

**A AUTODETERMINAÇÃO COMO MECANISMO DE REALIZAÇÃO DOS  
DIREITOS CULTURAIS: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL DO  
INDÍGENA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO**

**SELF-DETERMINATION AS A MECHANISM FOR IMPLEMENTATION OF  
CULTURAL RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE INDIGENOUS CRIMINAL  
RESPONSIBILITY UNDER BRAZILIAN LAW**

*Priscilla Cardoso Rodrigues\**

*Maria Priscila Soares Berro\*\**

**RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo analisar a responsabilidade penal do indígena no direito brasileiro a fim de demonstrar que, apesar do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição de 1988 ter consolidado mandamentos constitucionais e infraconstitucionais de respeito à autodeterminação dos povos indígenas, garantindo-lhes a proteção de sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e territórios, em seu cotidiano perante o Direito, os indígenas continuam enfrentando a incompreensão e o descaso por parte dos Tribunais, especialmente quanto aos aspectos jurídico-antropológicos que envolvem a aplicação do Direito Penal às situações de indígenas que cometem atos tipificados como crimes, mesmo atuando em erro culturalmente condicionado. Para tanto, serão analisados aspectos da doutrina e da jurisprudência a fim de demonstrar que somente a superação de categorias jurídicas etnocêntricas, como a inimputabilidade e a incapacidade do indígena, permitirá a construção de um Estado verdadeiramente democrático e multicultural.

**PALAVRAS-CHAVE:** Povos Indígenas; Autodeterminação; Responsabilidade Penal

**ABSTRACT**

This article aims to analyze the indigenous criminal responsibility under Brazilian Law to demonstrate that, despite the Democratic State created by the Constitution of 1988 having consolidated constitutional and infraconstitutional commandments of respect for self-determination of indigenous peoples, securing rights to protect their social organization, mores, languages, beliefs, traditions and territories, in everyday life before the Law, the indigenous people continue to face incomprehension and indifference by the Courts, especially on the legal and anthropological aspects involving the application of criminal Law to situations of indigenous who commit acts punishable as crimes, although acting on error culturally conditioned. Aspects of doctrine and case law will be analyzed to demonstrate that

---

\* Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista. Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Roraima. Bolsista da CAPES - Proc. nº BEX 12005/13-4. [priscardoso@yahoo.com.br](mailto:priscardoso@yahoo.com.br).

\*\* Mestre e doutoranda em "Sistemas Constitucionais de Garantias de Direitos" - Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Professora do Departamento de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia/Campus Cacoal. [priscilaberro@yahoo.com.br](mailto:priscilaberro@yahoo.com.br).

only overcoming ethnocentric legal categories as criminal nonimputability and the legal incapacity of indigenous will allow the construction of a truly democratic and multicultural State.

**KEYWORDS:** Indigenous Peoples; Self-determination; Criminal Responsibility

## **Introdução**

Apesar do objetivo principal deste artigo ser a análise da responsabilidade penal do indígena no direito brasileiro, será fundamental, para a sua compreensão, buscarmos na construção do Estado brasileiro, os fundamentos ideológicos que marcaram o direito e a política indigenista desde a colonização até os dias atuais.

Conforme se verificará na primeira seção, o surgimento do Brasil como Estado foi brutalmente moldado pela ideologia nacional como forma de garantir sua unidade territorial, política, jurídica e econômica, em que pese a existência dos diferentes grupos étnicos então existentes.

Como corolário dessa ideologia, em relação aos povos indígenas impôs-se uma política assimilacionista, ou integracionista, cujo objetivo era a integração do indígena à comunhão nacional até que, pouco a pouco, não existissem mais índios no Brasil e o povo brasileiro fosse concebido como uma nação homogênea e uniforme.

Com base nessa política e em teorias antropológicas evolucionistas, conceitos jurídicos como aculturação, integração, tutela, incapacidade e inimputabilidade indígenas passaram a recheiar a legislação, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, mantendo-se até os dias atuais, a despeito das transformações paradigmáticas provocadas pela Constituição de 1988 e pela redemocratização do país.

Conforme se observará na segunda seção, a Constituição de 1988 impõe a adoção de um novo modelo de Estado, de direito, de sociedade e de política indigenista, em que não cabem mais conceitos etnocêntricos, monistas e autoritários, pois o novo paradigma impõe o reconhecimento da democracia, do pluralismo jurídico, do multiculturalismo e da autodeterminação dos povos indígenas, enquanto garantias reais para todo e qualquer cidadão brasileiro, como condição de existência do Estado e dos grupos culturalmente diferenciados nele existentes.

Entretanto, o novo tratamento constitucional não foi acompanhado com o mesmo entusiasmo pelos órgãos públicos responsáveis por traduzi-lo para a realidade dos povos indígenas, pois o que se observa na prática é que a Administração Pública e o Poder Judiciário continuam se debatendo em conceitos etnocêntricos, monistas e autoritários, como “aculturação”, “integração”, “inimputabilidade e incapacidade indígenas”, como forma de

negar direitos aos seus reais destinatários, como restará demonstrado através da análise da doutrina e jurisprudência majoritárias brasileiras ao longo da terceira seção.

Para tentar superar o preconceito mascarado que marca a relação dos Tribunais com os povos indígenas brasileiros, o presente artigo se propõe a analisar a questão da responsabilidade penal do indígena nas hipóteses em que este realiza condutas antijurídicas, mas sem consciência da sua ilicitude, por agir culturalmente condicionado.

Para tanto, serão apresentadas alternativas, buscadas principalmente na doutrina penalista latinoamericana, que possam permitir a convivência harmônica, no território brasileiro, de culturas e sistemas jurídicos autônomos, com respeito mútuo às suas identidades, pois somente dessa maneira será possível manter a unidade política e jurídica num Estado multicultural e com proporções continentais, como é o Estado brasileiro.

Importante esclarecer que o presente artigo não tem, em hipótese alguma, a pretensão ingênua de propor a pureza do indígena como o “bom selvagem”. Ao contrário, ao tentar demonstrar a superação da categoria da inimputabilidade como forma de exclusão da culpabilidade do indígena, o que se quer demonstrar é que ele é plenamente capaz, como qualquer outro ser humano e, por esse motivo, deve ser responsabilizado penalmente pelas condutas antijurídicas que eventualmente praticar, deixando de lado a tradição tutelar de tratá-lo como “incapaz” ou “doente mental”.

Entretanto, o que se deseja com a discussão que ora se coloca é a compreensão por parte da sociedade e, principalmente, dos operadores do Direito do verdadeiro significado de democracia, multiculturalismo e pluralismo jurídico, para que o Estado brasileiro realmente consiga se afirmar jurídica e politicamente como um Estado multicultural, pois desconsiderar as peculiaridades culturais do indígena e submetê-lo às regras e punições de um Direito Penal que ele desconhece ou não consegue reconhecer é condenar esses povos à perpetuação do massacre físico e cultural a que foram submetidos durante centenas de anos da história brasileira.

## **1. O “Estado-Nação” brasileiro e a política indigenista assimilacionista**

O Estado brasileiro foi construído sobre a base ideológica do Estado-Nação, tentando buscar na ideia de identidade cultural o sentimento de pertença necessário à sua consolidação como unidade política e territorial.

Numa tentativa desesperada de criar na sociedade brasileira em construção um comportamento nacional que permitisse a consolidação de um Estado territorialmente íntegro e sujeito a instituições políticas, jurídicas e econômicas comuns e uniformes, investiu

massivamente nas políticas de miscigenação e uniformização linguística e cultural de seu povo.

A despeito de coexistirem índios, negros e brancos sobre o mesmo território, com formas de ser e viver completamente distintas, as políticas assimilacionistas ou integracionistas, forjadas pelo evolucionismo antropológico de Morgan, Tylor e Frazer (CASTRO, 2009) foram utilizadas como instrumentos para a construção violenta de um sentimento de solidariedade nacional que pudesse abarcar a nova concepção de Estado que se impunha: “iniciava-se a construção do mito das três raças, ‘a mistura como destino e fator de unidade nacional’ ” (PACHECO DE OLIVEIRA apud PACHECO DE OLIVEIRA; FREIRE, 2006. p. 96).

E, dessa maneira, nascia o Estado brasileiro, com um povo miscigenado e unificado linguisticamente, sob a tutela de um mesmo Direito e mantendo a sua integridade territorial com unidade política, jurídica e cultural através da repressão, tanto violenta quanto sutil, das mais profundas diferenças étnicas e culturais dos seus cidadãos.

E da mesma forma brutal, portanto, nascia também o “povo-nação” brasileiro tão festejado por Darcy Ribeiro:

Mais que uma simples etnia, porém, o Brasil é uma etnia nacional, um povo-nação, assentado num território próprio e enquadrado dentro de um mesmo Estado para nele viver seu destino. Ao contrário da Espanha, na Europa, ou da Guatemala, na América, por exemplo, que são sociedades multiétnicas regidas por Estados unitários e, por isso mesmo, dilaceradas por conflitos interétnicos, os brasileiros se integram em uma única etnia nacional, constituindo assim um só povo incorporado em uma nação unificada, num Estado uni-étnico. A única exceção são as múltiplas microetnias tribais, tão imponderáveis que sua existência não afeta o destino nacional. (1995, p. 22)

O que, entretanto, parece ter passado despercebido é que a construção efetiva de uma nação e de uma consciência nacional exige, além de instituições políticas, jurídicas e econômicas comuns e uniformes, uma predisposição dos indivíduos e culturas em realmente aceitá-las como comuns, pois como ensinou Lindsay, o Estado-Nação é aquele em que a “lealdade política passou a depender do sentimento de seus habitantes entre si, e não do sentimento que pudessem ter para com o seu rei. [...] o senso de nacionalidade, ou de vida em comum, veio em grande parte da longa experiência de instituições políticas comuns, *voluntariamente aceitas*.” (1964, p. 117) (grifos nossos).

Apesar disso, o que se impôs como realidade para a sociedade brasileira foi a política indigenista assimilacionista adotada pelos diversos governos e modelos de Estado, desde o período colonial até à Constituição de 1988, como única forma de “salvar” os povos indígenas

de sua condição de “selvagem”, “bárbaro”, “atrasado” e fazê-los despertar para o mundo “civilizado”, a fim de que lhes fosse garantida a “extrema felicidade de poder ingressar na sociedade que os envolve, oprime, rouba suas terras e mata” (SOUZA FILHO, 2009, p. 158).

Na realidade, pode-se dizer que até hoje, mesmo com a superação da política assimilacionista pelo advento da Constituição de 1988, da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, o direito brasileiro ainda é assombrado por conceitos jurídicos de cunho evolucionista advindos do período colonial – tais como “regime tutelar indígena”, “integração”, “aculturação”, etc. - graças à permanência do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) no nosso ordenamento jurídico.

Elaborado em plena ditadura militar e arraigado nas mais profundas bases políticas, jurídicas e teóricas do regime tutelar e integracionista que marcaram todo o direito indigenista brasileiro até então, o Estatuto do Índio, logo em seu artigo 1º, torna inquestionáveis os objetivos de sua criação: “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.” (grifos nossos)

A intenção, desde a fase colonial da política assimilacionista chegando ao auge em sua fase militar, era de que, pouco a pouco, não existissem mais indígenas no Brasil e, conseqüentemente, o direito brasileiro não tivesse mais que se envergonhar de ainda ser um “país infestado de gentio”<sup>1</sup>.

Com base nessa política e ideologicamente fundando-se nas já mencionadas teorias antropológicas evolucionistas, o Estatuto do Índio concebia a condição de indígena como transitória já que o contato com a cultura civilizada o transformaria gradativamente ou, melhor ainda, “progressiva e harmoniosamente” também em cidadão civilizado, com os mesmos direitos e deveres que os demais cidadãos brasileiros, até que não lhe seria mais necessário dedicar uma legislação específica.

É com esse objetivo que o seu artigo 4º classificava os indígenas como isolados, em vias de integração e integrados, de acordo com seu grau de integração à sociedade, pois dessa maneira poderia determinar as conseqüências jurídicas diretas do processo evolutivo civilizatório dos índios brasileiros, com a respectiva abrangência dos direitos protetivos nele previstos. Nesse sentido, seria garantido, por exemplo, apenas aos índios isolados e em vias

---

<sup>1</sup> Expressão utilizada por Nelson Hungria (1978, p. 337) para justificar a “vergonha” da lei penal brasileira em manifestar a existência de índios no Brasil, motivo pelo qual o Código Penal se omitiu sobre a responsabilidade penal do indígena.

de integração o *regime tutelar*<sup>2</sup> nas relações cíveis e o *tratamento penal diferenciado*<sup>3</sup> nos casos de condenação por infração penal.

Entretanto, apesar da tentativa ideológica de convencer que a integração progressiva e harmoniosa do índio à comunhão nacional era uma forma de retirá-lo das “trevas” que sua condição de “selvagem” lhe impunham, alçando-lhe à condição de cidadão civilizado, o que o Estatuto do Índio fazia era retirar-lhe o direito de continuar sendo indígena, como se o “contato” com a cultura “civilizada” fosse uma “pena de morte” para a sua identidade cultural.

Entretanto, ser “branco” ou “civilizado” não é e nunca foi o sonho do indígena, assim como a assimilação nunca o transformou em cidadão brasileiro, pois o índio integrado deixava de ser considerado índio para fins de proteção legal, mas também não adquiria o *status* de “branco” necessário para o acesso à cidadania plena.

Ser índio integrado significava, e ainda hoje significa, ser o “caboclo” pobre, sem acesso a terra, saúde, educação e trabalho dignos. “A integração passou a ser o discurso culto dos textos e das leis, enquanto na prática, a cordialidade de integração se transformava na crueldade da discriminação” (SOUZA FILHO, 2009, p. 63).

O único sonho do indígena é, e sempre foi, ter o direito de permanecer índio, independentemente do local em que resida, da roupa que vista ou da língua que fale. É por esse motivo que, a despeito de mais de 500 anos de imposição da ideologia oficial assimilacionista contra apenas pouco mais de 25 anos de árdua tentativa de uma existência política multicultural, ainda hoje existem no território brasileiro aproximadamente 241 povos indígenas falantes de mais de 150 línguas diferentes que, juntos, somam cerca de 896.817 pessoas, das quais 324.834 vivem em cidades e 572.083 vivem em áreas rurais, a maior parte delas distribuídas em 690 terras indígenas demarcadas de norte a sul do país, o que corresponde a 0,47% da população total do Brasil<sup>4</sup>.

Muitos desses povos, comunidades, línguas e terras indígenas já haviam desaparecido, eram ignorados ou considerados extintos e ressurgiram nesses últimos 25 anos como frutos de uma nova democracia, ainda em construção, cujo marco legal pode ser identificado, na esfera nacional, na Constituição Federal brasileira de 1988 e, na esfera internacional, na Convenção

---

<sup>2</sup> O regime tutelar implica a assistência e a tutela indígena e encontra-se regulamentado nos artigos 7º a 11do Estatuto do Índio.

<sup>3</sup> O tratamento penal diferenciado se refere à atenuação da pena, em caso de condenação por infração penal, bem como à aplicação do regime especial de semiliberdade nos casos de condenação às penas de reclusão e detenção, ambos previstos no artigo 56 do Estatuto do Índio.

<sup>4</sup> Dados fornecidos pelo Instituto Socioambiental – ISA e que podem ser consultados com mais detalhes em seu *site* oficial: <http://pib.socioambiental.org/pt>.

nº 169 da OIT (1989) e na Declaração das ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) que demonstraram, pelo menos no âmbito do Direito, o que Lindsay já havia ensinado no âmbito da teoria política, que “a condição de nação é a consciência comum que os cidadãos do Estado sentem em grande parte graças aos ideais democráticos que permeiam sua sociedade.” (1964, p. 120-121)

## **2. A autodeterminação dos povos indígenas no direito brasileiro: fundamentos para a construção de um Estado Multicultural**

Com o fim da ditadura militar, manter a ficção de um Estado homogeneizado por uma nação miscigenada demonstrou-se incompatível com a ideia do Brasil multicultural que marcou a luta dos movimentos sociais – dentre eles, os movimentos indígenas, de quilombolas, seringueiros, ribeirinhos, etc. – pela redemocratização do país em meados da década de 1980.

Como corolário dessa luta, a Constituição de 1988 representou a definitiva ruptura com a política indigenista assimilacionista e com a pretensa unidade cultural do Estado-Nação até então predominantes ao reconhecer a pluralidade étnica dos “grupos formadores da sociedade brasileira” (artigo 216, *caput*, da CF/88), assegurando-lhes o direito de manter sua identidade cultural, ação e memória.

É dessa maneira que o antigo Estado-Nação foi, então, substituído pelo atual Estado Multicultural, que assume o dever de “proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (artigo 215, § 1º da CF/88).

A Constituição de 1988 reconhece, assim, que, além dos diferentes povos indígenas, o povo brasileiro é composto por afrodescendentes, quilombolas, populações tradicionais, brancos, entre outros grupos étnicos, todos eles constitucionalmente reconhecidos como partes integrantes da nação brasileira, agora sim construída de forma democrática, nos termos anteriormente descritos por Lindsay (1964).

No novo Brasil multicultural, esses grupos passam a ser reconhecidos como autônomos, sendo-lhes assegurado o direito de manter sua cultura protegida, sem qualquer interferência por parte do Estado, situação que é enfatizada pela Constituição, no caso dos povos indígenas, em seu artigo 231, quando torna irretirável sua nova política de autodeterminação ao reconhecer “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Com esses termos, o artigo 231 expurga a política indigenista assimilacionista e integracionista do direito brasileiro, sendo essa mudança de paradigma acompanhada pelo mesmo movimento emancipatório na esfera do direito internacional dos direitos humanos, como comprova a adoção da Convenção nº 169 da OIT pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 27 de junho de 1989, pouco tempo depois de promulgada a Constituição Federal brasileira, em substituição à Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957, que anteriormente também preconizava uma política indigenista assimilacionista e integracionista.

Apesar de apresentada pelo Poder Executivo brasileiro ao Congresso Nacional para ratificação em 1991, foram necessários quase dez anos de debates até que o Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, aprovasse o texto adotado em Genebra, sendo seu decreto de execução sido promulgado somente aos 19 de abril de 2004 (Decreto nº 5.051/2004).

Apesar das infundáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a hierárquica normativa dos tratados internacionais de direitos humanos<sup>5</sup>, como é o caso da Convenção nº 169 da OIT, duas teses parecem ter permanecido como predominantes - a da constitucionalidade<sup>6</sup> e a da supralegalidade<sup>7</sup> desses tratados - e em ambas as hipóteses, a

---

<sup>5</sup> Conforme ensina Flávia Piovesan, pode-se dizer que, atualmente, destacam-se quatro teses principais sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos: a) a que defende a sua hierarquia supraconstitucional; b) a que defende a sua hierarquia constitucional; c) a que defende a sua hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e d) a que defende a paridade hierárquica entre esses tratados e a lei federal quando não tiverem se submetido ao processo legislativo prescrito no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (“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.”). Para um estudo mais aprofundado sobre essas teses (ou “correntes interpretativas”, como prefere denominar a autora), ver PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>6</sup> Como defensores do caráter de constitucionalidade dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos na doutrina brasileira, mesmo daqueles ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu o § 3º no art. 5º da Constituição e que, portanto, não se submeteram ao *quorum* qualificado de três quintos por ele exigido, como é o caso da Convenção nº 169 da OIT, podem ser citados, dentre outros autores, Flavia Piovesan, Antonio Augusto Cançado Trindade e Valerio de Oliveira Mazzuoli.

Para Flavia Piovesan, é o § 2º do artigo 5º da Constituição de 1988 que, ao estabelecer 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” define a interação entre o direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos, pois, ao incluir os direitos enunciados nesses tratados entre os direitos constitucionalmente protegidos, atribui-lhes uma hierarquia de norma constitucional. Para a autora, “Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Essa conclusão decorre também do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional — abertura que resulta na ampliação do ‘bloco de constitucionalidade’, que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. Adicione-se ainda o fato das Constituições latino-americanas recentes conferirem aos tratados de direitos humanos um *status* jurídico especial e diferenciado, destacando-se,

política de autodeterminação proposta pela Convenção, e enfatizada pela Constituição, tem o poder de revogar, por completa incompatibilidade, qualquer traço de política assimilacionista que tenha restado na legislação infraconstitucional brasileira, nos exatos termos delineados pelo Ministro Gilmar Mendes em emblemática decisão sobre a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos:

Portanto, **diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos**, não é difícil entender que **a sua internalização no ordenamento jurídico**, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, **tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante**. (grifos no original) (STF. RE 466.343-1/SP. Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. j. 03.12.2008. DJe 05.06.2009, p. 1233)

Nesse sentido, a Convenção nº 169 da OIT, já em seu Preâmbulo, deixa clara sua política de autodeterminação ao reconhecer as aspirações dos povos indígenas “a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”, sendo esta uma condição para o exercício de seus direitos humanos, uma vez que

---

neste sentido, a Constituição da Argentina que, em seu art. 75, § 22, eleva os principais tratados de direitos humanos à hierarquia de norma constitucional.” (PIOVESAN, 2014).

Citando o mesmo o § 2º do artigo 5º da Constituição de 1988, Cançado Trindade também defende a tese da constitucionalidade ao afirmar que “por meio deste dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso facto* ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter ‘aplicação imediata’ (artigo 5(1)), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente. [...] Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional.” (CANÇADO TRINDADE, 2014).

No mesmo viés, ao tratar da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, Valerio de Oliveira Mazzuoli entende que, “sem embargo do entendimento da Suprema Corte nessa matéria, ficou estabelecido que, quando a Carta da República incorpora em seu texto direitos fundamentais provenientes de tratados, está ela própria atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, ‘a natureza de norma constitucional’, passando tais direitos a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, estando amparados inclusive pelas chamadas *cláusulas pétreas* (CF, art. 60, § 4º, IV).”(grifos do autor) (MAZZUOLI, 2000, p. 196)

<sup>7</sup> O caráter infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos não aprovados com o *quorum* qualificado previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal é tese atualmente defendida pelo Supremo Tribunal Federal, após decisão sobre a aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos aos casos de prisão civil do depositário infiel, nos autos do RE 466.343-SP, desenvolvida em tese vencedora do Ministro Gilmar Mendes, na qual se decidiu que, ante a supremacia da Constituição, que prevê referida prisão civil, está não fica revogada, mas deixa de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante daqueles tratados em relação à legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. De acordo com o ministro, “o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.” (grifo no original) (STF. RE 466.343-1/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. j. 03.12.2008. DJe 05.06.2009, p. 1191)

“em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente”.

A autodeterminação dos povos indígenas significa, portanto, o reconhecimento e o respeito à existência de formas diversas de ser, viver e ver o mundo, mas, principalmente e para os fins que interessam ao presente artigo, o reconhecimento de que cada povo, e muitas vezes até cada comunidade indígena, possui um sistema jurídico próprio, com normas de conduta social, na maior parte dos casos não escritas e que não se confundem com o direito estatal, que regem sua organização social, familiar, econômica e territorial, suas relações de trabalho, o exercício do poder e das funções sociais, a solução de conflitos e aplicação de sanções, etc.

Assim, ao reconhecer aos índios sua organização social, costumes e tradições, o artigo 231 da Constituição Federal reconheceu a existência e admitiu a executoriedade de sistemas jurídicos indígenas, aceitando, com isso, o pluralismo jurídico, sem que isso representasse perda de soberania estatal.

Ao contrário, o pluralismo jurídico permite resolver a complexidade das relações jurídicas num Estado multicultural, garantindo, em situações culturais específicas, a aplicação das normas dos respectivos sistemas jurídicos muitas vezes até em detrimento do próprio direito estatal.

Mas, antes mesmo da Constituição de 1988, o artigo 6º do Estatuto do Índio já reconhecia a aplicação dos sistemas jurídicos indígenas nas relações de família, sucessão, propriedade e nos atos e negócios realizados entre os índios, salvo naquelas situações em que estes optassem pela aplicação do direito comum. Já quando se tratassem de relações entre indígenas e não indígenas, a regra prevista era a da aplicação do direito comum, a não ser quando este lhes trouxesse prejuízo (parágrafo único do artigo 6º).

Da mesma maneira, a Convenção nº 169 da OIT também reconhece os sistemas jurídicos indígenas quando estabelece, em seu artigo 8.1 que, “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados em consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”.

Por outro lado, o reconhecimento da autodeterminação dos povos indígenas não lhes retira a condição de cidadãos brasileiros, situação que lhes é garantida pela Constituição como um direito fundamental inafastável, ao estabelecer, em seu artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Por isso, sempre que os povos indígenas desejarem, seja por falta de coercibilidade de suas decisões perante a comunidade seja por entender mais justo o direito estatal em determinada situação, poderão também optar por levar seus litígios à apreciação do sistema jurídico e do aparato judicial estatais.

É nesse sentido que o artigo 2.2.a da Convenção nº 169 da OIT estabelece que deve ser assegurado aos povos indígenas “o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população”.

O mesmo já era preconizado pelo Estatuto do Índio ao definir que “aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei” (parágrafo único do artigo 1º).

Especificamente em relação ao sistema jurídico penal, apesar de existir certo consenso jurídico sobre o “caráter monopólico do poder coativo do Estado” (WEBER, 2000, p. 35) que lhe atribuiria a titularidade “exclusiva”<sup>8</sup> do *jus puniendi*, demonstra-se inquestionável que “a jurisdição penal parece existir também *fora*<sup>9</sup> do Estado” (grifo do autor) (CAEIRO, 2010, p. 50).

---

<sup>8</sup> Cezar Roberto Bitencourt define o *jus puniendi* como manifestação do poder de império estatal, constituindo-se como uma espécie de direito penal subjetivo. Nesse sentido, para o autor “o *Direito Penal subjetivo* emerge do bojo do próprio Direito Penal objetivo, constituindo-se no direito a castigar ou *ius puniendi*, cuja titularidade exclusiva pertence ao Estado, soberanamente, como manifestação do seu *poder de império*.” (grifos do autor) (2012, p. 39)

Já para Fernando da Costa Tourinho Filho, na realidade, o *jus puniendi* pertence à sociedade, principal vítima dos delitos, que, entretanto, por ser uma entidade abstrata, transfere tal poder ao Estado para que este possa atuar por meio de seus órgãos competentes, o qual assume, assim, a sua titularidade exclusiva e soberana. Nesse sentido, alega o autor: “Porque os bens tutelados pelas normas penais são eminentemente públicos, eminentemente sociais, o *jus puniendi*, o direito de punir os infratores, o direito de poder impor a *sanctio juris* àqueles que descumprirem o mandamento proibitivo que se contem na lei penal, corresponde à sociedade. Ninguém desconhece que a prática de infrações penais transtorna a ordem publica, e a sociedade é a principal vítima e, por isso mesmo, tem o direito de prevenir e reprimir aqueles atos que são lesivos à sua existência e conservação.

[...] Como a sociedade, assim entendida, é uma entidade abstrata, a função que lhe cabe, de reprimir as infrações penais, permanece em mãos do Estado, que a realiza por meio dos seus órgãos competentes.

O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características da sua soberania.” (2010, p. 28-29)

Da mesma maneira, Antonio García-Pablos de Molina não reconhece qualquer titularidade do *jus puniendi*, nos dias atuais, que não seja exclusivamente do Estado: “*En tiempos ya superados, em la ‘fase privatística’ una serie de instituciones fueron titulares del mismo. Pero en nuestros días, difícilmente puede demostrarse que el ius puniendi tenga un titular distinto del Estado, o, incluso, que este lo comparta com otros poderes o instituciones.*” (2000, p. 314-315)

<sup>9</sup> Ao tratar da jurisdição penal “fora” do Estado, o autor se refere tanto à “jurisdição” exercida por comunidades culturalmente diferenciadas, que mantêm estruturas judiciais próprias e aplicam um direito penal autônomo mesmo quando submetidas a uma autoridade suprema, quanto a organismos internacionais que se atribuem poderes de jurisdição em matéria penal sobre os Estados. O primeiro caso seria o aplicável aos povos indígenas brasileiros, apesar do autor a eles não se referir, citando apenas as comunidades moçárabes e as comunas hebraicas e mudejáres residentes na Península Ibérica, além dos indígenas dos Estados Unidos da América. E o segundo caso seria o que se refere à atuação de organismos internacionais, como a União Europeia e a

É nesse sentido que, antes mesmo da adoção da política indigenista de reconhecimento da autodeterminação dos povos indígenas, o Estatuto do Índio, em seu artigo 57 já reconhecia a existência e admitia a aplicação do sistema jurídico-penal indígena, com suas instituições, normas e sanções, nos seguintes termos: “Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.”

Isso quer dizer que os povos indígenas, nas suas relações interindividuais e intergrupais no interior de suas comunidades, podem aplicar suas normas próprias para a definição das condutas que entendam ser reprováveis, definir as sanções para as hipóteses de realização dessas condutas e criar mecanismos para a execução dessas sanções, sem a interferência do Estado e de suas respectivas instituições.

No mesmo sentido, a Convenção nº 169 da OIT, em seu artigo 9.1, entende que,

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

Entretanto, a ressalva feita tanto pelo artigo 57 do Estatuto do Índio (“desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”) quanto pelo artigo 9.1 da Convenção nº 169 (“na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”) vem intrigando os defensores do princípio da autodeterminação que, indignados e com toda razão, defendem que os sistemas jurídicos indígenas “são conjuntos lógicos que não podem ser mutilados ou aplicados nessas ou naquelas circunstâncias” (LOBO apud VILLARES, 2009, p.27).

Ou um Estado é multicultural e reconhece a autodeterminação dos povos indígenas, com as suas especificidades culturais, ou o Estado é monista e impõe um sistema jurídico penal único sobre todo o território nacional, em desrespeito à diversidade cultural de cada grupo étnico que nele habita.

A autodeterminação não pode ser relativizada sob o risco de retrocesso ao etnocentrismo do evolucionismo antropológico, pois a imposição universalizante da concepção ocidental de direitos humanos sem um diálogo intercultural entre os povos seria

como “um caminho de volta as práticas quinhentistas de alguns segmentos da Igreja Católica, quando do processo de evangelização dos índios pela Companhia de Jesus” (CIRINO, 2013, p. 329)

Há determinadas condutas que o Direito Penal tipifica como crime que não são consideradas reprováveis para determinados povos indígenas, sendo, ao contrário, comportamentos socialmente exigidos, como ocorre nos casos de “interdito de vida de neonatos”<sup>10</sup> entre os povos Yanomami ou Suruwaha, equivocadamente considerado como crime de infanticídio<sup>11</sup> por alguns juristas, como ensina o antropólogo Carlos Cirino,

Pensando a sociedade Yanomami e pensando ainda o seu direito consuetudinário, promover o interdito de vida do neonato sob as circunstâncias já aludidas e punir aquela que cometeu o adultério é uma norma não incriminadora nesta sociedade.

Essas condutas não são socialmente danosas à vida na sociedade Yanomami, não afeta a estabilidade do grupo, portanto não podemos falar de crime. (2013, p. 335)

Em outras situações, podem existir condutas que são tipificadas como crimes pelo Direito Penal e que também são consideradas reprováveis por determinado povo indígena, entretanto, a sanção que seu sistema jurídico lhe impõe é diversa. Por exemplo, penas como as de encarceramento não fazem muito sentido para o indígena, que costuma praticar punições como trabalhos forçados em prol da vítima, banimento, ostracismo, castigos corporais ou até mesmo a morte do agressor ou de seus parentes (RAMOS, 1995), as quais, por sua vez, são inaceitáveis pelo Direito Penal e pelos Direitos Humanos.

O importante é a compreensão de que os sistemas jurídicos indígenas e o Direito Penal estão inseridos em “mundos” diversos, com cosmologias próprias e que, por esse motivo, não

---

<sup>10</sup> Expressão utilizada por Carlos Alberto Marinho Cirino para denominar a prática cultural do infanticídio realizada entre alguns povos indígenas em situações, tais como: quando nascem crianças com defeito ou gêmeos; quando a mulher engravida desrespeitando o intervalo de três a quatro anos entre uma gestação e outra; dentre outras. Para uma melhor compreensão da matéria, ver CIRINO, Carlos Alberto Marinho. *Criminalização de práticas culturais indígenas: o caso Yanomami*. In Krekeler, Birgit et al (Hrsg.) **Para quê serve o conhecimento se eu não posso dividi-lo? / Was nützt alles wissen, wenn man es nicht teilen kann?** *Gedenkschrift für Erwin Heinrich Frank*. Berlin: Ibero-Amerikanischen Institut Preußischer Kulturbesitz / Gebr. Mann Verlag, 2013. p. 313-339.

<sup>11</sup> O crime de infanticídio está tipificado no nosso ordenamento jurídico no artigo 123 do Código Penal que o descreve como o ato de “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”. Por esse motivo, como os casos de infanticídio entre os povos indígenas ocorrem por razões de ordem cultural, como as acima exemplificadas, e não devido ao estado puerperal da mãe, falta a tipicidade necessária à caracterização de tais condutas como crime de infanticídio. Como argumentou Carlos Cirino, “As circunstâncias que levam o interdito acima aludido decorrem de crenças milenares de determinados povos, assim como formas tradicionais de controle relacionadas à própria necessidade de reprodução da vida. A lógica dessas sociedades é outra e não se pode criminalizá-los tendo como suporte uma interpretação normativa extremamente jurídica.” (2013, p. 335)

podem ser julgados por quem não esteja neles inseridos e/ou não tenha capacidade de compreendê-los em sua totalidade.

Por isso a necessidade de que um Estado multicultural disponha de um direito multicultural e de um poder judiciário multidisciplinar, que possa buscar nos laudos antropológicos subsídios necessários à compreensão da diversidade cultural de seus povos, pois desse aparato dependerá a própria existência física e cultural dos grupos étnicos culturalmente diferenciados que nele se encontrem.

### **3. Inimputabilidade ou erro de proibição?: o dilema doutrinário e jurisprudencial sobre a responsabilidade penal do indígena**

#### **3.1 A inadequação do critério de inimputabilidade como causa de exclusão da culpabilidade do indígena**

Questão que sempre incomodou os juristas em relação aos direitos dos povos indígenas é a de sua responsabilidade penal, ou seja, se o indígena responde ou não pelas condutas contrárias às normas penais que eventualmente comete e de que maneira(s).

O grande problema que se coloca perante a matéria é que nem na atual legislação penal em vigor, nem em nenhum dos Códigos Penais brasileiros anteriores, houve qualquer menção específica sobre a responsabilidade penal do indígena, a não ser na Consolidação das Leis Penais de 1932 que equiparava os “índios nômades, arranchados ou aldeados e os que tenham menos de cinco anos de estabelecimento em povoação indígena”<sup>12</sup> aos menores, para fins de responsabilidade penal.

Para Carlos Frederico Marés de Souza Filho, a falta de tratamento específico da responsabilidade penal do indígena, especialmente no Código Penal de 1940, foi ardilosa e deliberadamente proposta pela Comissão elaboradora do Código<sup>13</sup> que, ao determinar, no antigo artigo 22, ser “isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento

---

<sup>12</sup> Artigo citado na íntegra por PIERANGELLI (apud VILLARES, 2009, p. 297), nos seguintes termos:

“Capítulo VII – Dos crimes contra os índios e dos crimes por eles praticados

Art. 206. São equiparados aos menores de que trata o art. 30 os índios nômades, arranchados ou aldeados e os que tenham menos de cinco anos de estabelecimento em povoação indígena.”

<sup>13</sup> Para demonstrar sua afirmação, Marés cita um trecho da fala do ministro Francisco Campos na Exposição de Motivos do Código Penal, que faz parte integrante desta lei, e que passo a reproduzir: “*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 incompleto ou retardado, e devendo-se entender como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênicas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava a alusão expressa aos surdos-mudos e aos silvícolas inadaptados.*” (grifos no original) (Código Penal Brasileiro apud SOUZA FILHO, 2009. p. 110).

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 entendimento”, entendeu que a expressão “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” incluiria também os “surdos-mudos” e os “silvícolas inadaptados”, dispensando, portanto, a alusão expressa à responsabilidade penal do indígena (2009, p. 109-111).

Como afirmou o penalista Nelson Hungria, “a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os *silvícolas*, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio” (grifo do autor) (1978, p. 337), demonstrando, assim, o preconceito velado que marca a relação do direito brasileiro com os povos indígenas até os dias de hoje, conforme se demonstrará ao longo dessa seção.

Mesmo a reforma promovida na parte geral do Código Penal pela Lei 7.209/84 também preferiu se omitir em relação à responsabilidade penal do indígena.

A falta de normatização da responsabilidade penal do indígena, na realidade, traduzia a política assimilacionista da época, cujo objetivo, conforme já discutido anteriormente, era, realmente, acabar com a existência indígena no Brasil que, graças ao contato com a civilização, se integraria à comunhão nacional, passando, então, a fazer parte do grande “povo-nação” brasileiro.

Essa omissão da legislação penal sobre a matéria somada ao tratamento historicamente despendido pela legislação civil brasileira - que ora lhe atribuía a capacidade civil do menor, sujeitando-lhe à tutela orfanológica, ora lhe atribuía a capacidade civil do relativamente incapaz, sujeitando-lhe ao regime tutelar de direito público<sup>14</sup> - geraram enorme confusão no tocante ao tratamento da responsabilidade penal do indígena, que ainda hoje pode ser observada na jurisprudência e na doutrina penalista brasileira.

É nesse sentido que, da mesma maneira que Nelson Hungria, em 1948, em seu “Comentários ao Código Penal”, escrito em parceria com Heleno Cláudio Frago, entendia que o critério biopsicológico de inimizabilidade deveria ser aplicado aos “silvícolas” para afastar sua responsabilidade penal, por não haver dúvidas que “entre os deficientes mentais é de se incluir também o *homo sylvester*, inteiramente desprovido das aquisições éticas do

---

<sup>14</sup> Para um maior aprofundamento sobre o regime tutelar indígena que vigorou até a Constituição de 1988, ver SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 6 reimp. Curitiba: Juruá, 2009; VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009; LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). **Estado e povos indígenas no Brasil: bases para uma nova política indigenista II**. Rio de Janeiro: Contra Capa /LACED, 2002; LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). **Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Laced, 2002.

civilizado *homo medius* que a lei declara responsável” (1978, p. 336), penalistas contemporâneos, como Cezar Roberto Bitencourt, continuam utilizando o mesmo critério, afirmando que os indígenas,

em virtude de sua peculiar condição pessoal, podem sofrer os mesmos efeitos psicológicos que são produzidos pelo *desenvolvimento mental incompleto ou retardado*. Nessa hipótese, a psicopatologia forense determinará, em cada caso concreto, se a alteração na percepção sensorial da realidade provocada pela surdez, e se a *falta de adaptação social dos silvícolas* conduz à incapacidade referida pela lei. [...] é necessário averiguar se os silvícolas passaram pelo processo de aculturação. (grifos do autor) (2012, p. 538)

Da mesma maneira, Fernando Capez entende enquadrar-se o indígena na situação de desenvolvimento mental incompleto:

**Desenvolvimento mental incompleto:** é o desenvolvimento que ainda não se concluiu, devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade, ocasionando imaturidade mental e emocional. No entanto, com a evolução da idade ou o incremento das relações sociais, a tendência é a de ser atingida a plena potencialidade. É o caso dos menores de 18 anos (CP, art. 27) e dos indígenas inadaptados à sociedade, os quais têm condições de chegar ao pleno desenvolvimento com o acúmulo das experiências hauridas no cotidiano. (grifos do autor) (2011, p. 334)

O etnocentrismo escancarado nas palavras de Bitencourt e de Capez é levado às últimas consequências quando estes autores, além de considerar o indígena inimputável seja por “sofrer os mesmos efeitos psicológicos que são produzidos pelo desenvolvimento mental incompleto ou retardado” seja por “imaturidade mental e emocional”, entendem que os mesmos poderão chegar ao “pleno desenvolvimento” por meio do “acúmulo das experiências hauridas no cotidiano” ou pelo “processo de aculturação”.

Um Estado multicultural não pode alicerçar-se em um direito que reconheça as pessoas pertencentes a grupos culturais diferenciados como seres humanos inferiores ou com desenvolvimento mental ou emocional incompleto ou retardado com fundamento apenas na diversidade cultural ou na falta de adaptação social.

A Constituição de 1988 abandonou definitivamente o conceito jurídico de que os índios são seres humanos atrasados, com uma cultura inferior, primitiva e de que o contato com a cultura desenvolvida e civilizada da sociedade brasileira os levaria à consequente perda de sua identidade. O que a experiência jurídica e histórica nos mostrou foi que a mudança cultural não retira do indígena a sua identidade, a não ser quando, intencionalmente, esta lhe é roubada com o objetivo de transformá-lo no trabalhador pobre do meio rural (VILLARES, 2009, p.17).

Acreditar que o indígena perde sua identidade ao entrar em contato com outra cultura é retornar ao evolucionismo antropológico do século XIX, já há muito tempo superado por Franz Boas (2004) e sepultado por Fredrik Barth (1998, p. 188), que desconstruiu a noção de cultura como totalidade ao demonstrar que o “contato” entre diferentes culturas não leva a seu desaparecimento por mudança e aculturação, podendo, ao contrário, as diferenças culturais permanecerem apesar do contato interétnico e da interdependência dos grupos.

Por esse motivo, a compreensão dos direitos dos povos indígenas por parte do operador do Direito num Estado multicultural exige-lhe a compreensão da identidade indígena. Ser indígena não é uma condição transitória, como propunham os integracionistas. Um índio não deixa de ser índio pelo simples fato de usar roupa, falar a língua portuguesa ou saber dirigir veículo. Ser índio significa pertencimento a uma cultura com características diversas da comunhão nacional; significa se reconhecer como indígena e ser da mesma maneira reconhecido por sua comunidade.

Entretanto, o que se observa na quase totalidade da jurisprudência brasileira, é o desconhecimento jurídico por parte de nossos julgadores que continuam utilizando categorias como índio “aculturado”, “civilizado” ou “integrado”, ou até mesmo o conceito equivocado de “inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, que marcaram o direito indigenista anterior à Constituição de 1988, mas que não podem mais ser admitidos pelo direito brasileiro, em hipótese alguma, por serem inconstitucionais e incompatíveis com os direitos humanos dos povos indígenas.

Apesar disso, nas decisões do Supremo Tribunal Federal em ações penais em que o indígena é réu, é unânime o entendimento de que o mesmo é capaz de entender o caráter ilícito do ato que lhe foi imputado por se tratar de “índio alfabetizado, eleitor e *integrado* à nossa civilização, falando fluentemente a língua portuguesa” (STF. HC nº 79.530-7/PA. 1ª T. Rel. Min. Ilmar Galvão. j. 16.12.1999. DJ 25.02.2000); ou que o indígena possui “*imputabilidade plena* com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha” (STF. HC nº 85.198-3/MA. 1ª T. Rel. Min. Eros Grau. j. 17.11.2005. DJ 09.12.2005) (grifos nossos).

No mesmo sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando decide que “os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da *inimputabilidade* do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes” (STJ. HC nº 30.113/MA. 5ª T. Rel. Min. Gilson Dipp. j. 05.10.2004. DJ 16.11.2004); “havendo prova inequívoca de ser o *índio*

*completamente integrado na civilização*, sendo eleitor, habilitado para dirigir veículo, operador em instituição financeira, pode o juiz prescindir do laudo antropológico para aferir a imputabilidade penal” (STJ. HC nº 9.403/PA. 5ª T. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. j. 16.09.1999. DJ 18.10.1999); “o indígena que está em pleno gozo de seus direitos civis, inclusive possuindo título de eleitor, está devidamente *integrado à sociedade brasileira*, logo, está sujeito às mesmas leis que são impostas aos demais cidadãos nascidos no Brasil” (STJ. HC nº 88.853/MS. 6ª T. Relª Minª Jane Silva (Des. TJ/MG). j. 18.12.2007. DJ 11.02.20008) (grifos nossos).

A mesma visão integracionista, como não poderia deixar de ser, é também reproduzida, com raras exceções, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça ao longo do país, como exemplificam os seguintes casos: “Embora o paciente seja identificado como índio, é de se ressaltar que está *integrado à sociedade e aos costumes da civilização*, conforme pode se inferir do boletim de vida pregressa, carteira de identidade, cadastro de pessoa física”; “Outro fator que demonstra estar o *paciente integrado à sociedade* é sua fluência na língua portuguesa, bem como o fato de exercer a profissão de carpinteiro, ser casado, católico praticante” (TRF1. HC nº 0055226-05.2012.4.01.0000 / PA. 4ª T. Rel. Des. Hilton Queiroz. j. 22.10.2012. DJF1 05.11.2012); “os indígenas são considerados *integrados* quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que preservem usos, costumes e tradições características da sua cultura” (TRF4. Ap. Crim. nº 2006.71.15.000645-2/RS. 8ª T. Rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteadó. j. 08.09.2010. DJF 01.10.2010); “*índio integrado à comunhão nacional*, haja vista que conviveu com família branca, estudou até o ensino médio, fala e escreve a língua portuguesa, além de possuir cédula de identidade e título de eleitor” (TJPR. Ap. Crim. nº 630.700-6. 4ª Câmara. Crim. Rel. Des. Ronald J. Moro. Julgado em 12.07.2010) (grifos nossos).

Como é possível observar, “o anacrônico, mas ainda em vigor Estatuto do Índio, ainda é o principal e primeiro cânone utilizado e mencionado por muitos operadores do direito não informados, quando se deparam com alguma questão de direito indigenista” (PACHECO; PRADO; KADWÉU, 2011, p. 487).

Apesar de não ter sido expressamente revogado e ainda ser a única legislação especial a dispor sobre os direitos dos povos indígenas, o Estatuto do Índio deve ser interpretado de forma sistemática e constitucional, por ter sido elaborado sob a égide de uma política indigenista assimilacionista, a fim de que sejam recepcionados apenas os dispositivos compatíveis com os novos valores propostos pela Constituição de 1988 e pela Convenção nº 169 da OIT.

Outro aspecto comum em todos os julgados acima descritos é a dispensa do laudo antropológico, por parte do julgador, por entender ter o magistrado condições de verificar, através da análise de elementos formais - tais como ser eleitor, ser alfabetizado, saber dirigir veículo, dentre outros acima citados - que o indígena é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, posicionamento este que vem se firmando em nossos Tribunais, apesar de estar em completa oposição à tendência multicultural proposta por nossa atual Carta Magna e pelos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas.

Buscar a compreensão da identidade indígena a partir de aspectos externos e meramente formais que, por si só, não dizem nada a respeito do grau de internalização e introjeção da cultura indígena nos valores, costumes e práticas do réu “é privilegiar a verdade formal em detrimento do mundo real”, pois, como ensinou Luiz Fernando Villares, “o índio pode mostrar-se externamente apto a todos os atos da vida, mas, internamente, sem o entendimento perfeito do caráter ilícito da conduta, ou mesmo, entendendo a ilicitude, não podendo agir diferente por sua cultura assim exigir.” (2009. p. 309)

Por ser uma compreensão de sentido, a compreensão de outra cultura não pode partir de uma observação subjetiva e etnocêntrica por parte do julgador, pois este não possui a *expertise* exigida para a compreensão das especificidades culturais dos diversos povos indígenas que compõem a sociedade brasileira, motivo pelo qual se torna fundamental o laudo antropológico para auxiliá-lo.

Há julgadores que compreendem a importância do laudo antropológico, como é o caso de decisão do STF que reconheceu cerceamento de defesa e nulidade absoluta de instrução criminal, não coberta pela preclusão, a ausência de perícia antropológica exigível para a verificação do grau de integração dos réus indígenas, entendendo o Ministro Relator Sepúlveda Pertence não ser possível ao juízo *a quo* presumir a “integração” dos réus pelo simples fato destes residirem em “comunidade que, além de ser próxima a uma determinada rodovia, possuía casas atípicas (*sic*) cultura indígena, com a presença de ‘homens brancos’, carros, etc.”, pois tal circunstância não seria capaz de demonstrar, por si só, que os réus preservam seus hábitos culturais, valores e costumes (STF. RO em HC 84.308-5/MA. 1ª T. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 15.12.2005. DJ 24.02.2006).

Entretanto, a insistência em buscar conceitos jurídicos ultrapassados como a “verificação do grau de integração do indígena” ou a sua inimputabilidade acabam por provocar situações constrangedoras, como a descrita pelo antropólogo Carlos Cirino, nomeado como perito em ação penal proposta contra o indígena Soreoce Yanomamy que

matou a esposa nas dependências da Casa do Índio em Boa Vista-RR, no ano de 2000, em razão de adultério:

Aqui não se trata de discutir elementos de convicção, mas de completo desconhecimento do operador do direito. Como já frisamos, o adultério, dentro dos valores culturais Yanomami, é considerado um delito grave, cujas normas exigem punições públicas que podem culminar com ferimentos de grandes proporções. No caso analisado, os golpes proferidos por meio de arma branca levaram a óbito a esposa do denunciado. Os quesitos antropológicos elaborados pelo delegado de polícia federal tinha como objetivo esclarecer a possível condição de doente mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado do réu. [...] Não é atribuição dos antropólogos avaliarem, por meio de perícia, situação de sanidade mental de quem quer que seja. No mínimo, nossa função no caso era elaborar um laudo sobre a cultura Yanomami e verificar se era essa a punição para o adultério no direito consuetudinário do povo em tela. Esse é mais um caso do despreparo desses profissionais que atuam com a alteridade.

Com razão, o laudo antropológico não é o meio adequado para a apuração do desenvolvimento mental incompleto ou retardado do indígena, mas sim uma perícia técnica elaborada objetivo de levar para o interior do processo judicial os principais aspectos que envolvem a organização social, as instituições, o sistema jurídico próprio e as regras de conduta daquele povo, a fim de proporcionar ao julgador elementos de prova que consigam demonstrar se a conduta antijurídica praticada pelo réu indígena está de acordo com os valores culturais de seu povo e se ele tinha condições de atuar de forma diversa ou de compreender a ilicitude do fato.

Da mesma maneira, a inimputabilidade, como já demonstrado, não é o mecanismo adequado para resolver a complexidade jurídica provocada pela interculturalidade decorrente da realização de uma ação ou omissão por parte de um indígena que seja tipificada como crime pelo Direito Penal.

Como defendeu o penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni,

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. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 559)

Nessa perspectiva, impõem-se como óbvio que as regras de inimputabilidade deverão ser aplicadas aos indígenas apenas e tão somente nas hipóteses previstas nos artigos 26 e 27 do Código Penal, sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade.

### **3.2 O erro de proibição como causa de exclusão da culpabilidade do indígena que atua culturalmente condicionado**

Se a questão da responsabilidade penal do indígena não é de inimputabilidade, quais mecanismos legais podem ser utilizados para garantir a exclusão da culpabilidade de ações culturalmente condicionadas realizadas por indígenas?

Sem adentrar nas infundáveis discussões doutrinárias a respeito do conceito de culpabilidade e seus diversos elementos, pode-se dizer que somente será culpável aquele que for “capaz de entender e valorar suas condutas dentro do contexto das normas jurídicas (imputabilidade), e que atua sabendo que está violando o direito ou, ao menos, havendo a possibilidade de estar ciente disso (consciência da ilicitude)” (BUSATO, 2011, p. 82).

Conseqüentemente, a culpabilidade poderá ser excluída quando não se puder exigir do sujeito a compreensão da antijuridicidade da conduta por ele realizada, situação esta que pode ocorrer por inimputabilidade (falta de capacidade psíquica suficiente para tal ou impossibilidade de se determinar de acordo com essa compreensão) ou por erro de proibição (estado de erro acerca da antijuridicidade). (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 530-31)

Como, no caso de responsabilidade penal do indígena, não se trata de inimputabilidade, pelos motivos já demonstrados, a doutrina latinoamericana foi buscar na figura do erro de proibição a exclusão da culpabilidade e, conseqüente, isenção ou diminuição da aplicação da pena ao indígena que atua de acordo com seus valores culturais.

Dentre seus principais defensores está justamente Eugenio Raúl Zaffaroni que elabora verdadeira doutrina sobre o *erro culturalmente condicionado* do indígena, identificando-o com diferentes tipos de erros consagrados na legislação penal.

Zaffaroni inicia sua teoria dividindo erro de tipo e erro de proibição e definindo-os, como: a) erro de tipo: é aquele que elimina a tipicidade, pois afeta o dolo, não sabendo o agente que está cometendo um ato antijurídico; b) erro de proibição: é aquele que elimina a culpabilidade por afetar a compreensão da antijuridicidade da conduta, pois o agente sabe o que faz, mas acredita não estar agindo contrariamente à ordem jurídica. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 429)

O erro de proibição, por sua vez, é subdividido pelo autor em três tipos: 1) justificação putativa: causa de ausência de culpabilidade motivada por um erro de fato, que impede a compreensão da antijuridicidade da conduta; 2) consciência dissidente: quando uma pessoa assume sua conduta como resultado de um esquema geral de valores distintos dos valores das demais pessoas e, por esse motivo, acaba por reduzir sua capacidade de entender a ilicitude; e 3) erro de compreensão: impede a internalização ou introjeção da norma, por mais que ela

seja conhecida. Ocorre quando uma pessoa tenha sido educada numa cultura diferente, cujas regras de conduta estejam tão arraigadas que lhe é impossível agir de forma diferente.

Levando em consideração a conduta antijurídica culturalmente condicionada praticada pelo indígena, Zaffaroni entende que a sua culpabilidade pode ser excluída com fundamento em diversos tipos de erros. Para tanto, cita alguns exemplos, como: o povo indígena Ahuica, do Equador, que ao compreender o não-indígena como um inimigo sempre antecipa a ação defensiva realizando atos contrários à norma penal, hipótese que pode ser classificada como erro de proibição do tipo justificação putativa; o homem que é submetido a tratamento para fins curativos com fundamento na crença de que pancadas irão lhe “livrar do diabo” e cuja morte decorre de erro de tipo; o indígena que masca coca desde criança e não consegue compreender a norma que proíbe a sua posse, hipótese que pode ser classificada como erro de compreensão; o indígena que quebra um brinquedo em uma loja porque acredita que ele tem poderes maléficos que lhe causarão a morte, hipótese que pode ser classificada como erro de proibição. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 429, 558-559)

J. Federico Campos Calderón, penalista costarriquenho, busca na teoria de Zaffaroni elementos para defender a aplicação da figura do erro de proibição aos casos em que, por um condicionamento cultural, o indígena não conseguir compreender a norma penal devido a uma antinomia ou contradição decorrente de uma conduta considerada delitativa que não pode ser interiorizada ou compreendida pelo indígena por chocar com seus costumes, que a considera lícita ou moralmente tolerável (2011, p. 204).

Por outro lado, Calderón critica severamente a classificação de Zaffaroni da consciência dissidente como uma espécie de erro de proibição, pois,

*la disidencia se presenta cuando no se está de acuerdo con una situación específica, sin embargo el desacuerdo no es por error, sino precisamente porque se conocen el contenido y los alcances de la norma penal pero no se comparten, es decir, hay una rebelión contra la misma, con la característica de que no está fundada en un error. Desde el momento en que sí se conocen los alcances de una prohibición, no se comparten y además se obra distinto porque chocan con la creencia de una cultura, religión u otro, entonces el error en el conocimiento ya no existiría, sino que lo que se constituye es una franca y consciente oposición al planteamiento normativo. (2011, p. 209)*

Existindo, portanto, consciência sobre o conteúdo e alcance da norma, não há que se falar em erro, sendo a consciência dissidente, portanto, mero “desacato consciente contra um mandamento legal”.

Dentre os penalistas brasileiros defensores dessa teoria, pode ser citado René Ariel Dotti que defende, como orientação cientificamente adequada para a situação do indígena que

age culturalmente condicionado, o reconhecimento da falta de consciência da ilicitude do fato, com a respectiva aplicação do art. 21 do Código Penal, que prevê o erro inevitável sobre a ilicitude do fato. Ou, então, a admissão da inexigibilidade de conduta diversa, como causa supra-legal de isenção de pena (DOTTI, 2009, p. 300)

Para Dotti, não é possível exigir do indígena comportamento condizente com os princípios e as regras de direito penal por se tratar de outra cultura, outro tipo de civilização, devendo estar isento de pena se o fato punível por ele praticado não estiver de acordo com os valores próprios de seus usos e costumes (apud VILLARES 2009. p. 302.)

Nesse sentido, sob o título “erro sobre a ilicitude do fato”, o artigo 21 prevê hipóteses de isenção, se o erro for inevitável, ou diminuição da pena, de um sexto a um terço, se o erro for evitável, quando ocorrer erro sobre a ilicitude do fato, dispositivo este que, conforme demonstrado pela doutrina penalista mais avançada, pode ser aplicado em diversas relações criminais que tenham indígenas como réus.

Entretanto, seja por questões de política criminal ou por má formação teórico-humanística dos julgadores brasileiros, a figura do erro sobre a ilicitude do fato aplicável a questão indígena ainda é muito pouco utilizada pelos Tribunais, sendo verificada apenas uma decisão do TRF5 em que o erro de proibição foi aplicado para o fim de redução da pena, nos seguintes termos: “A condição indígena do acusado e, especialmente, por ter agido com a orientação e amparo de servidores da FUNAI, órgão que deveria tutelar seus interesses, deve ser reconhecido o erro evitável quanto à ilicitude do fato, para, nos termos do art. 21, segunda parte e parágrafo único, do CP, reduzir a pena em 1/6.” (TRF5. Ap. Crim. (ACR) nº 8187/PE (2009.83.00.017110-7). 3ª T. Rel. Des. Marcelo Navarro. j. 04.04.2013.)

Nos demais julgados em que suscitado o erro culturalmente condicionado do indígena, o mesmo foi rechaçado pelos Tribunais com o mesmo fundamento integracionista de já estar o indígena “aculturado” ou “integrado” e, portanto, ter condições de compreender a antijuridicidade do fato. Nesse sentido: “Não prospera a tese defensiva quanto ao erro de proibição quando o indígena apresenta razoável grau de instrução, conhece o vernáculo, já manteve relação de emprego, possuindo discernimento suficiente sobre os atos que praticou.” (TJMS. Ap. Crim. nº 0001377-43.2007.8.12.0004 . 1ª T. Crim. Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia. j. 31.3.2009); “O apelante é índio totalmente integrado na sociedade civilizada, o que dispensa maiores esclarecimentos para afastar a tese de ocorrência de erro de proibição, sustentada pela defesa.” (TRF3. Ap. Crim. nº 2002.60.00.001129-7/MS. 5ª T. Crim. Relª. Desª. Ramza Tartuce. j. 13.02.2012. DE 13.03.2012)

Essas situações demonstram a relação conflituosa que se estabelece entre os povos indígenas e o Judiciário, o que demonstra que preconceito étnico ainda é um argumento importante nos julgamentos realizados pelos Tribunais brasileiros.

### **Considerações Finais**

Violentamente forjado sobre a ideologia nacional da unidade cultural, durante cinco séculos o Estado brasileiro impôs uma política assimilacionista cujo objetivo era a “progressiva e harmoniosa” integração dos indígenas à comunhão nacional, até que não existissem mais diferenças culturais e surgisse um povo miscigenado e unificado linguisticamente, sob a tutela de um mesmo Direito e mantendo a sua integridade territorial com unidade política, jurídica e cultural.

Entretanto, a História mostrou que apesar das mais variadas formas de repressão das diferenças culturais dos seus cidadãos, seja de forma violenta ou sutil, ainda hoje convivem sobre o território cerca de 240 povos indígenas falantes de mais de 150 línguas diferentes e mantendo formas próprias de organização social, produtiva, relações de trabalho, familiares, além de sistemas jurídicos e penais próprios, sem que isso tenha significado perda de território ou de soberania por parte do Estado brasileiro.

Reconhecendo a existência e autonomia desses povos indígenas, além de outros grupos étnicos, a Constituição Federal de 1988, fruto justamente do processo de redemocratização brasileira do qual participaram diversos movimentos culturais que lutavam pelo reconhecimento de seu direito de autodeterminação, fez surgir um Estado Democrático de Direito de caráter pluralista e multicultural, cujas bases passam a ser justamente a diversidade cultural dos povos que nele residem.

Assim, ao assumir o dever constitucional de proteger a diversidade cultural de seu povo, inclui no manual de conduta de seus agentes públicos - sejam eles membros do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário - o dever de compreender o direito dos diferentes grupos étnicos que o compõem de forma multicultural.

Nenhuma transição é tranquila, ainda mais quando se trata de uma transição paradigmática como é a de um Estado-Nação para um Estado multicultural, de um direito monista para um direito pluralista, de uma política indigenista assimilacionista para uma política de autodeterminação, de um governo autoritário para um governo democrático.

Entretanto, decorreu tempo mais que suficiente para que essa transição fosse forjada no seio da sociedade brasileira e os povos indígenas pudessem ter seus direitos garantidos da maneira como conquistados na Carta Magna e nos instrumentos internacionais de direitos

humanos, permitindo, assim, pela primeira vez na história brasileira, a superação de interesses econômicos em prol de interesses humanitários.

O problema é que as mudanças de paradigma político e jurídico promovidas pela Constituição de 1988 não se traduziram em mudanças imediatas na práxis cotidiana da Administração Pública e, principalmente, do Poder Judiciário brasileiro na atuação em casos concretos envolvendo indígenas.

Ao contrário, o que se observa é que durante os anos posteriores à publicação da Constituição, os Tribunais resistiram em fugir da tradição factual do tratamento dirigido ao indígena desde a chegada dos colonizadores no Brasil, conforme se verificou na análise da jurisprudência e da doutrina majoritária ao longo deste artigo, insistindo em utilizar conceitos jurídica e antropológicamente ultrapassados, como índio “aculturado”, “civilizado” ou “integrado” ou até mesmo a equivocada categoria jurídica da “inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, que marcaram o etnocentrismo e caráter assimilacionista do direito indigenista anterior à Constituição de 1988, mas que não podem mais ser admitidos pelo direito brasileiro, em hipótese alguma, por serem inconstitucionais e incompatíveis com os direitos humanos dos povos indígenas.

Para que o Brasil se reconheça efetivamente como um Estado multicultural, como propõe a nossa Carta Magna, é necessário que disponha de um direito que também seja multicultural e pluralista, reconhecendo a existência e admitindo a executoriedade dos sistemas jurídicos indígenas, mas que também disponha de um Poder Judiciário preparado para lidar com a interculturalidade.

Num país onde diversos povos indígenas, além de outros grupos étnicos coexistem, com seus sistemas jurídicos e valorativos próprios, interagindo entre si, é teórica e factualmente plausível a ocorrência de situações interculturais em que indivíduos venham a realizar condutas antijurídicas, mas sem a consciência de sua ilicitude, simplesmente por ser um comportamento normal e permitido dentro do seu grupo social.

Em situações como esta, é importante que o Estado, por meio, principalmente, do Poder Judiciário, possua um corpo técnico especializado, teórica e humanitariamente preparado para a alteridade, ou que possa contar com uma equipe multidisciplinar, como no caso dos laudos antropológicos, para a compreensão da diversidade cultural, pois um Estado que se propõe a ser multicultural não pode continuar a reconhecer o indígena como inferior, primitivo ou selvagem pelo simples fato de possuir uma cultura diferenciada.

Foi por esse motivo que o presente artigo se propôs a discutir a inadequação da inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto ou retardado como causa de

exclusão da culpabilidade do indígena que atua condicionado pelos valores de sua cultura e, sem saber ou sem poder evitar, acaba por cometer um ato tipificado como crime.

Apesar da inimputabilidade ainda ser a solução majoritariamente apresentada pela doutrina e jurisprudência brasileiras em situações como estas, o presente artigo teve como objetivo demonstrar que o erro de proibição apresenta soluções mais coerentes com a atual política indigenista brasileira, devendo as regras de inimputabilidade ser aplicadas aos indígenas apenas e tão somente nas hipóteses previstas nos artigos 26 e 27 do Código Penal, sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Buscando subsídios na doutrina latinoamericana sobre o erro de proibição, foi possível trazer para a figura do erro sobre a ilicitude do fato, prevista no artigo 21 do Código Penal brasileiro, a solução para uma ampla gama de relações criminais que tenham indígenas como réus, que poderão ser utilizadas pelo julgador para isentá-lo de pena, quando for verificado que o erro era inevitável, ou diminuí-la de um sexto a um terço, quando o erro for evitável.

Cabe agora, portanto, aos futuros juristas brasileiros exercer o papel de construção de uma nova realidade jurídica, que consiga superar a falta de conhecimento jurídico e antropológico e o preconceito étnico até então demonstrados pelos nossos Tribunais, a fim de fazer surgir um direito dos povos indígenas realmente coerente com o espírito democrático, pluralista e multicultural da Constituição de 1988, da Convenção nº 169 da OIT e da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, pois um Estado multicultural não é aquele que simplesmente reconhece a existência de diferentes culturas em seu território, mas sim aquele que faz dessa diversidade o fundamento para a construção de seus alicerces jurídicos, políticos e administrativos, a fim de refundar uma nova sociedade sobre as bases da democracia e dos direitos humanos.

## Referências

BARTH, Fredrik. Os Grupos Étnicos e Suas Fronteiras. In POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da Etnicidade**. São Paulo: Unesp, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. v. 1. 17 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 03.12.2008. Publicado em DJe 05.06.2009, p. 1106-1330.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 84.308-5/MA. Primeira Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 15.12.2005. Publicado em DJ 24.02.2006, p. 281-292.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85.198-3/MA. Primeira Turma. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 17.11.2005. Publicado em DJ 09.12.2005, p. 368-375.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79.530-7/PA. Primeira Turma. Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 16.12.1999. Publicado em DJ 25.02.2000, p. 582-603.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 9.403/PA. Quinta Turma. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 16.09.1999. Publicado em DJ 18.10.1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.129.637/SC. Sexta Turma. Relator Ministro Sebastião Reis Junior. Julgado em 15.08.2013. Publicado em DJ 28.08.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 88.853/MS. Sexta Turma. Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG). Julgado em 18.12.2007. Publicado em DJ 11.02.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 30.113/MA. Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. Julgado em 05.10.2004. Publicado em DJ 16.11.2004.

BRASIL. Tribunal Federal Regional da Primeira Região. Habeas Corpus nº 0055226-05.2012.4.01.0000 / PA. Quarta Turma. Relator Desembargador Hilton Queiroz. Julgado em 22.10.2012. Publicado em DJF1 05.11.2012.

BRASIL. Tribunal Federal Regional da Quinta Região. Apelação Criminal (ACR) nº 8187/PE (2009.83.00.017110-7). Terceira Turma. Relator Desembargador Marcelo Navarro. Julgado em 04.04.2013.

BRASIL. Tribunal Federal Regional da Quarta Região. Apelação Criminal nº 2006.71.15.000645-2/RS. Oitava Turma. Relator Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteado. Julgado em 08.09.2010. Publicado em DJF 01.10.2010.

BRASIL. Tribunal Federal Regional da Terceira Região. Apelação Criminal nº 2002.60.00.001129-7/MS. Quinta Turma. Relatora Desembargadora Ramza Tartuce. Julgado em 13.02.2012. Publicado em DE 13.03.2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Criminal nº 630.700-6. Quarta Câmara Criminal. Relator Desembargador Ronald J. Moro. Julgado em 12.07.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal nº 0001377-43.2007.8.12.0004 . Primeira Turma Criminal. Relator Desembargador João Carlos Brandes Garcia. Julgado em 31.3.2009.

BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. **Revista Liberdades**. IBCCRIM, n. 08, set.-dez., 2011. p. 45-87.

CAEIRO, Pedro. **Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português**. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

CALDERÓN, J. Federico Campos. *Los derechos indígenas y su situación frente al derecho penal: el caso del error culturalmente condicionado*. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**. Ano 13. N. 19. Costa Rica, Agosto. 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. **O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos**. Disponível em: < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/107/4.pdf> > Acesso em: 17. Jan. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120**. v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Celso (org). **Evolucionismo cultural: textos de Morgan, Tylor e Frazer**. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

\_\_\_\_\_. (org). **Antropologia Cultural: Franz Boas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CIRINO, Carlos Alberto Marinho. Criminalização de práticas culturais indígenas: o caso Yanomami. In Krekeler, Birgit et al (Hrsg.) **Para quê serve o conhecimento se eu não posso dividi-lo? / Was nützt alles wissen, wenn man es nicht teilen kann? Gedenkschrift für Erwin Heinrich Frank**. Berlim: Ibero-Amerikanischen Institut Preußischer Kulturbesitz / Gebr. Mann Verlag, 2013. p. 313-339.

DOTTI, René Ariel. A situação jurídico-penal do indígena: hipóteses de responsabilidade e de exclusão. **Ciências Penais**. v. 10., jan/2009, p. 287-305. DTR\2009\691.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. v. I. t. II. arts. 11 a 27. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo demográfico 2010**. Características Gerais dos Indígenas: Resultados do Universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2010/Caracteristicas\\_Gerais\\_dos\\_Indigenas/pdf/Publicacao\\_completa.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_dos_Indigenas/pdf/Publicacao_completa.pdf)> Acesso em: 28. dez. 2013.

LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). **Estado e povos indígenas no Brasil**: bases para uma nova política indigenista II. Rio de Janeiro: Contra Capa /LACED, 2002.

\_\_\_\_\_. **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa /LACED, 2002.

LINDSAY, A.D. **O Estado Democrático Moderno**. tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 37, n. 147, p. 179-200, jul./set. 2000.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho Penal**: Introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Adotada pela 107ª Assembleia Geral das Nações Unidas, em 13 de setembro de 2007. Rio de Janeiro: UNIC/ Rio/ 023, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 26 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/Projeto%20de%20Declaracao.htm>> Acesso em: 28. dez. 2013.

PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos; PRADO, Rafael Clemente Oliveira do; KADWÉU, Ezequias Vergilio. População carcerária indígena e o direito à diferença: o caso do município de Dourados, MS . **Revista de Direito GV**. v. 7, n. 2, São Paulo, Escola de Direito de São Paulo – FGV, jul-dez. de 2011, p. 469-500.

PACHECO DE OLIVEIRA, João; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A Presença Indígena na Formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF**. Disponível em: <  
[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_tratados\\_sip\\_stf.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf) >  
Acesso em: 17. Jan. 2014.

RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades indígenas**. 5 ed. São Paulo: Ática, 1995.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 6 reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. **Revista IIDH**. vol. 15. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, jan-jul, 1992. p. 145-164.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos de uma sociologia compreensiva**. tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. revisão técnica de Gabriel Cohn. 3. ed. v. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. v. 1. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.