

FACULDADE DE FILOSOFIA, CIÊNCIAS E LETRAS DO ALTO SÃO FRANCISCO

DIREITO

MATEUS HENRIQUE ARAÚJO

**TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA PESSOA INDÍGENA NO DIREITO
BRASILEIRO**

**LUZ – MG
2021**

MATEUS HENRIQUE ARAÚJO

**TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA PESSOA INDÍGENA NO DIREITO
BRASILEIRO**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras do
Alto São Francisco – FASF, como quesito
parcial para obtenção do título de bacharel em
Direito.**

Área de Concentração: Direito Penal

**Orientador: Prof. Esp. Fabiano Teixeira de
Sousa**

LUZ – MG

2021

Catálogo: Antonio Jorge Resende Junior / Biblio. Crb 6/2041

Araújo, Mateus Henrique.

A663t Tratamento jurídico-penal da pessoa indígena no direito brasileiro.
/ Mateus Henrique Araújo. Luz – MG: FASF -- 2021.
55 f.

Orientador: Prof. Esp. Fabiano Teixeira de Sousa.

Monografia apresentada à Faculdade de Filosofia Ciências e Letras
do Alto São Francisco no Curso de Direito.

1. Direito Penal. 2. Interculturalismo. 3. Tratados e Convenções
Internacionais de Direitos humanos. 4. Erro de comportamento
culturalmente condicionado. I. Título.

CDD 340

MATEUS HENRIQUE ARAÚJO

**TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA PESSOA INDÍGENA NO DIREITO
BRASILEIRO**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras do
Alto São Francisco – FASF, como quesito
parcial para obtenção do título de bacharel em
Direito.**

Área de Concentração: Direito Penal

**Orientador: Prof. Esp. Fabiano Teixeira de
Sousa**

BANCA EXAMINADORA

**Orientador
Prof. Esp. Fabiano Teixeira de Sousa**

**Prof.^a Examinadora
Prof.^a Ma. Maria Carolina de Melo Santos**

**Prof.^a Examinadora
Prof.^a Esp. Marissa Gonçalves Veloso**

Luz – MG, 03 de dezembro de 2021.

FACULDADE DE FILOSOFIA, CIÊNCIAS E LETRAS DO ALTO SÃO FRANCISCO

DIREITO

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC
E ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno: Mateus Henrique Araújo

Matrícula: 4381807

Título do TCC: Tratamento jurídico-penal da pessoa indígena no direito brasileiro

Orientador: Prof. Esp. Fabiano Teixeira de Sousa

Eu, Mateus Henrique Araújo, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Ass.

Luz – MG, 03 de dezembro de 2021.

Aos meus pais, por demonstrarem que o estudo se afigura como um importante instrumento de crescimento pessoal.

AGRADECIMENTOS

*Ao meu orientador, Prof. Fabiano Teixeira de Sousa, que contribuiu,
sobremaneira, para a feitura deste trabalho.
A todos os meus professores, desde o primário até a chegada na FASF, que
cooperaram na pavimentação desse caminho de aprendizagem.*

Tanto nos textos mais antigos, nas narrativas que foram registradas, como na fala de hoje dos nossos parentes na aldeia, sempre quando os velhos vão falar eles começam as narrativas deles nos lembrando, seja na língua do meu povo, onde nós vamos chamar o branco de Kraí, ou na língua dos nossos outros parentes, como os Yanomami, que chamam os brancos de Nape. E tanto os Kraí como os Nape sempre aparecem nas nossas narrativas marcando um lugar de oposição constante no mundo inteiro, não só aqui neste lugar da América, mas no mundo inteiro, mostrando a diferença e apontando aspectos fundadores da identidade própria de cada uma das nossas tradições, das nossas culturas, nos mostrando a necessidade de cada um de nós reconhecer a diferença que existe, diferença original, de que cada povo, cada tradição e cada cultura é portadora, é herdeira. Só quando conseguirmos reconhecer essa diferença não como defeito, nem como oposição, mas como diferença da natureza própria de cada cultura e de cada povo, só assim poderemos avançar um pouco o nosso reconhecimento do outro e estabelecer uma convivência mais verdadeira entre nós.

(KRENAK, 1999, p. 24)

RESUMO

O presente trabalho erige-se com a finalidade de promover reflexões acerca do tratamento jurídico-penal aplicado à pessoa indígena no Brasil. A Constituição Federal de 1988 trouxe dispositivos que sedimentaram a transição do paradigma integracionista para o paradigma interculturalista. De tal modificação emana, em sua essência, o direito do índio de ser índio; e repercute, sem dúvida, na seara penal. Todavia, referências normativas como o Código Penal e o Estatuto do Índio não foram atualizados em harmonia com a nova ordem constitucional. Além disso, o parâmetro da (in)imputabilidade – adotado, de forma preponderante, em casos que envolvam indígenas – continua sendo o mais aplicado por juízes e tribunais, subsidiado, em muitas das vezes, por critérios superficiais, que dispensam importantes ferramentas de suporte, tais como o laudo pericial antropológico. Nesse sentido, o estudo foi desenvolvido com base em uma vertente jurídico-sociológica, visto que a responsabilização criminal dos indígenas deve ser construída e avaliada em sintonia com os elementos culturais que os integram. Foi aventada a adoção do critério do erro de comportamento culturalmente condicionado como uma possível solução aplicável ao problema. Outrossim, no tocante às lacunas que a legislação infraconstitucional pátria apresenta, foi defendida a convencionalização do direito, de forma que os diplomas internacionais, sobretudo a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, possam contribuir para a consolidação da segurança jurídica necessária e para a concretude do direito à alteridade desses povos originários.

PALAVRAS-CHAVE: Índio. Direito Penal. Interculturalismo. Erro de comportamento culturalmente condicionado. Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This study has been built for the purpose of furthering mature reflections about the Penal Law treatment applied to the Indian person in Brazil. The Brazilian Constitution (1988) has brought mechanisms that laid down the transition from Integrationist Paradigm to Interculturalist Paradigm. This change emanates the right of Indian person to be the Indian by its own essence. Therefore, this modification had repercussion at Penal Law section undoubtedly. However, normative reference such as the Penal Law Code and the Indian Statute weren't updated harmoniously to the new constitutional order. In addition to it, the parameter (dis)liability – that was adopted preponderantly for legal cases where indigenous peoples are involved – still has been the most applicable one the judges and courts. Many times, they are subsidized by superficial criterion that dismiss important tools of support such as anthropological expert examination. In a way, this study was developed based on a sociological and legal aspect, because criminal liability to indigenous must be built and evaluated in tune with cultural elements that integrate them. The adoption of the criterion of culturally conditioned behavior error was suggested as a possible solution applicable to the problem. Furthermore, regarding to the gaps that homeland infraconstitutional legislation introduces, it was defended the conventionalization of the law, so that the international diplomas - mainly of the 169th International Labour Organization Convention – might contribute to the consolidation of necessary legal safety and the concreteness of law for the native people's otherness.

KEYWORDS: Indian. Penal Law. Interculturalist. Culturally Conditioned Behavior Error Criterion. International Human Rights Treaties and Conventions.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 | CONCEITOS INERENTES AO DIREITO INDIGENISTA | 14 |
| 2.1 | O Conceito de Índio | 14 |
| 2.2 | O reconhecimento etnocultural do índio – a transição do paradigma Integracionista para o paradigma do Interculturalismo | 17 |
| 3 | FUNDAMENTOS UTILIZADOS NA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DO ÍNDIO NO BRASIL | 22 |
| 3.1 | Considerações acerca do conceito de crime e dos elementos da culpabilidade | 22 |
| 3.2 | Imputabilidade – elemento usualmente empregado para aferir a responsabilidade criminal do índio no Brasil | 28 |
| 4 | PERSPECTIVAS DO TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA PESSOA INDÍGENA NO BRASIL | 35 |
| 4.1 | Erro Culturalmente Condicionado – solução proposta como elemento de culpabilidade a ser empregado na avaliação da responsabilidade criminal do indígena | 36 |
| 4.2 | A Convencionalização do Direito – a diretriz a ser adotada para suprir as lacunas da legislação infraconstitucional pátria | 43 |
| 5 | CONCLUSÃO | 48 |
| | REFERÊNCIAS | 51 |

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o intento de analisar o tratamento jurídico-penal das pessoas indígenas no direito brasileiro. É sabido que o Brasil possui mais de três centenas de etnias indígenas dispostas em seu território, ancoradas em um singular modo de vida em comunidade, cuja cosmovisão diferenciam-lhes da sociedade majoritária. Nessa interação entre o índio e o “homem branco”, diversos podem ser os resultados dessa dinâmica – dentre os quais, repercussões na seara penal e a conseqüente discussão acerca da responsabilização criminal do indígena.

São vários os fatores que ensejam a pesquisa sobre o tema. Primeiramente, vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 representou um marco no Direito Indigenista, pois rompeu com o histórico modelo que visava à incorporação do indígena ao restante da sociedade e alçou, em âmbito constitucional, um protagonismo jurídico ao índio que fundamenta o seu reconhecimento etnocultural. Entretanto, a legislação infraconstitucional pátria relacionada ao assunto não foi atualizada pelo legislador. Nesse sentido, discute-se se o Estatuto do Índio e o Código Penal possuem a higidez necessária para embasar essas mudanças paradigmáticas, pois obsolescência e omissão, respectivamente, são elementos que têm sido apontados para tais referências normativas. Faz-se mister, outrossim, esse tipo de produção de conhecimento, uma vez que o Direito Indigenista é ainda pouco debatido no universo acadêmico e são raras as Universidades que se dispõem a incluir essa disciplina na grade curricular básica dos cursos no Brasil.

É importante mencionar que o art. 231 da Constituição Federal representa um marco normativo que encerra o paradigma integracionista, até então aplicado, e inaugura o paradigma do reconhecimento da diversidade etnocultural e de respeito à autonomia desses povos. Todavia, há indicativos de que, na aferição da responsabilização criminal do indígena, o critério da imputabilidade é ainda aplicado de forma majoritária por juízes e tribunais – conquanto existam questionamentos realizados por parte da doutrina, que apontam a impropriedade desse parâmetro, no sentido de que este seria dissonante da nova ordem constitucional. Nessa senda, a questão central deste trabalho é sintetizada na seguinte pergunta: o tratamento jurídico-penal brasileiro vigente, aplicado à pessoa indígena, possibilita o seu reconhecimento etnocultural?

No afã de responder o problema de pesquisa, tem-se como objetivo geral analisar o tratamento jurídico-penal aplicado aos indígenas no Brasil. Para isso, faz-se necessário delinear alguns objetivos específicos. Assim, para um entendimento mais abrangente da temática, é pertinente definir o conceito de índio. Além disso, é oportuno verificar a acepção de crime e, sobretudo, os elementos da culpabilidade, de forma a eleger um parâmetro mais conveniente na responsabilização criminal do indígena, em sintonia com o interculturalismo. É importante, outrossim, cotejar a legislação infraconstitucional brasileira com os diplomas normativos internacionais sobre direitos humanos, uma vez que se vislumbra nestes a possibilidade de suprir lacunas por meio da convencionalização do direito.

Em análise aos elementos da culpabilidade, corroborado pelas diretrizes preconizadas pela doutrina especializada, este estudo objetiva indicar um critério mais adequado no tratamento jurídico-penal das pessoas indígenas. Nessa esteira, o erro de comportamento culturalmente condicionado será analisado com o desiderato de preconizá-lo como um parâmetro mais adequado, aplicável aos indígenas, em consonância com o caldo cultural que os diferencia. Ademais, parte desta pesquisa dedica-se ao exame da repercussão dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, sobretudo nos casos que estes são incorporados ao ordenamento jurídico pátrio. Nesse prisma, dá-se relevância à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais.

Para elaboração deste trabalho, adota-se uma linha crítico-metodológica, com base em uma vertente jurídico-sociológica, uma vez que ele não se restringe ao âmbito interno do Direito. Vale salientar que o tratamento jurídico-penal aplicado à pessoa indígena, em consonância com o seu reconhecimento etnocultural, impõe a obrigação de consulta à comunidade indígena (sociologia) para verificar se a conduta imputada ao índio é considerada ilícita na perspectiva dos seus costumes. Faz-se mister, outrossim, a análise do laudo pericial antropológico (antropologia), no afã de aferir a importância dessa ferramenta que auxilia, sobremaneira, a construção de um entendimento mais acurado acerca dos costumes, das crenças e das tradições desses povos. Consequentemente, a base de conhecimento tem um caráter transdisciplinar com a necessidade de estudos, sobretudo, nas áreas de Direito Penal, de Direito Constitucional e das Convenções e Tratados que repercutem no Direito Indigenista Brasileiro, privilegiando raciocínios dialéticos. Propõe-se, assim, uma investigação jurídico-comparativa, uma vez que é necessário cotejar se os dispositivos presentes

no estatuto do índio estão em consonância com a Constituição Brasileira e com a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais. Trata-se, ainda, de uma pesquisa jurídico-propositiva, pois almeja-se apresentar soluções para o problema aventado.

Na construção deste estudo, o primeiro capítulo de desenvolvimento (capítulo 2) destina-se a melhor compreender alguns conceitos que refletem no Direito Indigenista. Aborda-se também o conceito elementar do termo índio/indígena, bem como o significado do reconhecimento etnocultural desses povos. No segundo capítulo de desenvolvimento (capítulo 3), perquire-se o conceito do crime, com enfoque nos elementos da culpabilidade, com o desiderato de melhor conhecer o critério a ser aplicado na responsabilização criminal dos índios. Posteriormente, faz-se necessária uma análise doutrinária e jurisprudencial do critério, majoritariamente, preconizado ou aplicado – o parâmetro da (in)imputabilidade. No capítulo derradeiro (capítulo 4), é desenvolvido, de forma mais detalhada, o critério do erro e a sua espécie – erro de comportamento culturalmente condicionado – como solução para todo o problema suscitado. Ademais, parte desse último capítulo destina-se a avaliar alguns tratados e convenções internacionais que refletem no tratamento jurídico-penal do indígena.

2 CONCEITOS INERENTES AO DIREITO INDIGENISTA

Nesse capítulo inicial, faz-se necessária a construção de alguns conceitos que repercutem, de forma geral, no Direito Indigenista e terão relevância e conexão com o objeto deste trabalho, conforme se verá adiante. Nesse prisma, faz-se mister, a princípio, diferenciar **Direito Indigenista** e **Direito Indígena**. Segundo Heemann (2017), o Direito Indigenista pode ser entendido como o regramento jurídico produzido pela sociedade não-índia, geralmente majoritária, e que produz consequências na comunidade indígena. Nessa acepção, o renomado autor relaciona como exemplo o Estatuto do Índio – Lei nº 6.001/73 (BRASIL, 1973). O Direito Indígena, entretanto, pode ser compreendido como o conjunto de normas construídas sob a ótica do próprio índio. Estas baseiam-se, sobretudo, em seus costumes e tradições, e utilizam-se de ferramentas próprias, no âmbito de cada comunidade indígena, para legitimar estas relações sociopolíticas e estabelecer sanções, quando necessárias, de acordo com suas instituições próprias. Um exemplo seria o banimento de um índio de sua comunidade, em razão de uma transgressão de uma regra ali estabelecida.

2.1 O Conceito de Índio

O vocábulo “Índio” ou “Indígena”, quando expressado ou escrito, pode ser entendido sem maiores dificuldades pelo povo brasileiro, visto que é um termo considerado trivial na língua portuguesa e, assim, já internalizado pelo senso comum. A sua acepção, porém, demanda uma maior reflexão, pois deve ser erigida em consonância com a sua construção histórica. Portela (2011) salienta que a história de um conceito excede o fenômeno linguístico que, em sua essência, o constitui. Dessa forma, há um dinamismo, no sentido de que a língua representa um recorte de determinado momento histórico e que pode, portanto, ter uma resignificação. Assim, uma mesma palavra pode ter novas acepções em razão do decurso do tempo.

É interessante notar que a palavra “índio” começou a ser utilizada em 1492, no período da chegada de Cristóvão Colombo na América. O navegador genovês acreditava, erroneamente, ter chegado às Índias e, por isso, utilizou-se desse vocábulo para definir os povos que ali já residiam. No tocante ao vocábulo “indígena”, Bueno (2002) *apud* Portela (2011, p. 37) faz uma importante consideração:

Em decorrência da semelhança de nomes e significados difundiu-se no imaginário brasileiro a ideia de que *indígena* fosse uma derivação do termo *índio*, entretanto vale lembrar que estes termos possuem origens distintas. Enquanto o termo *índio* teria se originado do conhecido equívoco de Cristóvão Colombo que acreditara ter chegado às Índias ao desembarcar na América, o termo *indígena* vem do latim *indu* (interior) e *gena* (gignere – gerar, nascer), referindo-se ao nativo, aquele “nascido dentro do país” e contrário de alienígena (estrangeiro, de outro país). Dessa maneira, tornou-se uso corrente entre os brasileiros considerar estes termos como sinônimos.

Sob a ótica do continente europeu como o centro do mundo, iniciou-se o processo de colonização e os povos indígenas passaram a ser explorados. Esse método de colonialismo agressivo caracterizou-se, no Brasil, por exemplo, pela conquista das terras que os indígenas habitavam, por assassinatos desses povos originários e pela imposição da cultura do “conquistador”. Nesse contexto, pode-se perceber que alguns termos ou sinônimos que definiam os indígenas carregavam em seu cerne essa subjugação cultural. Observa-se, por exemplo, a utilização do termo “gentio” para designar o indígena no Brasil. Tal vocábulo foi usualmente aplicado no passado e ainda é considerado um sinônimo da palavra “índio” ou “indígena”. Ao perscrutar o significado deste verbete, tem-se como definição, por exemplo, “pessoa incivilizada”, “selvagem” (GENTIO, 2021).

Outro termo ainda bastante utilizado para denominar o indígena é “silvícola”. Tal vocábulo pode ser encontrado ainda hoje em decisões judiciais e considerado sinônimo do termo “índio”, de acordo com Estatuto do Índio – Lei nº 6.001 de 1973 (BRASIL, 1973). A sua definição é extraída no Art. 3º da supracitada lei, que determina que índio ou silvícola “É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

É importante mencionar que o Estatuto do Índio vigente foi elaborado em um contexto diferente do atual. À época de sua criação, entendia-se que os índios seriam, paulatinamente, integrados à sociedade não-índia. Nesse sentido, vários artigos e, conseqüentemente, conceitos do Estatuto do Índio carecem de uma readequação, de acordo com a ordem constitucional vigente. Dotti (2010, p. 69) faz a seguinte observação sobre o emprego do termo silvícola:

Embora a expressão silvícola seja dotada de tradição oral, sendo ainda recorrente em meio forense, inclusive constante de textos de leis, é um termo que tem sido evitado por movimentos indigenistas. Entende-se, no meio,

especializado, que silvícola tem conotação depreciativa, no sentido de selvagem, sem cultura ou ainda primitivo [...]

Nesse sentido, faz-se mister uma reflexão, no afã de buscar uma melhor conceituação para tais termos. A Constituição Federal de 1988 reconheceu aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam (BRASIL, 1988). Esse importante pilar constitucional, em última análise, resguarda o direito do índio de continuar a ser índio. Desse marco normativo de proteção aos povos indígenas, ramificam-se dois critérios para definição de seu conceito – a autoidentificação étnica e o reconhecimento dessa identidade por parte do grupo de origem. A Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais reforça essa ideia, consoante se verifica em seu Art. 1º:

“[...] 2. **A consciência de sua identidade indígena ou tribal** deverá ser considerada como **critério fundamental** para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989, grifo nosso)

Nessa esteira, o Art. 9º das Declarações das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas também estabelece (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2007):

Os povos e pessoas indígenas têm o direito de pertencerem a uma comunidade ou nação indígena, em conformidade com as tradições e costumes da comunidade ou nação em questão. Nenhum tipo de discriminação poderá resultar do exercício desse direito.

Salienta-se que o processo de identidade e pertencimento étnico consiste em uma dinâmica que envolve uma construção individual e, também, social. Conquanto, desde os primeiros contatos dos indígenas com os europeus, aqueles tenham sofrido investidas destes que buscavam, outrossim, anular a sua cultura, a Constituição Brasileira de 1988 rompeu com esse paradigma e reconheceu que não cabe ao não-índio, ou mesmo ao Estado, definir quem pode ser considerado indígena. Logo, é um processo que, em sua essência, envolve o próprio indivíduo, no âmago de suas aspirações, bem como comunica-se com a reflexão daqueles que ele considera os seus pares, no âmbito de sua comunidade.

Identificados esses dois critérios que corroboram com uma melhor definição do vocábulo indígena, faz-se necessário, pois, erigir um conceito que esteja em sintonia

com esses parâmetros. O projeto de Lei nº 2.057/91, que dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas, constrói uma acepção que se amolda a essa proposta:

“Índio é todo indivíduo que se identifica como pertencente a uma sociedade indígena e é por ela reconhecido como tal.” (MERCADANTE, 1991). Essa acepção, embora a princípio pareça simplória, adequa-se perfeitamente aos critérios supracitados, pois define o índio sob a ótica de sua própria cosmovisão e é balizada pela Constituição Federal, que garante a estes povos o reconhecimento etnocultural.

2.2 O reconhecimento etnocultural do índio – a transição do paradigma Integracionista para o paradigma do Interculturalismo

O processo de interação entre os índios e a sociedade não-índia, desde o início do século XVI até o ano de 1988, foi marcado por uma série de investidas que se caracterizavam pela tentativa de anulação da cultura indígena. No início da colonização do Brasil, a catequese, por exemplo, contribuiu para tal propósito. Paiva (2000, p. 19) descreve essa situação:

O jesuíta, encarregado do ministério da salvação junto aos índios, veio mandado pelo príncipe, irmanado aos homens do governo, aos projetos do governo, à ideologia do governo. Sua salvação vinha do alto, em duas instâncias: a divina e a régia/real. A crença na indissociabilidade das duas moldou os resultados de todo o seu trabalho de evangelização. Deste jesuíta o índio brasileiro não foi interlocutor: não tinha palavra. Diálogo intercultural não houve, nem mesmo se vislumbrava sua possibilidade. Sua pastoral compreendeu postulados totalitários: a ignorância profunda do índio, a substituição de suas crenças e costumes, a intimidação por conceitos doutrinários e pelo recurso à força, incluindo a sujeição; promessas messiânicas e a formação das novas gerações.

O paradigma integracionista, ou assimilacionista, evidenciou um estratagema que projetava a “desindianização” dos indígenas, posto que buscava a substituição da cultura, língua, tradições e costumes desses povos por outras consideradas “superiores”, sob a ótica do colonizador ou da sociedade majoritária. A princípio, essa aculturação forçada foi um dos instrumentos utilizados pela coroa portuguesa para dominar as terras “recém-descobertas”, visto que os povos originários significavam um empecilho aos seus interesses econômicos.

O processo de aculturação dos índios se confunde com as ocupações dos territórios que estes ocupavam. Conquanto existam diferenças entre as etnias, no tocante à sua cosmovisão, é importante ressaltar que o índio possui, de forma geral,

uma íntima relação com a terra que ele pertence. Muitos desses povos acreditam em deuses e seres mitológicos ligados a elementos da natureza e, nesse sentido, o seu território é o espaço físico onde essas divindades se manifestam. Dessa forma, a terra se configura, em muitos casos, como o elemento central da cultura e da religião de diversas etnias. Nesse contexto, não é difícil entender o porquê da resistência indígena aos planos do não-índio para as terras que, originariamente, já eram ocupadas por aquele. A busca pela desconstrução da cultura do índio pode ser vista, sem dúvida, como um ardil para facilitar a ocupação de seu território, bem como para fortalecer os interesses do “homem branco”. Ao impor um processo de “civilização” ao índio, tem-se como conseqüência a tentativa de anulação da crença indígena no seu vínculo com a terra.

O termo Integracionismo é conceituado como “movimento ou doutrina que promove a integração de minorias (étnicas, sociais etc.) no seio de uma comunidade alargada”. (INTEGRACIONISMO, 2021). Essa acepção, em uma análise superficial, ou em outros contextos, pode até transmitir uma conotação positiva, porém, sob a ótica dos povos originários, o integracionismo foi extremamente deletério, conforme citado alhures.

A doutrina integracionista serviu de esteio e influenciou diversas referências normativas no Brasil. O próprio Estatuto do Índio – Lei nº 6.001 de 1973, foi erigido sob a égide desse paradigma. O art. 1º da supracitada lei é, em si, contraditório, conforme se verifica: “Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de **preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.**” (BRASIL, 1973, grifo nosso). Há incongruência nesse dispositivo, pois, ao integrar o índio à comunhão nacional, ocorrerá, conseqüentemente, a anulação da cultura indígena, e não a sua preservação, consoante estabelece o artigo supramencionado. Outro ponto desse estatuto que reflete, de forma inequívoca, a proposta da doutrina integracionista, é encontrado em seu art. 4º, *in verbis*:

Os índios são considerados:

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

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

III - Integrados - Quando incorporados à comunidade nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Ao se fazer uma leitura atenta desse artigo e analisar a maneira como foi feita a classificação do indígena, pode-se perceber que o legislador pretendia ou imaginava que, paulatinamente, à medida que esses povos tivessem contato com a sociedade majoritária, esses deixariam de ser índio, incorporando-se à “comunidade nacional”.

Ocorre, todavia, que, a partir da década de 1970, houve um significativo aumento de estudos antropológicos atinentes à identidade étnica. Segundo Wagner (2018), havia, inicialmente, uma concepção de que os elementos culturais de determinado grupo étnico, tais como línguas, valores, formas de se vestir etc., seriam estáticos. Com o decorrer das pesquisas acerca do tema, verificou-se que as características que determinado grupo étnico carrega, até então imutáveis, podem ser transformadas em um processo dinâmico de interação de grupos sociais. Nessa linha de raciocínio, salienta-se que o contato interétnico pode, sim, até promover alterações de traços culturais de determinada comunidade, porém, quando essa relação acontece de forma não impositiva, ela é considerada natural e salutar. Esta concepção pode ser vista como um dos pilares do interculturalismo.

Ao definir o paradigma do interculturalismo, é importante diferenciar multiculturalismo e interculturalismo. Conquanto esses termos pareçam sinônimos, não o são, consoante classifica Heemann (2017, p. 2):

[...] de suma importância ressaltar a diferença entre o chamado multiculturalismo e o interculturalismo. Embora ambas as concepções reconheçam a existência e a autonomia de diversas culturas, o multiculturalismo representa a multiplicidade de culturas em um determinado locus, reconhecendo, no entanto, uma hegemonia da sociedade majoritária sobre as culturas minoritárias, flertando com o fenômeno denominado por Boaventura de Souza Santos de canibalização cultural. Já o interculturalismo pode ser definido como o contato e o intercâmbio entre culturas em condições de igualdade. É importante ressaltar que tais contatos e experiências não devem ser visualizados unicamente em termos étnicos, mas também como um processo de comunicação e aprendizagem permanente entre pessoas, grupos, conhecimentos, valores e tradições.

No tocante a referências normativas que são norteadas por esse paradigma pluralista, observa-se que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) foi erigida sob a égide deste modelo e emana uma carga principiológica relevante para o Direito Indigenista. O art. 8, por exemplo, estabelece que “Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura”. Essa vertente manifesta o rompimento do paradigma assimilacionista e demonstra um novo olhar às questões inerentes aos povos originários, de forma geral.

A Constituição Federal de 1988, a despeito das constituições brasileiras anteriores, ficou conhecida por instituir e garantir, aos índios, importantes direitos, até então negados desde os primeiros contatos com os europeus. Tem-se em seu artigo 215, caput, e §1º, a ratificação do Estado brasileiro pluriétnico. Em sua essência, esse artigo incentiva e protege o pleno exercício dos direitos culturais, dentre os quais inclui-se a cultura indígena. É a garantia de algo que foi arrebatado desses povos por séculos: **o direito do índio de ser índio**. Ademais, foi construído um capítulo especial, denominado “DOS ÍNDIOS”, que, sobretudo, consubstancia o reconhecimento aos indígenas a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (BRASIL, 1988). Além disso, na qualidade de tratado internacional, vigora no país a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, que também contribuiu, significativamente, para superação do paradigma integracionista e assunção do paradigma do interculturalismo. Tal convenção possui quilate normativo supralegal e é considerada pela doutrina especializada uma das mais importantes referências ao direito indigenista no Brasil, pois visa combater ações discriminatórias que possam afetar os povos indígenas, bem como assegura que estes contribuam para a tomada de decisões em questões que lhe são afetadas. Verifica-se, então, que as referências normativas citadas alhures contribuíram para a transição do paradigma integracionista para o paradigma do interculturalismo, que ensejou o **reconhecimento etnocultural dos povos originários**.

O Direito Indigenista no Brasil foi marcado nas últimas décadas por um movimento de substituição do paradigma integracionista pelo paradigma do interculturalismo. Aquele vigorou por séculos, desde os primeiros contatos estabelecidos entre os índios e os europeus; e foi, sem dúvida, deletério para os povos originários, em virtude da forma como se desenvolveu. Este, em contrapartida, traz

em seu cerne o reconhecimento etnocultural do indígena e garante o direito à alteridade, ou seja, o direito deste ser diferente. É inegável que estudos antropológicos e algumas referências normativas têm contribuído para essa positiva mudança de arquétipo. Todavia, a pergunta que se faz é: essas mudanças paradigmáticas têm sido suficientes para efetivar, na prática, os diversos direitos fundamentais dos índios? É o que será discutido no decorrer deste trabalho.

3 FUNDAMENTOS UTILIZADOS NA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DO ÍNDIO NO BRASIL

Neste presente capítulo, propõe-se discutir alguns conceitos atinentes ao crime, com enfoque nos elementos da culpabilidade. Além disso, faz-se necessária uma análise do elemento de culpabilidade usualmente aplicado aos índios no Brasil. Segundo Rezende (2010), o Decreto 5.484 de 1928 trouxe, pela primeira vez, dispositivos que direcionaram a imputabilidade como preceito a ser adotado em questões penais envolvendo indígenas no país.

A aferição da responsabilidade penal do índio é um tema que exige acuidade do operador do Direito. Verifica-se, por exemplo, que o legislador, na feitura do Código Penal de 1940, foi completamente omissivo no tocante a referenciar os povos originários. Essa omissão, conforme Hungria (1958, p. 336), foi intencional e não por esquecimento. Ao discorrer sobre o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o catedrático jurista esclarece que, à época, a Comissão Revisora entendeu que deveria se evitar uma menção expressa aos silvícolas, com desiderato de evitar uma impressão negativa que o estrangeiro poderia ter do Brasil, conforme se verifica em trecho extraído da célebre obra, Comentário ao Código Penal: “[...] os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio.” O fato é que mais de oitenta anos se passaram e essa lacuna ainda permanece no Código Penal.

3.1 Considerações acerca do conceito de crime e dos elementos da culpabilidade

Ao discorrer acerca dos elementos da culpabilidade, é importante, em primeiro lugar, definir o conceito de crime. Essa acepção pode ser classificada em diversas categorias, dentre as quais se pode destacar o conceito formal, o conceito material e o conceito analítico de crime. Capez (2020) discorre acerca do aspecto material como aquele que visa à essência do conceito de crime, propriamente dito. Nessa categorização, há um enfoque em definir o motivo de um fato ser considerado criminoso. Trata-se de identificar e reprimir condutas que podem lesar bens jurídicos considerados relevantes para a paz e o convívio social. Sobre o prisma formal, o

crime pode ser entendido como o encaixe de uma conduta humana àquilo que o legislador descreve como uma infração penal. Trata-se da subsunção de um fato à norma pré-estabelecida. Em seu aspecto analítico, o crime é perscrutado segundo a sua estrutura. Nesse arquétipo, existem elementos que integram o crime, sistematizando-o. Nessa ótica, o intérprete da lei seguirá etapas para constatar se, de fato, a conduta praticada se encaixa perfeitamente ao parâmetro proposto, no afã de deslindar o crime. Na ausência de algum dos elementos erigidos nesse paradigma, não poderá haver crime. No Brasil, diversos doutrinadores desenvolveram estudos que visam explicar o crime, desenvolvendo-o sob esse aspecto analítico, consoante se verá de forma mais detalhada a seguir.

No que concerne à sua estrutura, os doutrinadores brasileiros desenvolveram duas teorias principais que buscam explicar o crime, segundo um modelo de camadas ou substratos: a teoria bipartida (dicotômica) e a teoria tripartida (tricotômica). A teoria bipartida é defendida por juristas como Damásio de Jesus, Fernando Capez e Júlio Fabbrini Mirabete. Fundamenta-se na ideia de que o crime é composto por dois substratos: um fato típico e ilícito (antijurídico). O fato típico ou tipo legal pode ser entendido como um gabarito construído pelo legislador na lei penal, que descreve o crime e pormenoriza todos os seus elementos, de forma a enquadrar certas condutas humanas como fatos criminosos. A ilicitude é descrita por Capez (2020) como um contraponto entre uma conduta e o ordenamento jurídico. Nessa linha de raciocínio, o doutrinador afirma que todo fato típico em sua essência já possui um “caráter indiciário da ilicitude”, de maneira que sempre que o intérprete da lei constatar um fato típico, haverá, inexoravelmente, uma presunção de que esse fato também será ilícito. Tal assertiva se sustenta no argumento de que, para definir o tipo, o legislador arrola condutas humanas consideradas ruinosas para a sociedade e que devem, assim, serem reprovadas pela lei penal. Destarte, *a priori*, se um fato típico é considerado ilícito, o exame dessa antijuridicidade será perquirido por exclusão. Em outras palavras, se não houve nenhuma causa de excludente de ilicitude, como legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal etc., o fato será considerado ilícito, e restará configurado o crime, sob o prisma da teoria bipartida.

A teoria tripartida é defendida por doutrinadores como Cezar Bitencourt, Guilherme Nucci e Francisco de Assis Toledo. Ela se sustenta na concepção na qual o delito é considerado um fato típico, antijurídico e culpável. Como se percebe, a diferença substancial entre as teorias supracitadas se verifica no elemento

culpabilidade, na teoria dicotômica, a culpabilidade é considerada um pressuposto da aplicação da pena. Na teoria tricotômica, a culpabilidade integra o crime, ao lado da tipicidade e da ilicitude, e constitui esse terceiro substrato.

A culpabilidade pode ser definida como um juízo de reprovação pessoal, feito ao autor de um fato típico e antijurídico. Verifica-se que na tipicidade e antijuridicidade são feitas avaliações do fato humano, no sentido de reprová-lo ou não, na culpabilidade, a análise ou juízo de reprovação é realizada sobre o autor do fato.

Essa controvérsia suscitada pela doutrina, no tocante à localização da culpabilidade na estrutura do crime, é explicada com invejável didática por Cunha (2020, p. 354), que se posiciona frente a esta dicotomia:

Para a corrente bipartite, a culpabilidade não é substrato do crime. O crime existe com os requisitos fato típico e ilicitude, mas só será ligado ao agente se este for culpável. Logo, de acordo com essa orientação, a culpabilidade aparece como pressuposto de aplicação da pena, juízo de reprovação e censura, pressupondo a prática de um crime. Seus adeptos defendem que a reforma do Código Penal de 1984 seguiu essa corrente, bastando observar que o legislador usa a expressão "isento de pena" quando se refere às causas excludentes da culpabilidade, enquanto que, ao se referir às causas de exclusão de tipicidade ou ilicitude, recorre à expressão "não há crime". Isso confirmaria a tese de que a culpabilidade é dispensável para o reconhecimento do delito. Já a corrente tripartite ensina que a culpabilidade deve ser tratada como terceiro substrato do crime, com seu juízo de reprovação extraído da análise sobre como o sujeito ativo se situou e posicionou diante do episódio com o qual se envolveu (fato típico e ilicitude). A tipicidade, ilicitude e a culpabilidade são não apenas pressupostos de aplicação da pena, mas elementos constitutivos do crime. Admitir crime sem culpabilidade é aceitar ser possível crime sem censura!

Em análise ao código penal pátrio, é possível inferir, a partir das excludentes de culpabilidade, quais seriam os **elementos integrantes da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de outra conduta**, consoante arts. 26 a 28, art. 21 e art. 22, respectivamente.

A **imputabilidade** pode ser entendida como a capacidade mental de compreender o caráter ilícito de um fato (elemento intelectual) e de determinar-se de acordo com esse entendimento (elemento volitivo). Em outras palavras, traduz-se na possibilidade de responsabilizar alguém por uma violação a alguma regra penal. O Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 (BRASIL, 1940), em seus artigos 26, 27 e 28 §1º, elencam as possibilidades de excludente da culpabilidade, em virtude da inimputabilidade, *in verbis*:

Anomalia psíquica:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Inimputabilidade em razão da idade:

“Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

Inimputabilidade em razão da embriaguez

[...] § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A inimputabilidade em razão de anomalia psíquica segue um critério denominado biopsicológico para sua aferição. Tal critério se fundamenta em dois requisitos de causa e efeito. A causa, em sua essência de valor biológico, traduz-se na enfermidade que assola o agente. O efeito decorre dos reflexos consecutórios na conduta do portador da anomalia, que o impediria, no momento dessa ação ou omissão, de entender o caráter ilícito de um fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

A inimputabilidade em razão da idade tem como parâmetro o critério biológico para sua constatação. Considera-se, nesse caso, que o menor de 18 (dezoito), ainda está em fase de desenvolvimento da sua capacidade mental e não possui, portanto, a maturidade apropriada, cujos atos carecem de discernimento para entender o caráter ilícito de um fato. Há, na prática, uma presunção absoluta de que seu desenvolvimento mental é incompleto, e, assim, é irrelevante suscitar o exame da capacidade de entendimento do caráter antijurídico do fato, como aquele realizado para a anomalia psíquica.

A inimputabilidade em virtude da embriaguez exige algumas condicionantes: a embriaguez deve ser completa, involuntária e deve ter sido ocasionada por um caso fortuito ou força maior. Pedroso (2008) *apud* Cunha (2020, p. 366) esclarece o conceito de embriaguez:

Considera-se embriaguez a afecção da pessoa pela ingestão de bebida de teor alcoólico. A ela se equipara, por cláusula analógica explicitamente posta no art. 28, II, do estatuto penal, o estado que afete o ser humano pela utilização de qualquer substância de efeitos semelhantes ao álcool (verbi gratia: éter, clorofórmio, antidiabéticos, barbitúricos e drogas como tóxicos e alucinógenos). Consiste a embriaguez, em suma, no estado de intoxicação aguda e transitória do organismo, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, comprometendo suas funções fisiológicas, físicas e intelectuais. Por aí se verifica, destarte, que a embriaguez repercute no psiquismo da pessoa por ela acometida, podendo afetar a sua capacidade intelectual ou volitiva, de sorte que ao Direito Penal impendia posicionar-se diante dessa realidade, em sede de imputabilidade ou inimputabilidade penal.

No tocante ao caso fortuito ou força maior, também denominada de embriaguez accidental, ocorre, respectivamente, nos casos em que o indivíduo ingere uma substância cujo efeito lhe era desconhecido, ou quando este é obrigado, de maneira invencível, a ingerir bebida alcoólica ou com efeitos análogos.

A **potencial consciência da ilicitude** constitui o segundo elemento da culpabilidade. Ela representa, segundo Cunha (2020, p. 370), “a possibilidade que tem o agente imputável de compreender a reprovabilidade da sua conduta.” Dessa forma, para que haja a reprovabilidade da conduta de um indivíduo, é necessário que a sua ação ou omissão esteja atrelada ao conhecimento (ou possibilidade) daquele fato considerado proibido. Nesse prisma, é importante ressaltar que o desconhecimento da lei penal não se confunde com desconhecimento da ilicitude do fato. Há, em verdade, uma ficção jurídica que considera que, a partir do momento que uma lei é publicada no diário oficial, acarreta-se uma presunção de que todas as pessoas a conheçam. Ora, é claro que, na prática, a maioria das pessoas no Brasil não acompanham o diário oficial, tal qual uma rede social qualquer, todavia, no afã de estatuir a necessária segurança jurídica, erigiu-se essa acepção nesses moldes. O que se avalia, assim, é se o agente possuía o conhecimento do profano, ou seja, de um homem leigo na sociedade, também chamado pela doutrina de valoração paralela na esfera do profano.

Tem-se como dirimente da potencial consciência da ilicitude o chamado **erro de proibição**, consoante se verifica no art. 21 do Código Penal (BRASIL, 1940), *in verbis*:

O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único — Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

É possível extrair do próprio termo que enuncia o dispositivo o significado dessa excludente de culpabilidade. O agente pratica uma conduta em que há uma distorção da realidade (erro), e que recai sobre a antijuridicidade desse comportamento (proibição). O erro é classificado em escusável (invencível) ou inescusável (vencível). Identifica-se o erro escusável na conduta do agente que o faz sem ter a consciência da ilicitude do fato, em situação em que se verifica que não lhe era possível exigir que ele tivesse tal consciência. Ao passo que, no erro inescusável, o indivíduo poderia, de acordo com as circunstâncias, ter ou atingir a consciência da ilicitude do fato. Destarte, o erro invencível afasta a culpabilidade e o erro vencível incide em diminuição da pena de um sexto a um terço.

Afigura-se como terceiro elemento da culpabilidade a **exigibilidade de conduta diversa**. Jesus (2020) esclarece que, no exame da culpabilidade, o intérprete deve verificar a imputabilidade do indivíduo e seu conhecimento acerca do caráter ilícito da conduta praticada. Ademais, deve-se avaliar a possibilidade do agente de praticar um comportamento diverso daquele considerado proibido. Assim, se o indivíduo opta pela conduta ilícita quando lhe era possível adotar postura diversa, resta inequívoca a necessidade de um juízo de reprovação. Essa teoria é subsidiada pela ideia do livre-arbítrio, ou seja, a conduta ilícita foi decorrente de uma escolha do agente que tinha soberania sobre suas vontades. Logo, faz-se mister a censurabilidade nesse caso.

Se a exigibilidade de conduta diversa compõe os elementos do juízo de reprovação pessoal do autor de uma conduta considerada típica e antijurídica, a **inexigibilidade de conduta diversa** afasta a culpabilidade, pois, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não há incidência de um juízo de reprovação. Um exemplo clássico ofertado pela doutrina seria o do gerente de banco que tem seu filho sequestrado, e os meliantes exigem que bancário acesse o cofre, sob pena de causar grande mal ao seu ente querido. Ora, qualquer pai ou mãe zelosos, nessa situação, não hesitaria em salvar a vida de seu filho. Tal conduta, nesse caso, não está imiscuída de reprovação social, bem como não deve ser arrolada pela lei penal.

O Código Penal Brasileiro prevê a possibilidade de duas causas legais de inexigibilidade de conduta diversa – a **coação irresistível** e a **obediência**

hierárquica, consoante se verifica no art. 22 do estatuto, *in verbis* (BRASIL, 1940): “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

A coação irresistível pode ser entendida como uma ameaça sofrida por uma pessoa de sofrer um mal grave e injusto. A avaliação desse mal deve ser aferida consoante os padrões de um homem mediano. Ademais, a doutrina entende que a coação deve ser moral e não física. Em se configurando uma coação física, está-se diante de um fato atípico. É importante salientar, outrossim, que a irresistibilidade da coação é caracterizada por condutas invencíveis, ou seja, as quais não seria razoável exigir do agente desconsiderar um bem maior.

A obediência hierárquica está localizada na segunda parte do art. 22 do Código Penal. Afigura-se nas situações em que um indivíduo pratica uma conduta (positiva ou negativa) considerada criminosa, em virtude de uma ordem, não manifestamente ilegal, de um superior hierárquico. Nesse caso, o subordinado será isento de pena. O superior hierárquico, todavia, responderá pela conduta praticada pelo subordinado. É importante salientar que a ordem descrita no dispositivo supracitado se refere a uma ordem ilegal, mas com uma aparência de legalidade. Se a ordem é legal, obviamente não há crime, pois o subordinado e o superior hierárquico agem no estrito cumprimento do dever legal. Se a ordem é manifestamente ilegal, ambos respondem pelo crime.

3.2 Imputabilidade – elemento usualmente empregado para aferir a responsabilidade criminal do índio no Brasil

Como se viu na seção anterior, a culpabilidade alberga três elementos que consubstanciam o juízo de reprovação atribuído ao autor de uma conduta considerada criminosa – imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Nessa esteira, existem dirimentes que, de acordo com certas circunstâncias, podem afastá-la, respectivamente: inimputabilidade, erro de proibição e inexigibilidade de conduta diversa. Realizada essa primeira observação, identifica-se que, em razão do contato interétnico do indígena com a sociedade majoritária, surgem certas situações que podem desencadear condutas praticadas pelos índios consideradas dissonantes à luz do Código Penal. Surge, assim, a necessidade de

aferição da responsabilidade criminal do índio no Brasil; questão *sui generis*, cujo assunto gera debates na doutrina acerca de qual critério seria o mais apropriado para o tratamento jurídico-penal desses povos.

É sabido que o Código Penal vigente é originário da década de quarenta – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Nessa época, o modelo assimilacionista vigorava no Brasil e acreditava-se que, gradativamente, o indígena iria se incorporar à sociedade majoritária. Quando da sua criação, o legislador não fez qualquer tipo de menção ao termo “índio” e, dessa forma, foram necessárias, em virtude da omissão supracitada, construções doutrinárias e jurisprudenciais para identificar o paradigma aplicável aos povos originários.

Identifica-se na exposição de motivos do Código Penal de 1940, elaborada pelo ministro Francisco Campos, uma diretriz incipiente para aplicar o critério da imputabilidade aos “silvícolas” (e sua consequente dirimente), no comentário do antigo art. 22 (atual art. 26 do Código Penal):

É o seguido pelo projeto (art. 22): “É isento de pena o agente que, por doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato, ou de determinar-se de acordo com esse [*sic*] entendimento”. No seio da Comissão, foi proposto que se falasse, de modo genérico, em perturbação mental; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se, em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, e devendo entender-se como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo [*sic*] mental é relativo a tôdas [*sic*] as faculdades psíquicas, congênitas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde à inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral) **dispensava alusão expressa aos surdos-mudos e silvícolas inadaptados.** (grifo nosso)

Segundo Rezende (2010) houve uma corrente majoritária adotada, sobretudo, por juízes e penalistas que equipararam os indígenas aos surdos-mudos, na condição de desenvolvimento mental incompleto, e incapazes de compreender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. Acreditava-se que, à medida que houvesse o contato do índio com o não-índio, aquele iria incorporar a cultura e as normas de conduta do “homem branco”; e quando fosse totalmente integrado à “civilização” deixaria, pois, de ser considerado um “selvagem”. Ao perfazer, assim, essa transição ele teria completado o seu desenvolvimento mental e poderia ser considerado imputável.

A adoção do parâmetro da inimputabilidade foi influenciada, sobremaneira, pelo paradigma integracionista que vigorava no Brasil. Com o advento da Constituição

Federal de 1988, houve a transição para o modelo pluralista, paradigma que consagrou importantes direitos aos índios, cujos dispositivos ajudaram nessa manutenção de sua forma de viver. Dessa forma, com o reconhecimento etnocultural do indígena, parte da doutrina tem ponderado se esse critério se afigura como o mais adequado, atualmente, para aferir esse tratamento jurídico-penal. Paschoal (2010, p. 83) é categórica ao se posicionar sobre o parâmetro da inimputabilidade nesses casos:

[...] Daí toda discussão referente a Direito Penal e índio girar em torno da inimputabilidade. Com todo respeito a esse posicionamento, não obstante a intenção seja das melhores (proteger o índio do braço mais forte do Estado, qual seja, o Direito Penal), a meu ver, trata-se de visão desconforme com o basilar princípio de qualquer Estado Democrático de Direito: o da livre determinação dos povos, ou do respeito às diferenças. **Pertencer a uma cultura diferente não significa ser inimputável.** Ter costumes, crenças, hábitos próprios não implica desenvolvimento mental incompleto, ou retardado. O desenvolvimento mental do índio, independentemente de seu estágio de integração à sociedade “branca”, é completo. Tanto que ele é plenamente capaz de aprender as artes da caça, da pesca, de educar seus filhos nos termos da cultura de seu povo, bem como de internalizar os rituais referentes às suas crenças religiosas, sem contar as avançadas técnicas de curas das chamadas, de forma grosseira, sociedades primitivas. (grifo nosso)

Outro ponto que vale a pena observar na análise desse critério diz respeito à necessidade do emprego da medida de segurança como consectário da absolvição de um agente em virtude da inimputabilidade. O art. 96 do Código Penal estabelece como medida de segurança a internação e o tratamento ambulatorial. Tais medidas são impostas ao inimputável por tempo indeterminado e perduram até a cessação de periculosidade, segundo avaliação da perícia médica. Essa ausência de limite temporal representa na prática, muitas vezes, medida mais gravosa do que a pena. Rezende (2010) salienta que a finalidade, tanto da internação, quanto do tratamento ambulatorial seria o tratamento do inimputável. Ao considerar que o índio possua desenvolvimento mental incompleto em virtude do pouco contato com a sociedade envolvente, essa intervenção objetivaria perfazer esse desenvolvimento com a incorporação de valores da sociedade não-índia, uma vez que são fundamentos da doutrina integracionista que influenciaram a escolha de tal critério.

Ademais, é possível pressupor que, nos casos em que o indígena seja absolvido por essa dirimente, ainda exista um laço forte desse indivíduo com a sua comunidade. A absolvição por inimputabilidade estaria, *a priori*, atrelada a alguns critérios, tais como o baixo ou nenhum contato desse agente com as regras

estabelecidas pela sociedade nacional. Consequentemente, nesses casos, é possível inferir que ainda exista um estreito contato desse indivíduo com os membros de sua etnia. Imagine, então, que esse indivíduo exerça uma função de patriarca em determinada comunidade e seja obrigado a cumprir uma medida de segurança longe de sua comunidade. É patente que não só esse indivíduo, mas todos os seus pares ficarão prejudicados. No tocante à vida em uma comunidade indígena e as relações sociais ali estabelecidas, Luciano (2006, p. 45) assim a descreve:

Cada povo indígena possui um modo próprio de organizar suas relações sociais, políticas e econômicas – as internas ao povo e aquelas com outros povos com os quais mantém contato. Em geral, a base da organização social de um povo indígena é a família extensa, entendida como uma unidade social articulada em torno de um patriarca ou de uma matriarca por meio de relações de parentesco ou afinidade política ou econômica. São denominadas famílias extensas por aglutinarem um número de pessoas e de famílias muito maior que uma família tradicional europeia. Uma família extensa indígena geralmente reúne a família do patriarca ou da matriarca, as famílias dos filhos, dos genros, das noras, dos cunhados e outras famílias afins que se filiam à grande família por interesses específicos.

Além disso, o art. 8º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que versa sobre povos indígenas e tribais, estabelece que “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.” Esse dispositivo reforça a necessidade de consideração da cultura indígena e, concomitantemente, manifesta a discrepância da utilização do parâmetro da imputabilidade em fatos que envolvam o índio.

No tocante à aplicação do critério da (in)imputabilidade aos índios, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 559) fazem duras críticas:

De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que comparte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com a imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica - biologista e racista - já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes. Nada tem de diferente do discurso de justificação, que produziu frequentíssimas destruições de grupos culturais originários e de perseguição religiosa, falando em delírios coletivos frente a atos e cerimônias que jamais compreenderam, e de relações culturais diferenciadas como simples e primitivas, quando a antropologia comparada nos mostra, hoje, a sua enorme complexidade. O homem da civilização industrial inventou, no seu gabinete de elocubração, uma "mentalidade primitiva", que foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas.

Verifica-se, ademais, que a jurisprudência brasileira (inclusive os tribunais superiores), na análise de fatos que discuta o tratamento jurídico-penal do índio, por meio do parâmetro da imputabilidade, tem, amiúde, negado a consequente exculpante legal por meio de critérios considerados superficiais, tais como se o índio é alfabetizado ou se possui fluência na língua portuguesa, consoante se verifica, por exemplo, no julgamento do habeas corpus publicado em 2000, que teve como relator o Ministro Ilmar Galvão, conforme ementa (BRASIL, HC 79530/PA, 2000):

EMENTA: ÍNDIO INTEGRADO À COMUNHÃO NACIONAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. DECISÃO QUE ESTARIA EIVADA DE NULIDADES. DENEGAÇÃO DE HABEAS CORPUS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO PERANTE ESTA CORTE, À GUIA DE RECURSO. Nulidades inexistentes. Não configurando os crimes praticados por índio, ou contra índio, "disputa sobre direitos indígenas" (art. 109, inc. XI, da CF) e nem, tampouco, "infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas" (inc. IV ib.), é da competência da Justiça Estadual o seu processamento e julgamento. É de natureza civil, e não criminal (cf. arts. 7º e 8º da Lei nº 6.001/73 e art. 6º, parágrafo único, do CC), a tutela que a Carta Federal, no caput do art. 231, cometeu à União, ao reconhecer "aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", não podendo ser ela confundida com o dever que tem o Estado de proteger a vida e a integridade física dos índios, dever não restrito a estes, estendendo-se, ao revés, a todas as demais pessoas. Descabimento, portanto, da assistência pela FUNAI, no caso. **Sujeição do índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal, em geral, inexistindo razão para exames psicológico ou antropológico, se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade, a qual, de resto, nem chegou a ser alegada pela defesa no curso do processo. Tratando-se, por outro lado, de "índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa", como verificado pelo Juiz, não se fazia mister a presença de intérprete no processo.** Cerceamento de defesa inexistente, posto haver o paciente sido defendido por advogado por ele mesmo indicado, no interrogatório, o qual apresentou defesa prévia, antes de ser por ele destituído, havendo sido substituído, sucessivamente, por Defensor Público e por Defensor Dativo, que ofereceu alegações finais e contra-razões ao recurso de apelação, devendo-se a movimentação, portanto, ao próprio paciente, que, não obstante integrado à comunhão nacional, insistiu em ser defendido por servidores da FUNAI. Ausência de versões colidentes, capazes de impedir a defesa, por um só advogado (grifo nosso)

Linha de raciocínio análoga foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos argumentos aduzidos pelo Ministro Felix Fisher, na análise de habeas corpus (BRASIL, HC 604898/MS, 2020):

Afasta-se a preliminar de nulidade suscitada pela Defesa, pois o exame antropológico só é considerado necessário quando o indígena que vive em estado natural, longe da civilização e desconhece as normas de convivência em sociedade, o que não se verifica na hipótese. **In casu, o Apelante é indígena plenamente integrado à sociedade, é alfabetizado, estudou até o sexto ano e conta com 23 anos de idade. Ademais, em audiência de instrução, percebe-se que entende perfeitamente o vernáculo e fala fluentemente o português.** (grifo nosso)

Como se verifica, não são raros os processos em que juízes e tribunais se fundamentam nesses rasos critérios supracitados para considerar a imputabilidade do indígena. Tais alicerces são ainda utilizados pelas autoridades judiciais, na prática, para constatar o maior ou menor contato dos índios com a sociedade envolvente – premissas do superado paradigma integracionista, porém ainda presentes nos provimentos judiciais.

Salienta-se, outrossim, que os critérios superficiais citados, tais como a boa fluência na língua portuguesa, são utilizados para fundamentar a dispensa do laudo pericial antropológico. No tocante a esse instrumento, importante mencionar que a recente Resolução nº 287, de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, que estabelece procedimentos ao tratamento jurídico-penal dos indígenas, dispõe em seu art. 6º que o laudo pericial antropológico é uma ferramenta relevante – o qual deve ser solicitado de ofício quando a autoridade judicial receber denúncia ou queixa em desfavor de um índio – confeccionado geralmente por antropólogos, fornecem subsídios importantes que não podem ser percebidos dentro dos atos processuais ordinários (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Nessa senda, Maia (2015, p. 48 - 50) reforça que a perícia antropológica se torna exigível quando fatos sociais, para serem entendidos, carecem de um estudo especializado que avalie as nuances do grupo pesquisado, considerando fatores como sua interação com o meio ambiente e a sua cosmovisão, por exemplo. Ao final, esse estudo será documentado em um laudo que subsidiará os juristas no desenvolvimento dos argumentos jurídicos que o caso concreto requer. O autor elucida, outrossim, que, em um laudo pericial antropológico, que envolva o índio ou sua comunidade, diversos quesitos podem ser suscitados, tais como: o que é ser índio? Qual seria sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições? Quem os representa, para fins, por exemplo, de atender à exigência de consulta prévia? Enfim, são diversas as questões que poderão ser levantadas com o desiderato de aclarar o fato discutido.

Almeida (2015, p. 28) explana com muita propriedade a necessidade do laudo antropológico, em razão da nova ordem constitucional:

Ora, é evidente que a própria legislação, representada pela sua norma maior, a Constituição Federal estabeleceu o dever de proteção das “manifestações das culturas populares, **indígenas** e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” externadas por suas “formas de expressão” e “modos de criar, fazer e viver.” **O Estado Pluriétnico rompeu, com a Constituição de 1988, a camada do projeto assimilacionista vigente que estabelecia “a integração do índio à comunhão nacional” como atribuição a ser plenamente exercida. É indubitável que cabe aos aplicadores do Direito o contato com as múltiplas identidades que colorem a realidade e não a variedade quase monocromática expressa no índio “aculturado” e no “caboclo”, pintados pelo verniz estatal.** Cabe conhecer os tikuna, os waimiri-atroari, os zoé, os fundos de pasto, as catadoras de babaçu, os pomeranos, os quilombolas e outros tantos e tantos. **Para tal diversidade, necessário auxílio e tradução.** (grifo nosso)

O laudo pericial antropológico se afigura, então, como um instrumento fundamental, pois supera as avaliações perfunctórias supracitadas e garante ao indígena, uma análise mais acurada de todo contexto que o envolve. Dispositivo este que pode levar ao bojo do processo criminal o elemento étnico, em sintonia com a doutrina interculturalista.

4 PERSPECTIVAS DO TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA PESSOA INDÍGENA NO BRASIL

Consoante exposto alhures, os critérios utilizados para balizar a responsabilização criminal do índio no Brasil eram pautados pela doutrina integracionista, paradigma que vigorou até a Constituição Federal de 1988. Essa nova ordem constitucional significou, outrossim, a transição para o paradigma interculturalista, que passou a vigorar subsidiado pela garantia normativa do reconhecimento etnocultural do índio – art. 215, *caput*, §1º, e art. 231. (BRASIL, 1988)

Observa-se, todavia, que as diretrizes almejadas pelo paradigma interculturalista (de reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições) ainda orbitam muito no campo da abstração, pois, embora fundadas em dispositivos constitucionais, carecem de maior materialização na seara prática. Tal assertiva é comprovada pelo critério da (in)imputabilidade – ainda utilizado de forma prevacente pelos tribunais brasileiros (inclusive os superiores).

Além disso, foi possível verificar que a legislação infraconstitucional (Estatuto do Índio e Código Penal) não foi atualizada de forma a promover o necessário tratamento jurídico-penal ao indígena. Os preceitos editados, por exemplo, naquele diploma eram embasados na ideia de aculturação e assimilação da cultura indígena pela sociedade envolvente; e, assim, ainda que não tenha sido feita uma declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, parte considerável da doutrina especializada defende que a maioria dos artigos do Estatuto do Índio, são inconstitucionais.

Nesta senda, e como solução do problema de pesquisa suscitado, este trabalho propõe utilizar como critério, na responsabilização criminal do indígena no Brasil, o erro culturalmente condicionado, idealizado pelo insigne autor Eugenio Raúl Zaffaroni e encorpado no Brasil, posteriormente, por José Henrique Pierangeli, conforme será exposto neste capítulo.

Ademais, no tocante às lacunas na legislação infraconstitucional supramencionadas, propõe-se utilizar a convencionalização do direito, de forma que a higidez dos tratados e convenções internacionais possam, de fato, suprir esse hiato no ordenamento pátrio, que ainda prejudica o exercício de direitos pelos indígenas.

4.1 Erro Culturalmente Condicionado – solução proposta como elemento de culpabilidade a ser empregado na avaliação da responsabilidade criminal do indígena

É importante consignar que existe um caldo cultural que diferencia os índios da sociedade não-índia. Dornelles, Brum e Veronese (2017, p. 118) discorrem sobre essa alteridade:

Essa variedade étnica indígena encontrada no Brasil traz consigo direitos consuetudinários próprios das respectivas culturas, **resultado da diversidade cultural existente no país**. As normas morais presentes internamente nas comunidades indígenas, não se apresentam de forma escrita, mas são leis costumeiras e conhecidas por todos os integrantes do meio em que vivem, **sendo o resultado de culturas que perpassam os anos e continuam vivas em um ordenamento jurídico interno e tácito existente nesses aldeamentos**. Essas normas são diversas e complexas, especialmente no âmbito de sanções infligidas e condutas inclusive por consequências as mais diversas sanções. Essas sanções correspondem à importância da transgressão e a legitimidade da forma em que a mesma é estipulada e não questionada pelos índios integrantes dessas sociedades, visto que as respectivas normas e sanções não derivam de um poder acima da comunidade, mas da própria comunidade que as estabelece no processo social, de acordo com as necessidades do grupo. (grifo nosso)

A cultura do indígena afigura-se como um ponto nevrálgico na aferição de responsabilidade criminal do índio. Em consonância com esse preceito, **a doutrina do erro culturalmente condicionado** se apresenta como uma importante dirimente aplicável ao tratamento jurídico-penal desses povos originários, pois se encontra em consonância com a doutrina interculturalista.

Para entender o erro culturalmente condicionado, faz-se necessário imergir-se no raciocínio construído pelos autores que desenvolveram essa espécie de erro de proibição. Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 551), “quando invencível, o erro de proibição sempre impede entendimento da antijuridicidade”. Assim, a conduta de um indivíduo que pratica um fato considerado ilícito – mas o faz porque não havia, em razão de certas circunstâncias, a possibilidade de adquirir o conhecimento e possuir a compreensão de que aquela atitude é antijurídica – tem como consectário a eliminação da culpabilidade. Nesse prisma, os indigitados autores classificam o erro de proibição em erro de conhecimento e erro de compreensão.

O erro de conhecimento se alicerça na falta de noção que o sujeito tem de que sua ação é ilícita e reprovável. Logo, afeta o substrato da culpabilidade e o fato não pode ser considerado criminoso, sob a ótica da teoria tripartite. Zaffaroni e

Pierangeli (2011, p. 552) classificam o erro de conhecimento da antijuridicidade em direto e indireto:

O erro que afeta o conhecimento da antijuridicidade pode ser direto quando recai sobre o conhecimento da norma proibitiva (um sujeito ignora que trocar a fechadura de um imóvel para impedir a entrada do legítimo possuidor é delito); ou indireto, quando recai sobre a permissão da conduta podendo consistir na falsa suposição de existência de um preceito permissivo não reconhecido pela lei (um sujeito crê que se alguém lhe entrega o automóvel para conserto e não o retira dentro de certo prazo por sua própria conta pode vendê-lo, para ressarcir-se do valor do serviço; outro crê que lhe é permitido vender a mercadoria do empregador para cobrar-se dos salários atrasados) [...]

O erro de compreensão da antijuridicidade pressupõe o conhecimento do ilícito. Porém, ainda que o autor do fato considerado delituoso tenha conhecimento de que sua conduta é ilícita, existem certos fatores que prejudicam a internalização ou introjeção da norma. Nesse caso, o agente incorporou valores a seu pensamento de outras pessoas ou de um grupo, de maneira que não lhe pode ser exigível entender uma norma alheia àqueles preceitos. Ademais, é importante consignar que não se impõe a efetiva compreensão da antijuridicidade, e sim a possibilidade de compreensão da antijuridicidade, denominada “valoração paralela na esfera do profano”, conforme citado alhures. Salienta-se, outrossim, que Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 537) estabeleceram uma relação inversa no tocante ao esforço do indivíduo para introjetar a norma e a reprovabilidade dessa conduta: *“quanto maior for o esforço que o sujeito deva fazer para internalizar a norma, menor será a reprovabilidade de sua conduta, e vice-versa”*.

Ao trabalhar o conceito de erro de compreensão, em razão das similitudes e, até mesmo pela convergência dos temas, em certos casos, faz-se necessário abordar a acepção da chamada **consciência dissidente**. Também chamada de autoria por consciência, são termos que não devem ser confundidos com a consciência da antijuridicidade. Entende-se por consciência dissidente a prática de um crime em que o autor o realiza em razão de algum dever moral, ainda que ele saiba que sua ação é dissonante das normas estabelecidas. Salvo casos excepcionais, a autoria por consciência não exclui a culpabilidade. Essa assertiva decorre de critérios lógicos, uma vez que os imperativos individuais não podem, *a priori*, sobrepor-se ao Direito Penal. Nesse caso, trata-se, pois, de resguardar a necessária segurança jurídica. No

afã de ilustrar o conceito, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 219) recorrem à literatura grega, a chamada *Antígona de Sófocles* que muito bem ilustra esse antagonismo:

Nessa tragédia clássica, Creonte, rei de Tebas, ordena deixar insepulto o cadáver de Polínice, morto em guerra contra a pátria, isto é, por ter cometido o delito que, hoje, conhecemos como traição à pátria. Antígona, obediente à lei divina, apressa-se a dar sepultura ao cadáver de seu irmão traidor, sendo surpreendida à noite por agentes de Creonte, e levada à presença deste. Condenada à morte, Antígona enforca-se na gruta em que era mantida prisioneira.

Regra geral, a consciência dissidente não enseja a inculpabilidade, conquanto seja importante consignar que ela denote à conduta do sujeito um grau menor de reprovação. Ressalta-se, entretanto, que, em algumas circunstâncias, a consciência dissidente convergirá em um erro de compreensão invencível. Em sendo invencível (escusável), tal erro retira a culpabilidade. Nesta senda, afiguram-se os **erros de compreensão culturalmente condicionados**. Nessa espécie de erro, aplicável aos indígenas, o autor cresceu balizado por regras consonantes com o seu grupo e que, todavia, vão de encontro à antijuridicidade imiscuída nas normas penais. Trata-se de um erro de comportamento, condicionado pela cultura do autor. Nesse caso, ainda que haja o conhecimento da ilicitude do fato, não há a sua compreensão desse injusto, pois os valores contidos na norma são divergentes com a sua cultura. Exemplo: para indígenas de comunidades andinas, como os Aymaras e os Quéchuas, a folha de coca é considerada sagrada, tal como a hóstia é para os cristãos. Dessa forma, desde os períodos mais tenros, os índios de algumas etnias recebem o aprendizado acerca dessa planta, que é estimada sob o enfoque da cosmovisão dessas comunidades. Logo, o entendimento desses povos no tocante à ilicitude da folha de coca, normatizada em ordenamentos jurídicos da sociedade majoritária, resta prejudicado. Sobre o tema, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 559) assim enfatizam:

Muito embora exista delito que o silvícola pode entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender, e, em tal caso, não existe outra solução que não a de respeitar a sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões de tipo etnocentrista, que escondem, ou exibem, a pretendida superioridade de nossa civilização industrial, para destruir todas as relações culturais a ela alheias. As disposições da Lei 6.001, de 19.12.1973 (Estatuto do Índio), que mostra uma aparente atitude de benevolência para com o indígena, fazem uma constante referência a sua "integração", esquecendo-se que o silvícola está integrado, só que está integrado na sua cultura, acerca da qual nós estamos tão desintegrados como ele da nossa.

No contexto do interculturalismo, edificado pela Constituição Federal de 1988, parte da doutrina tem defendido o critério do erro de proibição, condicionado por elementos culturais, como o parâmetro mais apropriado para avaliar a responsabilidade criminal do indígena no Brasil.

Carvalho (2018) pondera que diante de uma lacuna no Código Penal Brasileiro, atinente à responsabilização criminal do índio, as diferenças socioculturais entre os indígenas e a sociedade majoritária jamais podem ser referenciais para a utilização do critério da (in)imputabilidade, salvo nos demais casos aplicáveis aos demais nacionais, tais como em casos que o autor não tenha de fato higidez mental. Nesses casos, o que se deve avaliar no caso concreto é se houve a incidência do erro culturalmente condicionado, que pode vir a afetar a compreensão do caráter proibitivo da norma penal.

Dotti (2010) ressalta que a Constituição Federal estatuiu em seu artigo 231 “áreas de reserva da cultura indígena”, de forma que não se pode lhe exigir um padrão de comportamento, consoante princípios e regras de outra civilização. Nesse sentido, se o índio praticar um fato considerado punível perante a lei penal, mas a sua conduta encontra-se em harmonia com os valores próprios da sua comunidade, dever-se-á reconhecer o erro inevitável sobre a ilicitude do fato, pois há nesse caso a ausência de um dos pressupostos da culpabilidade: a consciência da ilicitude.

Rezende (2010) tece elogios atinentes à aplicação do critério do erro para o tratamento jurídico-penal dos índios, contudo suscita ressalvas à sua aplicação. Segundo o autor, há dúvidas se o erro de compreensão culturalmente condicionado encontra amparo no dispositivo penal que trata do erro de proibição. A principal arrespsia levantada emana da expressão “compreensão da antijuridicidade” – elemento basilar do erro de comportamento culturalmente condicionado – e se esta estaria abarcada pela expressão “consciência da ilicitude”, tipificada no art. 21 do Código Penal Brasileiro. Em contraponto a tal argumento, é importante consignar os conceitos trazidos por Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 532):

No sentido do direito penal, "entendimento" é sinônimo de compreensão, não bastando o conhecimento da ilicitude, porque a ilicitude constitui uma valoração, e os valores não são adquiridos pelo conhecimento, mas pela compreensão. **A doutrina chama esta compreensão de "consciência da ilicitude"** (ou da antijuridicidade), muito embora tal denominação não seja exata, porque a lei exige, unicamente, a possibilidade exigível do entendimento da ilicitude. (grifo nosso)

Paschoal (2010) defende que manter a adoção do critério da (in)imputabilidade na aferição de responsabilidade criminal do índio representa manter os históricos padrões de submissão e discriminação aos povos originários. A autora sustenta que o critério a ser adotado deve ser o do erro culturalmente condicionado, e, para isso, não se faz necessária a inclusão de novo dispositivo no Código Penal. Esse argumento é reforçado pelo exemplo da estrangeira que comete aborto no Brasil e é absolvida pelo paradigma do erro de proibição, em razão de tal prática ser permitida em seu país. Observa-se que nesse caso não houve a inclusão no ordenamento pátrio de norma específica que preveja a situação do estrangeiro. A norma geral do erro abarca tal situação e, da mesma forma, pode ser utilizada para o tratamento jurídico-penal dos indígenas, sem a necessidade de inovação legislativa.

No tocante ao direito comparado, é interessante verificar que o Código Penal Peruano vigente, promulgado em 1991, efetivou importantes mudanças que refletiram no tratamento jurídico-penal do índio e representaram, outrossim, a transição do paradigma integracionista para o paradigma interculturalista. O art. 15 do supracitado diploma assim estabelece:

Aquele que, em razão de sua cultura ou costumes, comete um fato punível sem compreender o caráter delituoso do fato criminoso ou determinar-se de acordo com essa compreensão, será isento da responsabilidade penal. Quando, pelo mesmo motivo, essa possibilidade for diminuída, a pena será atenuada. (PERU, 1991, tradução nossa)

Da leitura do dispositivo, é possível verificar, sem complexas reflexões, que o legislador peruano incorporou a doutrina do erro de comportamento culturalmente condicionado. Ademais, ressalta-se que, ainda que não haja menção expressa ao indígena, o dispositivo supracitado é aplicável a esses povos, em virtude do contexto cultural que, geralmente, o acompanha.

Tramitam no legislativo brasileiro dois projetos de lei que visam substituir o obsoleto Estatuto do Índio vigente (Lei nº 6.001/73). Em ambos os projetos, é possível constatar que há intenção do legislador em implementar o critério do erro de proibição no tratamento jurídico-penal dos indígenas. No texto inicial do PL 2.057/1991, que dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas, estabelece o art. 90 que *“Nos processos criminais contra índios, o juiz ordenará a realização de perícia antropológica, que determinará o grau de consciência da ilicitude do ato praticado, para efeito da aplicação do disposto no Artigo 21 do Código Penal”* (MERCADANTE, 1991). De forma análoga, o texto inicial do PLS 169/2016, que dispõe sobre o Estatuto

dos Povos Indígenas, institui, o art. 151, *caput*, e §1º, que define parâmetros para a responsabilização criminal desses povos, sob o enfoque do erro de proibição, e com a exigência de o juiz considerar peculiaridades culturais do réu, consoante se verifica *in verbis* (MOTA, 2016):

Art. 151. Condenado o índio por infração penal cometida contra não-índio, a pena poderá ser atenuada, e na aplicação o **juiz considerará as peculiaridades culturais do réu.**

§ 1º Nos processos criminais contra índios, o juiz ordenará a realização de perícia antropológica, **a fim de determinar o grau de consciência da ilicitude do ato praticado**, para efeito da aplicação do disposto no art. 21 do Código Penal. [...] (grifo nosso)

Conquanto os projetos possam ser vistos como um avanço no tratamento jurídico-penal do índio, é possível analisar, pelo decurso do tempo, que carece de um maior empenho do legislador na tramitação desses dispositivos. O PL 2.057, por exemplo, completou três décadas de tramitação.

Nessa senda, é possível identificar (ainda de forma incipiente) decisões judiciais que sustentem o paradigma do interculturalismo. Destarte, a título de exemplificação, verifica-se na Apelação Criminal julgada em 3 de março de 2015, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, uma decisão harmônica com o critério preconizado: (BRASIL, ACR 5003891-29.2014.4.04.7008/PR, 2015)

Ademais, em que pese o grau de aculturação dos indígenas, não se pode esquecer que ainda há diferenças culturais envolvidas, o que também pode afetar a compreensão sobre determinadas situações, ensejando a ocorrência de erros que podem ser justificados, a depender das circunstâncias do caso concreto. Neste aspecto, a respeito do tema, vale citar os seguintes trechos do texto "ÍNDIOS: A CULPABILIDADE E O ERRO CULTURALMENTE CONDICIONADO", da lavra de RODRIGO GOMES TEIXEIRA (Recife, 2010): "(...) **Pois bem, em atenção aos mandamentos constitucionais, como um sopro de esperança, surgem na doutrina e na jurisprudência posições que adotam como hipótese de inculpabilidade penal do indígena o erro de proibição, na vertente conhecida como erro culturalmente condicionado.** Sobre essa espécie de erro nos debruçaremos de forma mais detalhada no próximo tópico, por ora, basta fixarmos que ele, em um caso concreto, segundo os ensinamentos da melhor doutrina, pode configurar um erro de proibição, um erro sobre a causalidade ou uma justificativa putativa. Por oportuno, cumpre transcrevermos as palavras de Zaffaroni e Pierangeli, quando lecionam que: 'O condicionamento cultural nem sempre dá lugar a um erro de proibição, mas pode dar lugar a distintas classes de erros. Assim, membros da cultura Ahuca, no oriente equatoriano, têm a convicção de que o homem branco sempre os matará quando os ver, de modo que devem adiantar-se a esta ação, o que é encarado como um ato de defesa. Em tal caso, nos encontramos diante de um erro de proibição culturalmente condicionado, mas que consistirá uma justificativa putativa e não um erro de compreensão.' Dessa assertiva podemos concluir que o condicionamento cultural do índio, verificado na

situação específica, pode dar ensejo a outras hipóteses de excludentes delitivas, a saber, erro de tipo e justificações putativas. Aqui, nos propomos a discutir as situações de erro de proibição decorrentes de erros culturalmente condicionados, excludente da culpabilidade, motivo pelo qual nos absteremos de analisar as demais possibilidades supracitadas. (...) 6. DO ERRO CULTURALMENTE CONDICIONADO **Recentemente, importantes setores da literatura têm tratado da questão penal indígena de forma mais apropriada, afastando-se de concepções preconceituosas, aproximando-se de resoluções do problema que adotam o erro de proibição como hipótese "normal" de exclusão da culpabilidade. Visto isso, cumpre salientar, por oportuno, que circunstâncias socioculturais influenciam no modo de compreensão da antijuridicidade da conduta, subtraindo do indivíduo, em diversas situações, a possibilidade de compreender e de conhecer essa contrariedade normativa.** Zaffaroni e Pierangeli assim tratam dessa questão: 'Não se pode exigir de todos o mesmo grau de compreensão da antijuridicidade. Há casos em que a exigência é maior do que em outros. Isto depende do esforço que o sujeito devesse fazer para compreender - internalizar -, a norma. Circunstâncias pessoais e sociais, ou mesmo uma combinação de ambas, nos revelarão o grau de esforço do sujeito, que estará sempre em relação inversa com a reprovabilidade: quanto maior for o esforço que o sujeito deva fazer para internalizar a norma, menor será a reprovabilidade de sua conduta, e vice-versa. **Por outro lado, no que se refere aos índios, vale ressaltar, também, que boa parte das suas atuações são resultado direto de manifestações culturais, avaliadas, muitas vezes, no âmbito das comunidades indígenas, como plenamente normais e, até mesmo, incentivadas.** (...) Mais uma vez, segundo o magistério de Zaffaroni e Pierangeli, no contexto da análise de situações de consciência dissidente, o erro de compreensão culturalmente condicionado pode ser assim explicado: ' De qualquer maneira, haverá casos de consciência dissidente em que apareça um verdadeiro erro de compreensão invencível e em tais hipóteses não haverá culpabilidade. Nesse sentido, serão particularmente relevantes os erros de compreensão culturalmente condicionados, isto é, quando o indivíduo tenha sido educado numa cultura diferente da nossa, e desde criança tenha internalizado as regras de conduta desta cultura, como no exemplo dos enterros clandestinos do indígena [...]. **Como regra geral, o erro de compreensão culturalmente condicionado será um erro de proibição invencível, que eliminará a culpabilidade da conduta, por mais que a consciência dissidente, em princípio, por si mesma, não seja uma causa de inculpabilidade. Trata-se de graus de exigibilidade da compreensão que, como acontece com toda a problemática da culpabilidade, traduzem-se em graus de reprovabilidade, nem sempre simples de valorar.**' (...) Resta claro, portanto, que o tratamento jurídico-penal dos povos indígenas não pode dar-se através da cláusula do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mas sim, em homenagem ao pluralismo e à diversidade cultural, pautar-se pela eventual incidência do erro de proibição, fundado no condicionamento cultural, justificado pela autonomia e diferença culturais da sociedade brasileira, que exclui, no caso, a possibilidade de conhecimento e de compreensão da antijuridicidade, e, por conseguinte, afasta a culpabilidade do fato. (...) (grifo nosso)

É possível afirmar que o critério da (in)imputabilidade ainda é o mais utilizado, hodiernamente, em decisões judiciais prolatadas (inclusive nos tribunais superiores). Todavia, sob o prisma do interculturalismo, ressalta-se que o critério do erro de comportamento culturalmente condicionado se apresenta como um parâmetro mais

adequado no tratamento jurídico-penal dos indígenas, pelos motivos acima expostos, de forma a lhes garantir o reconhecimento etnocultural.

4.2 A Convencionalização do Direito – a diretriz a ser adotada para suprir as lacunas da legislação infraconstitucional pátria

Segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), entende-se por tratado “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.” Destarte, o termo “Tratado” pode ser utilizado para designar de forma genérica os documentos internacionais, que podem, a depender de sua forma, do seu conteúdo, do seu objeto e do seu fim, possuir diferentes denominações. Nesse prisma, a doutrina entende que o termo “Convenção” é utilizado para referir-se a tratados que se baseiam em acordos multilaterais e que firmam normas de direito internacional.

Entende-se por **Convencionalização do Direito** o evento jurídico que denota relevância aos tratados e convenções internacionais perante a um ordenamento jurídico pátrio, de forma que as normas internas do país devam ser interpretadas em consonância com os preceitos erigidos nos diplomas internacionais. Nesse sentido, o art. 5º, §2º, da Constituição Federal dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.**” (BRASIL, 1988, grifo nosso)

No tocante à hierarquia dos tratados internacionais gerais comparados com as normas domésticas brasileiras, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 não possui nenhum dispositivo expresso que determine essa gradação. Subsidiado pelo art. 102, inciso III, alínea “b”, da CF/88, há, majoritariamente, um entendimento da doutrina de que os tratados internacionais (aqueles que não versem sobre direitos humanos) possuem a mesma hierarquia jurídica das leis federais.

Todavia, quando se fala em **tratados internacionais de direitos humanos**, há novos elementos que ampliam a discussão em torno do matiz que tais diplomas ocupam na pirâmide do ordenamento jurídico pátrio. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos têm a possibilidade de adquirir um novo quilate normativo, pois poderão ser equivalentes às

emendas constitucionais, consoante se verifica no art. 5º, §3º, da Lei Maior, inserido por intermédio da emenda supracitada: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988). Ocorre que os tratados de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004 eram aprovados por decreto legislativo, por maioria simples, e ratificados posteriormente pelo Presidente da República. Salieta-se que tal forma de internalização dos tratados de direitos humanos era análoga à forma de recepção dos demais tratados. Em virtude disso, surgiram intensos debates na doutrina, acerca da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos anteriores à emenda supramencionada, bem como daqueles que não sejam aprovados pelo quórum qualificado do art.5º, §3º, da CF/88. Tal impasse foi solvido com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário 466.343 – SP, que definiu que os tratados de direitos humanos aprovados, sem o quórum qualificado, possuem hierarquia superior às leis ordinárias, ou seja, possuem um quilate normativo supralegal. Dessa forma, a partir desse julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, os tratados que versem sobre direitos humanos, recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio, terão um status normativo supralegal ou constitucional.

Nessa senda, é importante ressaltar, ademais, que a doutrina atribui uma diferença na natureza jurídica aos tratados internacionais de direitos humanos. Em razão do art. 5º, §2º, da Constituição, suscita-se a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos já possuem o status de norma constitucional material. Serão considerados formalmente constitucionais aqueles incorporados na forma do art. 5º, §3º, da Constituição. Magalhães, Sozinho e Carvalho (2014, p. 277) trabalham essa concepção formal e material da constituição:

Partindo-se do pressuposto de que a materialidade dos direitos humanos sediados em tratados estaria garantida pela cláusula do § 2o do art. 5o, o aspecto da formalidade merece análise mais detida e, no caso, pode estar relacionado a, pelo menos, duas questões: 1) um aspecto textual ou 2) um aspecto estrutural. Na primeira questão, o status formal está ligado a um elemento de positividade em seu sentido mais primordial: o tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil não estaria positivado (posto) na Constituição; portanto, não faria parte da Carta Magna em qualquer sentido (daí a razão pela qual, equivalendo os tratados às emendas constitucionais, os primeiros passariam a estar positivados na Constituição). A segunda questão, por seu turno, é mais complexa e beira o paradoxal, na medida em que compreende que existem normas constitucionais

(materialmente constitucionais) que não fazem parte dos elementos estruturais da Constituição (formalmente constitucionais).

Dessa dicotomia, uma das principais consequências levantadas pelos doutrinadores reside no fato de que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pela sistemática do quórum qualificado não podem ser objeto do instituto da denúncia – que seria o procedimento por meio do qual, via decreto presidencial, um Estado, que havia outrora ratificado um tratado internacional, manifesta a sua intenção de não mais permanecer sujeito a esse determinado diploma.

No tocante ao Direito Indigenista, com enfoque em regras que disciplinem o tratamento jurídico-penal do índio, é sabido que a legislação infraconstitucional brasileira é omissa e obsoleta, em se falando do Código Penal e do Estatuto do Índio, respectivamente. Tais lacunas criam, na prática, insegurança jurídica para esses povos originários, se aferidas isoladamente e sem considerar as diretrizes do interculturalismo. Entretanto, existem diversos diplomas internacionais que podem e devem ser considerados na aferição da responsabilidade criminal do índio, pois contribuem para assentar os pilares da doutrina pluralista. Dentre os quais pode-se citar a Declaração da ONU sobre os direitos dos Povos Indígenas, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a **Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho**. Destaque para essa última que é considerada pela doutrina especializada a principal convenção internacional ratificada pelo Brasil, que trata de direitos desses povos originários.

A Convenção nº 169 da OIT foi adotada em 1989 na Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 143/2002, e ratificada pela Presidência da República, por meio do Decreto nº 5.051/2004 (atualmente consolidada pelo Decreto Presidencial nº 10.088/2019). Em sendo um diploma internacional, que trabalha questões alusivas aos direitos humanos e ratificada pelo Estado Brasileiro na forma supracitada, possui, portanto, um quilate normativo supralegal. Conquanto seja, originariamente, um diploma internacional, tal Convenção integra atualmente o ordenamento jurídico pátrio e deve, pois, sempre ser considerada pelos intérpretes do direito. Em sintonia com esse raciocínio, segue excerto de texto desenvolvido por Heemann (2017, p. 7):

Em virtude do seu caráter alográfico, o direito passa atualmente por um estágio de convencionalização, no qual se buscam interpretar as normas domésticas à luz dos tratados internacionais. No âmbito do Direito dos Povos Indígenas, o movimento de interpretação das normas domésticas com base nos tratados e nas convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro é ainda mais forte e visível, visto que a principal norma acerca da matéria no Brasil foi editada há mais de quarenta anos. Ora, é evidente que, com o passar do tempo, toda e qualquer legislação interna acaba se tornando obsoleta, devendo, por isso, ser atualizada pelo Poder Legislativo. Ocorre que, no âmbito do Direito dos Povos Indígenas, o legislador brasileiro parece não demonstrar interesse ou preocupação em corrigir as assimetrias e as lacunas ocasionadas pelo decurso de mais de quatro décadas da edição do Estatuto do Índio. Desse modo, não restou outra opção aos aplicadores do direito senão se valer dos tratados e das convenções de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, para corrigir as assimetrias causadas ao Direito dos Povos Indígenas pela inércia do legislador brasileiro.

Assim, considerando as lacunas na legislação doméstica brasileira no tratamento jurídico-penal do índio, é imperativo que os tratados e convenções internacionais que repercutam no direito indigenista ocupem o espaço necessário para materialização dos direitos desses povos. Faz-se mister que advogados, promotores e juízes se balizem mais nesses diplomas internacionais, no afã de suprir esse hiato jurídico. Movimento que, ressalta-se, ainda se desenvolve de forma tímida, ao se observar as decisões judiciais que discutem a responsabilização criminal dos índios.

Ao cotejar alguns dispositivos penais dispostos no Estatuto do Índio – Lei 6.001/73 e na Convenção nº 169 da OIT, pode-se observar dissonâncias. Sem exaurir o tema e a título de exemplificação, verifica-se que o art. 56 do Estatuto do Índio estabelece que “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**” (BRASIL, 1973, grifo nosso). É sabido que a definição dos graus de integração do indígena remete à doutrina assimilacionista, paradigma superado pela Carta Constitucional de 1988. Em contrapartida, o art. 10, 1. da Convenção nº 169 da OIT assim dispõe: “Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, **deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais**” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989, grifo nosso). É possível identificar nesse dispositivo convencional sintonia com a doutrina interculturalista. Conquanto o conteúdo de ambos apresente similitudes, é possível afirmar que cada um, em sua essência, apresenta características de doutrinas diferentes – integracionista e interculturalista, respectivamente. Tal exemplo demonstra nuances as quais o intérprete do direito deve, de fato, atentar-se.

Conforme citado alhures, existe no âmbito do Poder Judiciário a Resolução nº 287/2019, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, que normatiza procedimentos no tratamento das pessoas indígenas em seara criminal, sob a égide de tratados internacionais de direitos humanos. Espera-se que, em um cenário ideal, esse instrumento normativo contribua para a fixação de uma jurisprudência mais acurada na aferição da responsabilidade criminal do índio, pois descreve caminhos concretos que os juízes e tribunais devem trilhar, de forma a sedimentar a primazia do paradigma interculturalista.

Pode-se afirmar que o tratamento jurídico-penal da pessoa indígena no Brasil ainda não possibilita o seu reconhecimento etnocultural. A legislação infraconstitucional é obsoleta e omissa, e as inovações legislativas encontram-se estagnadas no Congresso Nacional, o que acarreta insegurança jurídica. No âmbito do judiciário, parte considerável dos juízes e tribunais ainda prolatam decisões fundamentadas em critérios que remetem à ultrapassada doutrina integracionista, sem considerar o caldo cultural diferenciado que envolve esses povos originários. **Embora valha salientar que, ainda que de forma tímida, há um movimento da doutrina especializada, com reflexo ainda não prevalecente no judiciário, que visa ao tratamento jurídico-penal do índio, em consonância com seu reconhecimento etnocultural.** A busca de critérios diferenciados no tratamento jurídico-penal da pessoa indígena é medida que se faz necessária para a garantia da alteridade desses povos e representa a solidificação da doutrina interculturalista. Não se trata, na prática, de instrumentalizar regras que afrouxem a responsabilização criminal do índio, quando da aplicação do erro culturalmente condicionado. Ora, se o indígena pratica uma conduta considerada ilícita perante a sociedade envolvente que se encontra dissonante, outrossim, do direito consuetudinário dessas comunidades, faz-se necessária a sanção, balizada pelos tratados e convenções internacionais de direitos humanos que repercutem no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, efetivar tal modelo significa, além disso, confluir o direito indigenista e o direito indígena.

5 CONCLUSÃO

Ao desenvolver este estudo, pôde-se perceber que o Brasil possui uma pluriétnicidade indígena, onde parte considerável desses povos interagem-se com a sociedade brasileira envolvente. Nessa relação, inexoravelmente, advêm repercussões na esfera jurídica que motivaram a análise do tratamento jurídico-penal dessas pessoas no direito pátrio.

Pode-se afirmar que o objetivo geral e os objetivos específicos delineados para este trabalho foram alcançados. É sabido que a Constituição Federal de 1988 consagrou o reconhecimento etnocultural da pessoa indígena, e tal preceito influencia na construção de certos conceitos atinentes ao Direito Indigenista. Assim, foi possível analisar a acepção de alguns termos indispensáveis à temática. Observou-se, por exemplo, que o termo “silvícola” possui uma conotação pejorativa, pois remete à ideia de selvagem. Embora ainda seja utilizado por parte da doutrina e encontrado em recentes decisões judiciais, para se referir ao indígena. Em virtude dessa dissonância com a nova ordem constitucional, este trabalho adotou os termos: “índio”, “indígena” e “povos originários”, uma vez que são palavras que possuem mais aceitação pelas comunidades indígenas, em geral, e indicadas pela doutrina especializada. Ademais, para o correto exame da responsabilização criminal do índio, fez-se necessário verificar o conceito do crime. Deu-se um enfoque no estudo dos elementos da culpabilidade – imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa –, uma vez que havia a necessidade de um melhor entendimento de tais elementos, de forma a propor o melhor critério a ser utilizado no tratamento jurídico-penal desses povos. Foi possível identificar, outrossim, que o Código Penal e o Estatuto do Índio não possuem uma higidez que garanta a segurança jurídica nos procedimentos que envolvam os índios. Tal ilação fundamenta-se no fato do Código Penal manter-se omissos no tocante à temática e o Estatuto do Índio carrear dispositivos discrepantes com o modelo vigente interculturalista. Nesse sentido, vislumbrou-se a importância da utilização dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, dentre os quais, a Convenção nº 169 da OIT, que foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Tal diploma internacional, que possui quilate normativo supralegal, não apenas pode, mas deve contribuir para suprir as lacunas supracitadas da legislação infraconstitucional doméstica. Somado a isso, atualizações legislativas se fazem necessárias.

Por meio de pesquisas em artigos e livros atinentes ao tema, corroboradas pela análise da jurisprudência pátria, desenvolveu-se o problema de pesquisa – “O tratamento jurídico-penal brasileiro vigente, aplicado à pessoa indígena, possibilita o seu reconhecimento etnocultural?” – Verificou-se que, de fato, a Constituição Federal de 1988 rompeu com a doutrina assimilacionista, que buscava integrar os índios, “progressiva e harmoniosamente à comunhão nacional”, e adotou a doutrina pluralista, no afã de reconhecer o Brasil como um país pluriétnico e intercultural. Todavia, confirma-se a hipótese, no tocante às lacunas presentes na legislação infraconstitucional pátria, que acarretam um tratamento jurídico-penal aos povos originários em dissonância com o reconhecimento etnocultural balizado pela nova ordem constitucional.

No tocante à resposta para o problema, o tratamento jurídico-penal brasileiro aplicado à pessoa indígena ainda não possibilita o seu reconhecimento etnocultural. Tal afirmação é sustentada pelo fato do critério da (in)imputabilidade ainda ser utilizado de forma preponderante por juízes e tribunais em casos que envolvam indígenas. Defende-se a impropriedade de tal parâmetro, pois a (in)imputabilidade do indígena é estribada na ideia de desenvolvimento mental incompleto desses povos, e a completude desse desenvolvimento é firmada com a incorporação dos valores inerentes à sociedade majoritária, em detrimento daqueles atinentes à cosmovisão indígena. Ou seja, de tal critério emana princípios da doutrina integracionista.

Em análise à proposta de adoção do erro de comportamento culturalmente condicionado, verificou-se que tal critério afigura-se como mais apropriado para a aferição da responsabilidade criminal da pessoa indígena, visto que a consideração do elemento cultural é um ponto fundamental nesse *standard*. Embora valha salientar que é um critério ainda pouco utilizado por juízes e tribunais brasileiros. Defende-se a sua adoção sem a necessidade de alteração legislativa, pois o erro de comportamento culturalmente condicionado configura uma espécie do erro estabelecido no Código Penal pátrio. Destarte, se o índio praticou uma conduta considerada ilícita, de acordo com as regras da sociedade envolvente, porém consonante com os valores inerentes à sua comunidade, não há que se falar em crime, amparado pela exculpante supracitada.

Nessa mesma linha de raciocínio, porém com a mudança de uma das variáveis, se o indígena pratica conduta ilícita perante a sociedade envolvente e dissonante dos valores de sua comunidade, deverá, de fato, haver sanção. No tocante

a essa possibilidade erigida, sugere-se uma pesquisa mais ampla, que examine outros aspectos do tratamento jurídico-penal da pessoa indígena. Nessa senda, uma vez constatado que há a necessidade de infligir uma pena em razão de uma transgressão praticada por um índio, há outros pontos a serem trabalhados, tais como a possibilidade de legitimação das sanções aplicadas pela própria comunidade indígena, ou até mesmo um exame acurado do procedimento adotado para o encarceramento de indígenas condenados ou presos no país. Foi possível identificar, outrossim, que, na análise dos elementos da culpabilidade e das suas excludentes, houve um enfoque no critério do erro de comportamento culturalmente condicionado, direcionando a presente pesquisa nessa direção, como solução para o problema. Sugere-se, assim, um exame mais aprofundado da exigibilidade de conduta diversa e sua consequente exculpante, com o desiderato de analisar cabalmente o tratamento jurídico-penal do índio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marco Antônio Delfino de. Diálogos entre antropologia e direito à luz dos laudos periciais. *In*: OLIVEIRA, João Pacheco de; MURA, Fábio; SILVA, Alexandra Barbosa da (org.). **Laudos antropológicos em perspectiva**. Brasília: ABA, 2015, p. 23 - 47.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei n. 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 dez. 1973. Seção 1, p. 13177.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus 79.530/PA. Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Condenação pelo crime do art. 213 do Código Penal. [...]. Relator: Min. Ilmar Galvão, 25 fev. 2000. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, n. 40, 25 fev. 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur105919/false>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 604898/MS. Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Tentativa de homicídio. [...]. Relator: Min. Felix Fischer, 1 dez. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2 dez. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=CLEDISON+LOPES+GON%C7ALVES&b=DTXT&p=true>. Acesso em: 26 set. 2021

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (7. Turma). Apelação Criminal 5003891-29.2014.4.04.7008/PR. Praticados por particular contra a administração em geral / Resistência (art. 329). Apelante: Ministério Público Federal, Valdenei da Silva. Apelado: Os mesmos. Relator: Danilo Pereira Júnior, 03 de março de 2015. **Lex**: jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Paraná. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7346253. Acesso em: 10 out. 2021.

CAMPOS, Francisco Luís da Silva. **Exposição de motivos do Código Penal de 1940**. Revista de Informação Legislativa / Out – Dez 1969. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 set. 2021.

CARVALHO, Isadora Chaves. A culpabilidade do indígena e o erro culturalmente condicionado. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5568, 29 set. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69164>. Acesso em: 8 out. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, Arts. 1º a 120. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 784 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 287/2019, de 25 de junho de 2019**. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Brasília: DJe/CNJ nº 131/2019, de 2/7/2019, p. 2-3. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>. Acesso em: 27 set. 2021.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. 23 de maio de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS. 27 de junho de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 22 ago. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral** (art.1º ao 120). Salvador: JusPODIVM, 2020. 720 p.

DORNELLES, Ederson Nadir Pires; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil: (in)visibilidade social e jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017. 155 p.

DOTTI, René Ariel. A situação jurídico-penal do indígena – Hipóteses de responsabilidade e de exclusão. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2010, p.49-79.

GENTIO. *In.*: **DICIO, Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/gentio/>. Acesso em: 22 ago. 2021

HEEMANN, Thimotie Aragon. **Por uma releitura do direito dos povos indígenas: Do integracionismo ao interculturalismo**. Revista de doutrina e jurisprudência, 53, Brasília, 109 (1), P. 1-14 / Jul – Dez 2017. Disponível em:

<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/164>. Acesso em: 29 ago. 2021.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, 4ª edição, vol. I, tomo II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1958, p. 336.

INTEGRACIONISMO. In.: **DICIO, Meu Dicionário.org**. Meu Dicionário, 2021. Disponível em: <https://www.meudicionario.org/integracionismo>. Acesso em: 30 ago. 2021

JESUS, Damásio de. **Direito penal vol.1**: 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 764 p.

KRENAK, Ailton. O eterno retorno do encontro. In: NOVAES, Adauto (org.). **A Outra Margem Do Ocidente**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.23-31.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O Índio Brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. 232 p. – (Coleção Educação para Todos; 12). Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/indio_brasileiro.pdf. Acesso em: 21 set. 2021

MAGALHÃES, Breno Baía; SOZINHO, Danilo Thales Martins; CARVALHO, Gleiciane Barroso. **Entre a forma e a matéria** – A distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 51 n. 201, P. 275 - 296 / jan. – mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p275.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

MAIA, Luciano Mariz. Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios. In: OLIVEIRA, João Pacheco de; MURA, Fábio; SILVA, Alexandra Barbosa da (org.). **Laudos antropológicos em perspectiva**. Brasília: ABA, 2015, p. 48 - 76.

MERCADANTE, Aloizio. **Projeto de Lei n ° 2057, de 1991**. Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas. Brasília: Câmara, 23 out. 1991. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>. Acesso em: 26 ago. 2021.

MOTA, Telmário. **Projeto de Lei do Senado n.º 169, de 2016**. Dispõe sobre o Estatuto dos Povos Indígenas. Brasília: Senado, 19 abr. 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125563>. Acesso em: 09 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas Sobre Direitos dos Povos Indígenas**. Nova Iorque: Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, 2007. Disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Indios/declaracao_universal_direitos_povos_indigenas.htm. Acesso em: 22 ago. 2021.

PAIVA, José Maria de. **Transmitindo cultura: a catequização dos índios do Brasil, 1549 – 1600**. Revista Diálogo Educacional – v.1 n.2 – p.1-170 – jul./dez.2000. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/dialogoeducacional/article/view/3469/3385>. Acesso em: 30 ago. 2021.

PASCHOAL, Janaína Conceição. O índio, a inimizabilidade e o preconceito. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2010, p.81-91.

PERU. Decreto Legislativo 635 de 1991. **Código Penal del Perú**. Disponível em: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL_atualizado_16-09-2018.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_atualizado_16-09-2018.pdf). Acesso em: 08 out. 2021.

PORTELA, Cristiane de Assis. **Para além do “caráter ou qualidade de indígena”: uma história do conceito de indigenismo no Brasil**. 2011. Tese (Doutorado em História) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/9795?mode=full>. Acesso em: 21 ago. 2021

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio – Tratamento Jurídico-Penal**. Curitiba: Juruá, 2010. 120 p.

WAGNER, Daize Fernanda. Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil: paradoxos insustentáveis. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.14, n.1, pág.123 – 147, jan.-abr. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/74844/71675>. Acesso em: 02 set. 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 766 p.