitura das duas sentenças para os quatro grupos.

Os grupos informaram as opiniões, quanto ao fato de concordarem ou não com a pena imposta pelos desembargadores, porém, como se mostraram um tanto tímidos, e a nossa intenção era também de dar um sentido às discussões, passamos, então, à leitura das aproximadas vinte perguntas que variaram neste número dependendo do grupo focal, trazendo indagações que tocaram diretamente nas temáticas abordadas nos dois casos. O leitor verá como cada uma das perguntas do questionário previamente elaborado foi discutida por cada um dos quatro grupos focais. Advertimos que nossa intenção neste momento é de trazer as narrativas emergentes dos grupos focais da maneira mais bruta possível, sobretudo porque a articulação analítica demanda uma convivência outra como a proposta pela metodologia etnográfica. Portanto, se o leitor depreender suas interpretações, assim o fará, mas optamos por evitar praticar o que antropóloga Simone Becker (2008) faz menção quando trabalha com as aldeias arquivos do Judiciário e as “violências da representação” por esses discursos praticados.

3.3.1 Grupo Focal 1 – Mulheres (18 a 22 anos)

Ent. Vocês acham que os homens sabem quando uma menina é menor?

Não pude saber se há ou não essa preocupação por parte dos homens a partir do ponto de vista feminino, uma vez que nas respostas dadas pelas jovens mulheres que participaram desse grupo focal não apontaram nada nesse sentido. Porém as jovens indígenas foram categóricas quando afirmaram que os homens sabem distinguir quando uma menina é menor: “sim eles sabem”. Quanto ao juiz, perguntamos:

Ent. O juiz aplicou a regra igual ao não índio, vocês acham que é errado aplicar a mesma regra, vocês acham que aqui é diferente da cidade?

Ao perguntar, apenas uma das integrantes afirmou que “sim”, as demais permaneceram em silêncio. Questionados diretamente sobre se elas concordavam com a decisão do caso 1, seja do primeiro juiz que julgou, seja do Tribunal, elas discordaram. Segundo esse grupo, o acusado do caso 1 não deveria ter sido condenado. Para tanto, o grupo focal 1 usou os argumentos de que a menina/ mulher indígena descrita no caso tinha consciência do que tinha feito, bem como pelo fato de que na reserva as indígenas casam-se, na maioria dos casos, com a mesma idade da “vítima”.

Com relação ao segundo caso, indagadas diretamente sobre se elas concordavam ou não com a absolvição do indígena, esse grupo focal relatou que, excetuando o fato de o autor ser padrasto da menina, não viam motivo para ele ser condenado, já que a menina, em princípio, quis o ato sexual. Ela teria noção do que estava fazendo, porque na leitura do acórdão ficou claro

para eles que se, por um lado, a menina foi “derrubada” da bicicleta, por outro lado, ela teria acompanhado o acusado até o “mato” porque também desejava o ato sexual. Portanto acharam que o juiz absolveu o autor corretamente. Em meio a discussão - sobre o fato de o juiz ter se baseado na informação de que o ocorrido não era tido como algo recriminável para os índios da reserva - informaram também, que o juiz deve levar em consideração as diferenças entre os costumes dos índios e os dos não índios, quando vai aplicar uma pena. Assim, logo em seguida, perguntamos:

Ent. Com qual idade em média as mulheres se casam?

Resp. No máximo 14.

Segundo esse grupo, as mulheres indígenas se casam em média com 12 ou 13 anos de idade. Indagadas sobre o motivo do casamento nessas respectivas idades, elas responderam tratar-se de “curiosidade”. Outro motivo apontado seria o fato de os pais não as deixarem namorar, pois, segundo elas, os pais são muito “retrógrados” e caso as encontrem com um rapaz conversando já querem obrigá-las a casar. Os pais não aceitam sexo antes do casamento, ou fora desse tipo de relação. Outro motivo, que levam as mulheres a casar cedo, são as fofocas. Vejamos:

Resp.: [...] se meus pais fosse mais modernos, tivessem levado na boa, eu não tinha precisado casar né [...] não tem nada demais a menina não ser mais moça, mas aqui na reserva a menina tem que ser moça, tipo assim, eu aprontei meu pai fez eu casar e me virar.

Também foram apontados outros motivos como falta de liberdade, desentendimentos com a família e situação econômica difícil, como vetores sociais que levam às mulheres indígenas a casar mais cedo.

Resp. 1: Não tem um motivo, meus pais me davam tudo o que eles podiam, mas sei lá, eu achei que casando eu ia ter mais liberdade sei lá.

Resp. 2: Sim, briga na família, aí quer sair de casa.

Resp. 3: ... às vezes também os pais têm mais filhos e, não têm condições de dar tudo, aí eles querem que os filhos se casem o quanto antes, e os filhos acham que o marido vai poder dar tudo o que elas querem.

Quando perguntei a elas se

Ent. Geralmente casam no papel ou vão morar junto?

A maioria respondeu que os casais moram juntos e que, na reserva, não há distinção entre uma coisa ou outra, não há preconceito algum nesse sentido. Percebi em suas falas que há o que me pareceu certo “descrédito” para com os documentos indígenas. Em suma, a união considerada casamento para o grupo indígena é celebrada sem a necessidade de expedição de uma certidão,

o contrato de casamento se dá em uma esfera muito mais comunitária do que burocrática. Vejamos:

Resp.1: Não, não tem diferença, aqui é moderno [risos].

Prossegui a interação no sentido de tentar descobrir se nos dias atuais há ou não alguma espécie de ritual de passagem que marca a transição da infância para a adolescência, perguntando:

Ent. Tem alguma coisa que criança não pode fazer e o adolescente pode fazer, algo que marque a passagem de criança para adulto?

Porém, somente obtivemos como respostas risos, sinalizando ou que isto não existe mais ali, ou que é algo que não deve ser explicado à pesquisadora, algo que não é público.

Insistimos nas perguntas, pois gostaríamos de compreender qual é o marcador temporal que define a chegada da fase da adolescência/ idade adulta:

Ent. Para vocês, com quantos anos é considerado criança, e a partir de quantos anos é considerado adolescente/ adulto?

Tivemos apenas duas respostas, uma sinalizou a idade máxima de 10 anos para criança e outras sinalizaram a idade máxima de 11 anos. Segundo as mulheres indígenas, depois disso é adolescente.

Indagadas a respeito da idade permitida pelos pais para começar a namorar, tive como respostas, em tom de piada, entre 18 e 15 anos. A jocosidade e a brincadeira, em relação à resposta se deram pelo fato de que, segundo elas, o respeito a essa faixa etária ideal nunca aconteceu, pois começavam a namorar aos 12 anos. Inclusive, citando quando foi que deram o primeiro beijo, isto é, a maioria do grupo com 12 anos de idade.

No que tange à gravidez perguntamos:

Ent. Filhos, só são aceitos quando são de pais casados, tem preconceito a mãe não ser casada, como que é?

Nesse quesito, elas foram unânimes em afirmar que as meninas que engravidam sem estarem casadas sofrem preconceito, a maioria deles oriundo de seus pais que não aceitam os netos dentro de casa. Ainda com relação à questão da gravidez, foi-lhes perguntado:

Ent. Com quantos anos vocês ouvem em média, independente de estar casada, que as meninas tem os primeiros filhos?

Resp. Tem um monte que já é mãe com 10 anos, nem sei como isso acontece, ela nem tinha peito.

Aqui houve divergência com relação à idade da primeira gestação, foram citadas as idades de 11, 13 e até 10 anos.

Buscando compreender a diferença de idade nos casamentos perguntei:

Ent. Quando casa ou vai morar junto, o homem é mais velho, a mulher é mais velha, ou são da mesma idade?

Todas foram unânimes em informar que o homem é sempre mais velho, em média uns quatro anos, citam, inclusive, (aquelas que são casadas) a diferença de idade para com o marido:

Resp. Eu a diferença é de 9 anos; eu é de cinco.

Retornando ao foco de abordagem de minha pesquisa fiz a seguinte pergunta:

Ent.: Vocês já tinham ouvido falar assim: ah se andar com menina menor de idade dá problema?

Resp. 1: Não, a gente nunca tinha ouvido falar, só se estuprasse mesmo.

Resp. 2: Tá mas, no caso, eu transei com meu atual marido, ele na época era de maior e eu tinha 13 anos, e daí quer dizer que isso é estupro?

As indígenas desse grupo focal demonstraram que, no entender delas, estupro é o ato de um homem fazer sexo com uma mulher contra a vontade dela, isto fica evidente quando na primeira fala, uma delas diz que nunca tinha ouvido falar que se um homem “andasse” (quando usei esse termo, deixamos claro pelo tom de voz, bem como pela expressão, de que se tratava de sexo) com uma menina menor de idade pudesse dar algum “problema”, afinal, ainda segundo essa indígena, “só se estuprasse mesmo”, isto é, usasse da força para conseguir o ato sexual.

Para fechar a discussão perguntei:

Ent. Vocês acham que, quando o indígena fica preso, ele deve ficar no mesmo presídio que o não índio?

As jovens mulheres indígenas foram unânimes em dizer que deveriam cumprir pena no mesmo presídio, pois, segundo elas, se cometeram um crime, o indígena tem que pagar tal qual o não índio. Disseram ainda que têm parentes cumprindo pena no presídio Harry Amorim Costa e que há dificuldade em se fazer visita devido às burocracias, como exemplo citaram o fato de ter que fazer a carteira de identificação obrigatória para que os parentes dos internos possam fazer visitas.

3.3.2 Grupo Focal 2 - mulheres (27 a 33 anos)

Começamos a aplicação do questionário perguntando:

Ent. Com qual idade em média as mulheres casam aqui?

As integrantes do grupo afirmaram que as mulheres na reserva casam-se em média com 12, 13 anos. Muito embora acreditem que uma mulher esteja pronta para casar com 16, 17 anos. Indagadas sobre a prática ou não de casamento arranjado, elas informaram que geralmente não há, mas, às vezes, os pais querem arrumar maridos que tenham condições financeiras como parceiros preferenciais para suas filhas. Porém essa intenção “nunca dá certo”, isto é, não é aceita pelos filhos, nem filhas, que acabam saindo de casa ou fugindo com outro homem. Também com relação ao casamento, informaram que a grande maioria apenas vai morar junto, sem casamento registrado.

Resp. 1. Eu acho que hoje é muito liberal os pais já deixam namorar com 12 anos, tenho uma prima que começou namorar com 11 anos e aos 13 casou.

Resp. 2. Não, mas uma vez meu pai queria casar minha irmã com um homem, assim, mais velho, porque ele tinha condições de cuidar dela, mas ela não quis não, e fugiu com outro.

Resp. 3. A minha irmã casou praticamente obrigada, minha mãe flagrou ela assim no mato, e ela não queria casar, ela só queria ter aquele momento com ele, mas, mesmo assim, minha mãe obrigou, casou, foi atrás dele, ta com ele até hoje, ela chorou, chorou, e eu vendo aquele sofrimento. Por ela ter casado com aquele homem, e ele [o marido] também nunca gostou dela, prendeu ela em casa.

Com a intenção de saber se, nos dias atuais, ainda persiste algum marco de passagem da fase infantil para a adulta perguntamos:

Ent. Existe alguma coisa que marca a passagem da infância para adolescência ou fase adulta?

Quanto aos costumes, nenhuma das informantes soube dizer se ainda há alguma espécie de ritual, algumas acreditam que não exista mais, citando apenas a idade como “marco de passagem”, outras apontaram o consumo de “bebida” como uma espécie de “marco de passagem dos tempos modernos”, sinalizando o entendimento de que, quando se começa a ingerir bebida alcoólica, se é adulto, pelo menos com relação aos indígenas do sexo masculino.

Resp. 1: Só a idade mesmo, 10 anos em diante já é adolescente.

Resp. 2: Bom tem assim, minha mãe acha que pra ser homem tem que beber, eles começavam a beber na tampinha, assim com 7 anos.

Resp. 3: menina não tem, com 12 anos ela já tem que casar.

Visando saber se há ou não uma idade ideal em que as meninas devem, segundo os pais, e/ou comunidade se casar, perguntamos:

Ent. Tem alguma idade que as meninas sofrem pressão para casar?

Todas as integrantes desse grupo afirmaram que as mulheres indígenas casam-se muitas vezes por pressão da família. Segundo elas, os pais não aceitam que as filhas namorem, ficam apreensivos com o fato da possibilidade de uma gravidez, o que os envergonharia. Assim, quando ficam sabendo que as filhas estão de conversa com algum rapaz, obrigam-nas a se casarem:

Resp. Tem sim, a minha família os pais não aceitam só namorar, é assim, começou namorar, tem medo de pegar barriga, então tem que casar.

Indagadas sobre a idade para se ter um filho dentro da aceitação do grupo, elas informaram que é indiferente a idade, desde que se tenha marido. Porém disseram que há muita menina grávida sem estar casada na reserva, com idade aproximada de 12, 13 anos:

Resp. 12, 13 anos, tem uma vizinha lá perto de casa, ela tem 13 anos.

Algo bastante relevante para a presente pesquisa era saber se há ou não uma grande diferença de idade entre os casais, tanto os namorados, quanto os casados, para tanto perguntamos:

Ent. Quando casa ou vai morar junto, o casal tem uma diferença de idade? O homem é mais velho, a mulher é mais velha, como que é?

Todas as integrantes disseram que há diferença de idade entre os casais, que geralmente o homem é mais velho, pelo menos três anos. Fato interessante foi o desabafo de duas integrantes do grupo, segundo elas, são sofredoras de preconceito por conta de serem mais velhas que os maridos, já que esse tipo de união é atípica. Após o casamento, a grande maioria vai morar na casa da sogra, e esta não ajuda a cuidar das crianças. O marido vai buscar sustento para a família e os filhos nas usinas de cana de açúcar da região.

Resp. 1: Eu sofro muito preconceito, porque eu sou mais velha que o meu marido.

Resp. 2:mas geralmente são mais velhos, uns 5 até 10 anos, mas tem caso de 3 meses também.

Ao fazermos a pergunta que segue, tivemos a intenção de saber até que ponto os indígenas têm consciência de que, para o não índio, há um crime quando alguém maior de idade tem relação sexual com uma menina menor de 14 anos:

Ent. Vocês já tinham ouvido falar que quando um homem transa com uma menina menor de 14 (quatorze) anos pode dar problema com a justiça? Aqui na reserva vocês acham que as pessoas sabem?

Pude perceber que, muito embora as indígenas já tivessem ouvido falar, elas não entendem como estupro, elas sabem que é errado para o não índio. Em momento algum demonstraram, quer pelas falas, quer pelas expressões, achar tal conduta errada: “eu não acho errado se a menina **gostar** do homem mais velho” (grifo nosso). Por esta frase podemos presumir que o consentimento da garota, “gostar do homem”, mesmo emitido por menor de 14 anos, pode ser aceito pelo grupo.

Para aprofundarmos no tema, perguntamos:

Ent. Vocês acham que uma menina de 12, 13 anos tem consciência dos seus atos, elas sabem o que tão fazendo?

Resp. 1: A gente chama elas pra conversar, elas sabem sim.

Resp. 2: Na escola agora eles tão ensinando, antigamente não tinha isso não, porque minha menininha tem 9 anos, ela sabia de tudinho [...] Uma tem 10 a outra tem 9. Aí elas disseram que tinham aprendido na escola e tal.

As integrantes foram categóricas ao afirmar que meninas, desde os 11 anos, sabem sobre vida sexual. Segundo elas, os filhos aprendem educação sexual nas escolas, bem como os pais têm dialogado a esse respeito com os filhos, muito embora haja uma dificuldade para as mães conversarem com os do sexo masculino.

Perante essas respostas, indagamos o grupo focal 2 sobre a condenação do réu no caso 1. Muito embora a opinião expressada por uma das integrantes grupo fosse no sentido de concordar com a opinião do juiz, ou seja, com a condenação, a resposta da maioria convergiu para a absolvição, pois, no entender delas, a menina tinha consciência do que fez e, portanto, não havia motivo para a condenação do acusado. Com relação ao cumprimento da mesma pena, tanto para o indígena, quanto para o não índio, relataram discordar sobre ocorrer esta no mesmo estabelecimento. Assim, a contradição ressurge, afinal a conduta, segundo esse grupo, tal qual o grupo 1, não é tida como reprovável pela comunidade. Portanto contraditório torna-se o fato de que, muito embora a conduta do caso 1 não seja condenável, não questionem a punição no que diz respeito ao cumprimento de pena no mesmo estabelecimento carcerário.

Questionadas sobre o caso 2, este grupo concordou com a absolvição do acusado e, como o primeiro grupo, a respeito da conduta ser, ou não, reprovável para a comunidade indígena, disseram que ela era recriminada pelos indígenas locais, porém a conduta a que elas se referiam, não era o ato sexual de um adulto com uma indígena de 12 anos de idade, mas sim, o fato de ele ser padrasto dela.

3.3.3 Grupo Focal 3 – homens - (25 a 39 anos)

Junto aos homens buscamos suscitar maiores discussões a respeito da idade com que as mulheres indígenas se casam, perguntamos:

Ent. Qual idade que as mulheres casam aqui na reserva? Com qual idade vocês acham que uma moça tá pronta para casar?

Os integrantes disseram que as meninas/mulheres indígenas casam-se entre 13 e 18 anos. Porém a grande maioria casa-se até os 15 anos. Afirmaram também que as meninas estão começando a vida sexual muito cedo, inclusive que há na reserva altos índices de gravidez na adolescência. Quanto ao fato de idade ideal para o casamento, eles responderam 18 anos. Porém a maioria dos pais quer casar as filhas logo que elas começam a namorar.

Resp. 1: As que não casam, engravidam, as meninas estão se iniciando muito cedo.

Resp. 3: quando começa a sair o pai já quer que elas se casem.

Após falarmos de casamento e aproveitando a oportunidade do assunto tratado nas falas acima, quando disseram que as meninas estão iniciando a vida sexual muito cedo, perguntamos:

Ent. Mas com quantos anos elas começam a namorar?

Não houve contradição quanto à idade em que as meninas/mulheres indígenas começam a namorar, todos informaram que tal comportamento começa a ocorrer a partir dos 11 anos de idade. Citam que, além dos costumes, com relação ao casamento “precoce”, também apontam a mídia como um dos fatores que incentivam essa prática na reserva indígena de Dourados. Fica evidente a desaprovação com relação à atitude dos pais em querer obrigar os filhos a se casarem cedo, pois, segundo eles, é uma forma de passar um problema, uma “despesa” adiante, o que, na visão deles, é uma atitude totalmente equivocada:

Resp. Tem a novela falando sobre sexo, toda a casa tem televisão, as crianças veem beijando e tal, eu acho um erro por parte dos pais, porque eles tão querendo empurrar o problema pra frente quando obriga elas se casarem.

Os indígenas relataram a prática dos pais que desejam o casamento dos filhos pelo fato de se esquivarem das “despesas”. Assim, querendo aprofundar mais ainda a discussão, perguntamos:

Ent. Vocês acham que às vezes pode ser que esse jovem queira namorar, casar cedo, pra sair da casa dos pais, por problemas familiares?

Os integrantes desse grupo relataram que são vários os motivos que fazem com que o jovem indígena deseje casar mais cedo e cita, para além dos motivos já expostos, os problemas familiares como uma das causas.

Resp. 1: Acontece sim, o jovens ele segue os outros, e vê outras adolescentes saem, aí ele quer sair também, o pai vê acha errado e já quer casar ele, então o eles acham que casando vão ter liberdade.

Resp. 2: Minha irmã mesmo dizia que em casa era um inferno, aí ela casou, depois de dois anos ela voltou, aí eu disse, ué voltou pro inferno???? (risos).

Em relação aos costumes acerca do casamento, perguntamos:

Ent. Os pais interferem na escolha dos filhos com relação ao casamento? Existe ainda casamento arranjado?

Sobre esse assunto, foram enfáticos ao afirmar que o casamento arranjado na reserva não existe, os pais apenas aconselham os filhos a respeito das responsabilidades de um casamento.

Resp. 1: Eu converso com meus filhos, porque não adianta prender e proibir de fazer o que se gosta de fazer. Você observa as meninas de 12 anos na rua, onde tá o pai, onde tá a mãe? Minha filha tem 19 anos, se é virgem eu não sei, mas até hoje não dá dor de cabeça.

Ainda sobre o assunto casamento e como de fato ele se dá, perguntamos:

Ent. Os índios estão se casando mais no papel, ou estão morando junto?

Segundo os indígenas desse grupo, não há qualquer distinção quanto ao casamento ser registrado ou não. A maioria dos indígenas apenas mora junto e, para eles, isto é um casamento. Também houve referência ao fato da descrença na documentação expedida pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI): “prá gente sempre foi a mesma coisa, porque certidão eu acho que daqui não vale, a não ser que case lá fora, a gente sabe que lá é mais difícil o negócio, se casou lá é diferente”.

Para tentarmos descobrir se ainda há algum marco de passagem da fase infantil, para fase adulta segundo os costumes tradicionais perguntamos:

Ent. Vamos tentar definir o que é criança e adolescente/adulto, antigamente tinha uns rituais de passagem que marcavam a mudança da fase infantil para adulta, Atualmente existe algum ritual? Existe alguma outra coisa, ex., quando ele casa, quando começa trabalhar, sei lá? Vocês entendem que até quantos anos é considerada criança aqui na reserva?

Segundo eles, não mais existe ritual de passagem. E, eles consideram criança até 14 anos de idade. Não souberam informar se o casamento ou o

trabalho marca, atualmente, a passagem de criança para a fase adolescente ou de criança para a fase adulta. Para tentarmos buscar parâmetros com relação à idade desejada para o casamento na visão dos pais, utilizamo-nos da seguinte indagação:

Ent. Tem uma idade em que o pai começa a achar que a menina já tá passando da hora de casar?

Em resposta a essa pergunta eles foram irônicos ao responderem que os pais não tem sequer oportunidade para pressionar as filhas para o casamento, já que, segundo eles, casam-se o mais depressa que podem:

Resp. Não precisa empurrar a menina prá casar, ela própria se empurra (risos).

Também indagamos sobre “gravidez na adolescência”¹³, ainda na busca de parâmetros de idade para casamento:

Ent. Vocês conhecem meninas que engravidaram cedo? Qual a idade da mais nova?

Segundo eles, há muitas meninas grávidas na reserva. A mais nova que eles conhecem tem 12 anos de idade. Perguntamos, também, a respeito da diferença de idade das pessoas que se casam:

Ent. Quando duas pessoas se casam, existe uma diferença de idade entre elas? Qual geralmente é mais velho? Vão morar onde? Tem casa própria?

A esse respeito, disseram que, com raras exceções, o homem é sempre mais velho, pelo menos uns cinco anos. Quanto a terem ou não casas próprias, informaram que, na maioria dos casos, moram com os pais pelo menos até conseguirem a própria casa. Para tanto buscam trabalho nas usinas de cana-de-açúcar da região:

Resp. Acho que geralmente o homem é mais velho. Quando a menina tem 14 o homem tem já uns 18. A base é mais ou menos cinco anos de diferença.

Para tentarmos descobrir se tinham conhecimento de que existe, para os não índios, um delito tipificado como estupro com presunção de violência (hoje estupro de vulnerável), indagamos da seguinte forma:

Ent. Vocês já ouviram falar em estupro presumido? Vocês já ouviram dizer assim: se transar com menor dá problema?

¹³ Colocamos aspas porque a adolescência, a que nos referimos, não é de parâmetros não indígenas.

Eles relataram que nunca tinham ouvido a expressão “estupro presumido”, porém relataram ter ouvido que, para o não índio, o fato de transar com menor poderia causar problemas com a justiça. Contudo percebi que a palavra estupro, neste grupo, guarda relação com o sexo conseguido de forma violenta, sem a anuência da outra pessoa:

Resp. Essa palavra não, mas já tinha ouvido dizer que é entendido como estupro; Ouvi dizer que (com) a própria mulher da gente dá estupro (risos).

Aqui chegamos ao cerne da indagação da própria pesquisa, isto é, se as regras indígenas internas, válidas no âmbito da reserva, estão, ou não, de acordo com as da sociedade não indígena:

Ent. Vocês acham que essa lei tá certa, de condenar à mesma pena a pessoa que teve relação sexual com menor sem ser forçado?

Aqui apenas um dos integrantes do grupo, indígena do grupo, respondeu e afirmou que achava a lei do não índio correta:

Resp. Acho que sim. Eu acho que o homem tem que ter consciência, ele tem que ver que a menina é menor de idade.

Os demais permaneceram em silêncio, embora demonstrassem (através da expressão de seus rostos) que tinham opinião diversa ao colega de grupo.

Continuando o raciocínio com relação às regras indígenas internas perguntamos:

Ent. Vocês acham que tem que cumprir a pena no mesmo presídio? Você acha que tem que ter semiliberdade ou um presídio só para o índio?

Todos os integrantes afirmaram que os índios não deveriam cumprir pena no mesmo presídio onde cumpre o não índio. Acham que a pena deve ser a mesma, mas que deve ter um presídio específico para o indígena:

Resp. Isso um presídio só pro índio, ele não conhece como que é lá, o pessoal de fora [não indígena] é bem diferente, ele vai sofrer bastante até ele acostumar.

Com a resposta, percebemos haver uma avaliação diferenciada quanto a cominação da pena e seu cumprimento, por um lado, os indígenas acham que devem ser aplicadas ao grupo as mesmas penas que são aplicadas aos não índios; porém, quando se fala em cumprimento da pena, a opinião é diferente. O grupo entende que os indígenas devem cumprir pena em outro lugar, que não no mesmo presídio dos não índios. Para tentarmos solucionar essa dúvida, perguntamos:

Ent. Vocês percebem que ao mesmo tempo em que vocês dizem concordar com a lei aplicada ao caso, isto é, a mesma lei sendo aplicada tanto para o índio, quanto para o não índio, por outro lado, vocês acham que tem que ter um presídio diferenciado? Como vocês veem isso?

Com relação a essa pergunta, houve um grande silêncio, apenas disseram que ficar preso não faz parte da cultura indígena, por isso é muito difícil para os índios permanecerem trancafiados, principalmente se for junto com os não índios. Um pouco mais tarde, um dos indígenas (fazia parte daqueles que pareciam contrariados) disse que não concorda com o fato de uma lei ser aplicada para o não índio da mesma forma para o índio:

Resp. Mas cada um tem uma cultura diferente, o índio não tem como cultura ir preso.

A partir das considerações acima, perguntamos ao grupo focal 3 a respeito do primeiro caso. Nesse grupo, a maioria dos integrantes, exceto um deles, pensa que a menina foi “iludida”, portanto, eles concordam com a condenação do juiz. Segundo eles, ela não tinha malícia e foi enganada pelo autor dos fatos, que era um homem “mais velho”.

Posteriormente quando indagados diretamente a respeito do caso 2, eles afirmaram concordar com a sentença dos desembargadores, isto é, com a absolvição do acusado. Pois entenderam, diferentemente do caso 1, que muito embora a menina seja enteada do acusado, ela desejou o ato sexual.

3.3.4 Grupo Focal 4 – homens - (18 a 22 anos)

Iniciamos a discussão como nos grupos anteriores, perguntamos a idade com a qual a maioria das mulheres indígenas se casa, formulamos a seguinte questão:

Ent. Qual idade em média as mulheres se casam? E os meninos?

Os indígenas responderam que tanto homens, quanto mulheres, casam-se entre 12 e 20 anos de idade. Demonstraram indignação com o fato de haver comentários de que, quando uma menina menstrua, já deve ter relação sexual, enfatizaram que tais dizeres são mentirosos:

Resp. Na faixa de 12 em diante, tem gente que acha que a menina tem menstruação e já casa, mas não é assim não, é por amor mesmo entendeu, com 12 para cima, mas casa apaixonada, no máximo casa com 20 anos, é nessa faixa etária.

Querendo saber sobre os costumes com relação ao casamento pelo viés dos mais jovens, colocamos a seguinte questão:

Ent. Existe casamento arranjando?

Os jovens indígenas foram enfáticos ao afirmarem que não há, nem nunca houve casamento arranjado na reserva, porém informaram que, às vezes, os pais interferem no namoro e casamento dos filhos. Contudo, segundo eles, tais conselhos não surtem efeito algum perante os jovens e/ou futuros casais, já que os jovens de hoje não respeitam mais os pais:

Resp. Casamento arranjado não existe, mas os pais, às vezes, falam que interferem e outros não, às vezes eles até tentam falar, mas a maioria dos pais perde domínio sobre os filhos, eles podem até falar, mas [...] isso é ruim.

Ainda sobre o casamento perguntamos aos jovens indígenas:

Ent. Os casamentos são no papel, ou simplesmente vai morar junto? Tem alguma espécie de preconceito, tipo assim, aqueles comentários [...] ai fulano não casou com ela, foi só morar junto?

Os integrantes desse grupo informaram que não há quase casamento registrado na reserva, os indígenas simplesmente moram juntos e isto para eles é um casamento, não há qualquer espécie de discriminação, nem em um sentido, nem no outro.

Mais uma vez, perguntamos sobre um possível ritual de passagem, segundo os costumes, que marcasse a mudança da fase infantil para a adulta, então indagamos a eles:

Ent. Antigamente existiam alguns rituais de algumas etnias, que marcavam a passagem de criança pra adulto. Hoje tem alguma coisa?

Os indígenas não souberam ou não quiseram informar e ficaram em silêncio.

Insistimos no tema, falando sobre um possível ritual de passagem que marcasse a mudança de fases na atualidade, perguntamos:

Ent. Então, eu sempre ouvi falar que os meninos falsificam a identidade pra poderem trabalhar fora da reserva, vocês acham que ele fazem isso por quê?

O grupo respondeu que nunca presenciaram a falsificação em si, porém disseram ser fato recorrente na reserva o ato de pegar emprestados documentos de outras pessoas para uso próprio. Tais atos ocorrem pela pressa da maioria dos jovens em começar a trabalhar e ter seu dinheiro, em outros casos, tal conduta se mostra como único meio do indígena sustentar a jovem família.

Resp. 1: Bom, até hoje por conhecimento eu nunca vi falsificar, mas a maioria pega o documento de outras pessoas, para poder usar como se

fosse elas, o que leva a fazer isso é a falta de estudo, a falta de emprego, o mercado lá fora, a situação ruim da família leva a pessoas a fazer isso, isso faz a pessoa esquecer dela mesmo, acaba não lembrando de tirar os documentos dela própria, tá pensando só no dinheiro, ou seja trabalhando ganhando dinheiro, mas pra frente ela vai sentir falta, aposentadoria né, tempo de trabalho. Nesse ponto que ela vai acordar.

Como esse grupo em particular era de jovens, quisemos nos aprofundar ainda mais na questão sexual,

Ent. Com que idade começa a namorar? Nesses namoros existe relação sexual antes de casar? Tem bastante menina grávida? Qual a mais nova? E vocês também começam a namorar nessa mesma idade?

Quanto a essas indagações foram um tanto monossilábicos. Aliás, dentre os integrantes dos grupos focais realizados, os deste, em particular, foram os menos receptivos. Apenas responderam que tanto homens quanto mulheres indígenas começam a namorar com 10 anos de idade, bem como na maioria dos casos a relação sexual faça parte do namoro. Também informaram existir muitas meninas grávidas entre 12, 13 anos:

Resp. Começamos a namorar com 10 anos por aí; existe sexo, a maioria.

Após as indagações sobre namoro, adentramos ao assunto casamento:

Ent. Quando casa, qual que é a idade, sempre o homem é mais velho, ou a mulher é mais velha, como que é? Geralmente quando casa vai morar com parente? E nessa época começa a trabalhar junto?

A essas perguntas os indígenas responderam que as mulheres casam-se por volta dos 13, 14 anos e, os homens, um pouco mais tarde, aproximadamente 18 anos:

Resp. O rapaz é geralmente mais velho.

Após o assunto casamento, buscamos respostas para a seguinte pergunta:

Ent. Vocês já tinham ouvido falar em estupro presumido, com essas palavras, ou tipo transar com menor dá problema?

Como já dito anteriormente quanto a este grupo, e não fugindo ao estilo das respostas dadas a todas as perguntas do referido questionário, foram novamente monossilábicos e, como resposta a essa pergunta, apenas afirmaram que tinham consciência de que este crime existia.

Perguntamos ainda quais eram as impressões a respeito do caso 1. Eles relataram que achavam tratar-se de uma menina inocente que fora enganada,

iludida. Apenas um dos integrantes tinha entendimento contrário, isto é, achava que a menina tinha consciência do que iria acontecer, bem como do “ato sexual” que de fato ocorreu. Quanto ao caso 2, que é de absolvição, os indígenas continuaram firmes da opinião deles, e reafirmaram que discordavam da decisão dos desembargadores porque, segundo eles, a lei deve sempre ser a mesma para todos, afinal todos somos seres humanos, não deve haver diferenças.

Ainda sobre a questão da aplicação e cumprimento da pena, insistimos e perguntamos:

Ent. Vocês acham que o índio tem que cumprir pena no mesmo presídio que o não índio? Ele tem que “pegar” a mesma pena do não índio?

Os indígenas, corroborando as falas acima descritas, afirmaram que o índio deve cumprir a mesma pena que o não índio, bem como cumpri-la no mesmo presídio, caso contrário a situação é vista como uma discriminação:

Resp. 1: Tem que ser a mesma, por o índio ser julgado de uma forma diferente, é uma forma de discriminação para o próprio índio, todo mundo é ser humano igual, então tem que ser a mesma pena.

Ent. Vocês me disseram que as meninas sabem sobre sexo, mas ao mesmo tempo vocês concordam com essa lei . Me explica?

Interessante analisar a falas desses jovens indígenas, alguns jovens pais. Eles afirmam que o namoro acontece desde os 10 anos de idade na reserva, inclusive com sexo; e mais: que as meninas nessa idade têm plena consciência dos seus atos, e, ao mesmo tempo, eles são favoráveis à lei que condena a relação sexual entre menores de 14 com maiores de 18 anos. Para tanto, eles argumentaram que, nesses casos, a responsabilidade é do homem, que, adulto, deve saber discernir quando uma menina é menor de 14 anos, e, se não o faz, tem que arcar com a responsabilidade dos seus atos, inclusive a penal:

Resp. É que o homem maior tem saber, tem que ter responsabilidade.

Considerações finais

A importância do presente trabalho se dá sob duas vertentes, a primeira é promover e fomentar a pesquisa e discussão acerca dos Direitos Humanos em prol das minorias, neste caso, os indígenas e, a segunda, estimular e aproximar o Direito das demais ciências, e da realidade. É imprescindível apreender o Direito como ciência e não apenas como um conjunto de normas que interfere no cotidiano das pessoas. A pesquisa mostra-se fundamental desde o momento em que se constata que, sem capacidade criadora, contestadora, não há mudanças no pensar e entender o Direito.

Como foi dito anteriormente, o tipo penal estupro – com presunção de violência em razão da idade – foi substituído pelo tipo penal estupro de vulnerável. Muito embora a nomenclatura tenha sido alterada, entendemos que tal mudança não interfere e muito menos desqualifica a presente pesquisa, uma vez que acreditamos que a discussão acerca do caráter absoluto ou relativo do tipo penal “estupro de vulnerável” perdurará ao longo dos anos, seja nas mentes inquietas dos juristas/doutrinadores/pesquisadores da área, seja nas discussões acaloradas de nossos tribunais.

Para finalizar gostaríamos de destacar, mais uma vez, que a amostra colhida a partir dos grupos focais não é representativa do que pensa o grupo indígena da reserva, mas é apenas um indicativo de pistas e subsídios para futuras pesquisas, isto é, se propõe a mapear representações, estereótipos, que coexistem no grupo indígena das aldeias Jaguapiru e Bororó, em Dourados, MS.

No que diz respeito ao casamento, muito embora a maioria dos grupos focais tenha apontado 16 anos como faixa etária ideal para casar, não é isto que ocorre no dia a dia. Em outras palavras, as mulheres indígenas casam-se, em sua grande maioria aos 13, 14 anos de idade. Percebemos, pelas respostas dos grupos, que o casamento ocorre nesta faixa etária devido, principalmente, à pressão familiar. Isto é, os pais, por receio de uma possível gravidez, pressionam seus filhos, quando esses iniciam um namoro, a se casarem. Tal fato nos leva a crer que as relações sexuais iniciam-se nesta faixa etária, o que não quer dizer que as relações sexuais com meninas em idade inferior a ela sejam vistas com aprovação pelo grupo. Os homens, além de apontarem as pressões familiares, também apontaram a mídia como fator de incentivo ao casamento “precoce”, a partir da inserção de novos padrões e valores morais no grupo. Porém, segundo eles, o “amor” ainda é o fator preponderante a consumação do casamento e, dizem, ser equivocadas as ideias que relacionam diretamente a época do casamento à primeira menstruação.

Ainda sobre o casamento, os grupos afirmaram que é indiferente se o mesmo é “no papel”, pois simplesmente basta a união estável do casal. Tanto uma situação quanto a outra são denominadas casamento e bem aceitas pela comunidade local. Interessante frisarmos que, muito embora isto pareça ser liberal, a gravidez fora do casamento é alvo de preconceito. Outra situação também apontada como alvo de preconceito é a atipicidade de união entre mulher mais velha e homem mais jovem, já que, na maioria dos casos, os homens são pelo menos três anos mais velhos que as mulheres. Já quanto à idade para engravidar, as mulheres disseram ser indiferente, desde que sejam casadas.

Com relação à significação ao termo estupro, os indígenas disseram entender ser aquele ato sexual obtido mediante força física, em outras palavras, quando a mulher indígena não deseja o ato sexual. Não fizeram qualquer menção à idade da vítima, talvez porque a transição entre infância e idade

adulta ocorra sem passar pela adolescência. Coerentemente, eles não recriminam a relação sexual entre mulheres indígenas com 12 e 13 anos de idade com homens mais velhos. Dessa forma, podemos afirmar que, segundo os grupos ouvidos, tal ato pode ser apontado como recriminável pelas regras internas indígenas quando praticado com mulher abaixo dessa faixa etária.

Quando o assunto é a pena, a maioria dos grupos focais ouvidos é favorável a sua aplicação, desde que nos casos de sexo obtido mediante força, ou seja, não consentido. A idade tem pouco peso no critério definidor de culpabilidade pela maioria dos entrevistados, o que não quer dizer que seja a opinião geral do grupo. Quanto ao cumprimento da pena houve contradições, de um lado as mulheres entendem que deve ser no mesmo presídio; de outro, os homens entendem que deve ser em presídios diferentes.

Portanto, levando-se em consideração todas as informações trazidas a esta pesquisa, mediante as opiniões expressadas pelos grupos focais, concluímos que as regras indígenas não podem ser tratadas e entendidas como mera fonte secundária de Direito. Assim, aos operadores de direito cabe a tarefa de observar que, quando estiver diante de um caso envolvendo minorias étnicas, também se estará diante de um caso que envolve a obrigatória análise de mais de um ordenamento jurídico: o ordenamento ocidental e o tradicional, remetendo-o compulsoriamente à ideia de pluralismo jurídico. Da mesma forma, cabe ao Poder Judiciário Brasileiro assegurar o respeito e o efetivo reconhecimento da diversidade étnico-cultural dos povos indígenas, imprimindo eficácia à Constituição de 1988 e aos comandos da Convenção 169 da OIT.

Por fim, a título de reflexão, deixamos a seguinte frase ao leitor: “Todas as sociedades humanas necessitam estabelecer relações e que a razão natural os guie nesse sentido, mas os costumes que se formam nessas nações, também contribuem e formam o direito” (Soares *apud* Barbosa, 2001, p. 53).

Referências

ALCÂNTARA, Maria de Lourdes Beldi de. *Jovens indígenas e lugares de pertencimento: análise dos jovens indígenas da reserva de Dourados*. São Paulo: Edusp, 2007.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981.

BARBOSA, Marco Antônio. *Autodeterminação – Direito à Diferença*. São Paulo: Plêide; FAPESP, 2001.

BECKER, Simone. *Dormientibus Non Socurrit Jus! (O Direito Não Socorre Os Que Dormem): um olhar antropológico sobre rituais processuais judiciais (envolvendo o pátrio poder/poder familiar) e a produção de suas verdades*. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – PPGAS/UFSC, Florianópolis, 2008.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 3 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. Dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração Pública. In: _____. *Curso de Direito Penal*. v. 3 - parte especial. São Paulo: Saraiva, 2005.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador: uma história dos costumes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. v. 1.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade. *A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 2001. v. 1.

GALVÃO, Eduardo E. *Encontro de sociedades. Índios e brancos no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

LANDINI, Tatiana Savoia. *A Sociologia Processual de Norbert Elias*, 2005. Tese (Doutorado em Sociologia – USP). Disponível em: <http://www.pg.cefetpr.br/ppgep/Ebook/cd_Simpósio/artigos/mesa_debates/art27.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2009.

LENHARO, Alcir. A terra para quem nela não trabalha: a especulação com a terra no oeste brasileiro dos anos 50. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v.6, n.12, p.47-64, mar/ago. 1986.

MALINOWSKI, Bronislaw. *A vida sexual do Selvagem*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.

PEREIRA, Levi Marques. *Parentesco e organização social Kaiowá*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – UNICAMP, Campinas, 1999.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e Direitos Humanos; Alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana*, Rio de Janeiro, v.12, n.1, p.207-236, 2006.

SILVA, Iara Ilgebfritz da. *Direito e punição*. Representações da sexualidade feminina no Direito penal. São Paulo: Movimento, 1985.

SILVA, César Dario Mariano da Silva. Crimes contra a dignidade sexual. *Jornal Estado de Direito*, Porto Alegre, jul/ago, 2009.

VIETTA, Katya. Não tem quem orienta, a pessoa sozinha é que nem uma folha que vai com o vento: análise sobre alguns impasses presentes entre os Kaiowá/Guarani. *Multitemas*, Campo Grande, v. 12, p. 52-73, 1998.

VIGARELLO, Georges. *História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Recebido em 24 de janeiro de 2011

Aprovado para publicação em 30 de maio de 2011

