

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO (URI)**

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS (DCSa)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO - MESTRADO

MONIA PERIPOLLI DIAS

**O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DISPENSADO AOS INDÍGENAS FRENTE À
COLISÃO CULTURAL DESSE POVO COM A CULTURA
PREPONDERANTE BRASILEIRA**

Santo Ângelo (RS)
2014

MONIA PERIPOLLI DIAS

**O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DISPENSADO AOS INDÍGENAS FRENTE À
COLISÃO CULTURAL DESSE POVO COM A CULTURA
PREPONDERANTE BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas (DCSA) da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus de Santo Ângelo, requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Dra. Angelita Maria Maders

Santo Ângelo (RS)
2014

Monia Peripolli Dias

**O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DISPENSADO AOS INDÍGENAS FRENTE À
COLISÃO CULTURAL DESSE POVO COM A CULTURA
PREPONDERANTE BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas (DCSA) da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus de Santo Ângelo, requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa I- Direito e Multiculturalismo.

Aprovado em: 18 /06 /2014

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Angelita Maria Maders
Orientadora

Profa. Dra. Sandra Regina Martini Vial
Examinadora

Profa. Dra. Rosangela Angelin
Examinadora

Santo Ângelo (RS), 18 de junho de 2014

Ao meu esposo, Valmair, e aos meus filhos, Pétrius, Katarine e Nicolás, pelos momentos que lhes foram roubados durante a realização deste trabalho, pelo amor, carinho e estímulo que me ofereceram, dedico-lhe esta conquista como forma de gratidão.

É TEMPO DE AGRADECER...

A **Deus**, em quem tudo posso, pois me fortalece...

À **professora Dra. Angelita**, pela atenção, disponibilidade e rigor dispensados na orientação deste estudo...

Aos meus **colegas do curso de Mestrado**, pela amizade e companheirismo e pelas acirradas discussões filosóficas nos almoços e jantares da turma...

Ao **meu pai**, Vitélio Luiz (*in memoriam*), e à **minha mãe**, Lenita Maria, pela sólida formação dada até a minha juventude, que me proporcionou a continuidade nos estudos e chegar a este mestrado, os meus eternos agradecimentos...

Ao meu **amado marido**, Valmair, agradeço todo auxílio e compreensão durante o longo período de elaboração desta dissertação...

Aos **meus filhos**, Pétrius, Katarine e Nicolás, que mesmo sem compreender as minhas ausências foram os meus alicerces e de onde tirei forças para realizar meu desejo – fazer um curso de Mestrado em Direito...

A todos que contribuíram para que este trabalho se tornasse uma realidade!

O meu muito obrigada...

"O diferente não é retardado. Não é melhor, ou pior.
O diferente é diferente, só isso".

(Janaina Conceição Paschoal)

LISTA DAS SIGLAS

CF/88	–	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CIMI	–	Conselho Indigenista Missionário
CP	–	Código Penal
MPF	–	Ministério Público Federal
ONU	–	Organização das Nações Unidas
OIT	–	Organização Internacional do Trabalho
SPILTN	–	Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
URI	–	Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

RESUMO

O presente estudo versa sobre o tratamento jurídico-penal conferido aos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro em razão dos seus crimes e da sua cultura. Visa, assim, analisar se o indígena é imputável ou não para a lei penal quando esta entra em conflito com os seus costumes e tradições. A pesquisa que se faz encontra fundamento na Constituição Federal de 1988, que reconheceu a pluralidade étnica e cultural do país e assegurou a este povo originário o direito de ser reconhecido como diferente e tratado como tal. Conclui-se, portanto, que para a análise da inimputabilidade penal dos índios não se sustenta mais o critério de que estes possuem mentalidade incompleta ou retardada, visto que, quando houver essa colisão cultural é necessário tão somente perquirir se, de acordo com a sua cultura e seus costumes, o indígena tinha condições de compreender o caráter ilícito daquela conduta positivada como crime, segundo os padrões da cultura da sociedade envolvente. Para essa pesquisa utilizou-se o método de abordagem hipotético -dedutivo e de abordagem histórica. Cabe destacar que a pesquisa encontra-se ancorada à linha de pesquisa “Direito e Multiculturalismo”, do Programa de Pós-Graduação em Direito -Mestrado, da Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões, Campus Santo Ângelo.

Palavras-chave: Tratamento jurídico-penal. Indígena. Cultura.

ABSTRACT

The present study about the treatment legal punishment treatment checked to the Indians in the Brazilian legal enjoin in reason of their crimes and their culture. Therefore, analyze if the Indian is imputable or not to the law penal when is in discussion with their habits and traditions. The research is about that and find groundwork in the Federal Constitution of 1988, that recognize the plural ethic and culture of a country, and assure to these people the right of being recognize and treated as well. We conclude that the analysis of the penal imputability of the Indians, however, are not sustainable the criteria that them have the incomplete and retarded, considering that when the cultural collision happened it is necessary only to conclude according to their culture and costumes the Indians only had conditions to understand the illicit character of that conduct as a crime, according to the culture standards of the society that they belong. For this research it was utilized the hypothetical -deductive approach method and historical approach. Is important to note that the research is anchored to the line of research “law and multiculturalism” from the Post - Graduation in Law Program – Masters Degree, from the Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões, Campus Santo Ângelo.

Key words: Legal Punishment Treatment. Indians. Culture.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIFERENÇAS CULTURAIS E RECONHECIMENTO DA CULTURA INDÍGENA	14
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS ACERCA DA CONCEITUAÇÃO DE CULTURA	14
1.1.1 A cultura como conceito hierárquico	16
1.1.2 A cultura como conceito diferencial	17
1.1.3 O conceito genérico de cultura	19
1.2 ASPECTOS GERAIS DA CULTURA PREPONDERANTE BRASILEIRA: IDENTIDADE E DIFERENÇA	22
1.3 ASPECTOS GERAIS DA CULTURA INDÍGENA: RECONHECIMENTO COMO MINORIA ÉTNICA	29
1.4 MULTICULTURALISMO COMO UM NOVO PARADIGMA	36
2 DIREITO PENAL NA ORDEM JURÍDICA PLURIÉTNICA: A QUESTÃO DA (IN)IMPUTABILIDADE INDÍGENA	45
2.1 CONCEITO DE INIMPUTABILIDADE PENAL	45
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DOS DIREITOS INDÍGENAS NO BRASIL	54
2.3 O PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 2.057/91 – ESTATUTO DAS SOCIEDADES INDÍGENAS	64
2.4 PRINCIPAIS CONFLITOS DE COMPETÊNCIA EXISTENTES EM DECORRÊNCIA DA COLISÃO CULTURAL NA SOCIEDADE MULTIFACETADA	73
3 TRATAMENTO JURÍDICO PENAL ADOTADO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS COM RELAÇÃO AOS INDÍGENAS	82
3.1 EXEMPLOS DE DEMANDAS CRIMINAIS ENVOLVENDO A MINORIA ÉTNICA INDÍGENA	82
3.2 TRATAMENTO JURÍDICO PENAL IMPOSTO PELO APARATO ESTATAL	92
3.3 ANÁLISE CRÍTICA DOS JULGAMENTOS DE DELITOS INDÍGENAS PRATICADOS EM RAZÃO DE SUA CULTURA	100
3.4 ALTERNATIVAS À SOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS DA DIVERGÊNCIA CULTURAL	108
CONCLUSÃO	
REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

A diversidade étnica brasileira é uma característica que faz do Brasil um país multicultural, principalmente em razão dos diversos grupos sociais formadores da sociedade nacional. Dentre esses grupos podem-se destacar os povos indígenas, que no decorrer da História lutaram bravamente contra a ação dos colonizadores europeus. Apesar de muitas populações indígenas terem sido praticamente exterminadas, atualmente, os índios são reconhecidos como sujeitos de direitos, que devem ser promovidos e protegidos pela ordem jurídica nacional. Isso se deve à tutela do patrimônio cultural da humanidade, da qual faz parte a identidade indígena.

A escolha do tema coaduna com a linha de pesquisa “Direito e multiculturalismo”, do programa de Mestrado em Direito da URI. A teoria do multiculturalismo contribui significativamente para o debate acerca das diferenças ao estabelecer bases teóricas consistentes, visando ao pleno reconhecimento, à proteção e à promoção dos direitos fundamentais dos grupos minoritários, nos quais estão inseridos os povos indígenas.

Deste modo, a realização do presente estudo se justifica em razão de que alguns atos perpetrados pelos índios em razão de sua prática cultural são considerados ilícitos pela legislação normativa vigente e, por isso, necessitam de maior elucidação e pesquisa a fim de possibilitar a discussão e, quiçá, uma nova visão dos exercitores do Direito sobre a temática.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a pluralidade étnica e cultural do país e assegurou aos índios o direito à diferença, isto é, previu expressamente, no art. 231 o direito de viverem de acordo com a sua organização social, seus costumes, língua, crenças e tradições. O direito de serem reconhecidos e tratados como índios é uma prerrogativa que foi reforçada pela Convenção 169 da OIT e ratificada pelo Brasil em 2004.

Daí a importância deste estudo, visto que esses povos, embora sua grande maioria esteja inserida na cultura preponderantemente brasileira, ainda preservam a sua cultura e suas tradições originárias. Em face disso, eles praticam determinados atos que são considerados

crimes e, conseqüentemente, são punidos pela legislação estatal sem que sejam vistos e compreendidos por suas comunidades originárias.

Considerando, pois, que o direito à diferença está preconizado na Lei Maior, o que esse povo originário busca não é a descriminalização das condutas tidas como delituosas por eles praticadas, mas um tratamento diferenciado, que respeite o direito de serem índios e de serem tratados como tal indefinidamente.

Nessa seara, o presente estudo tem por objeto elucidar se um índio deve responder pela prática de crime, ou seja, se ele é imputável ou não para a lei penal quando esta entra em conflito com a cultura tradicional originária. Assim, o principal foco a ser abordado é se o índio, mesmo que esteja totalmente inserido na sociedade envolvente, que é a cultura preponderantemente brasileira, agindo de acordo com sua cultura, costume e tradição, compreende o caráter ilícito de determinada conduta considerada crime em lei.

Inicialmente, em um primeiro capítulo serão tecidos fundamentos extremamente teóricos onde serão referidos alguns apontamentos acerca do conceito de *cultura* e seus antecedentes históricos. Não se pretende, contudo, e isso nem seria possível neste capítulo, encontrar uma definição única e completa para o referido termo. Parte-se, então, de algumas linhas de pensamento, em especial dos três discursos apontados por Bauman: a cultura como conceito hierárquico; a cultura como conceito diferencial; e a cultura como conceito genérico. Propõe-se, nesse sentido, construir uma base conceitual deste tão complexo e ambíguo termo, a fim de possibilitar a diferenciação entre a cultura brasileira e a cultura indígena.

Nessa linha de postulados teóricos é imprescindível analisar, ainda nesse primeiro capítulo, a questão da identidade, da diferença e do reconhecimento étnico, tendo como pressuposto que na conjuntura da sociedade multicultural, esse grupo minoritário luta por uma política identitária e pelo reconhecimento do direito de viver a sua própria cultura, ou seja, de buscar a afirmação das diferenças.

É nesse contexto que emerge o multiculturalismo como um novo paradigma nessa sociedade pluralista caracterizada pela heterogeneidade cultural em que os diferentes interesses e múltiplas formas de viver acarretam, por vezes, intolerância entre as diversas identidades culturais. Busca-se, então, um tratamento igualitário na convivência das etnias, permitindo a sua efetiva participação nas novas formas de regulação social, em que a diversidade seja a regra.

Em seguida, no segundo capítulo, aborda-se a questão da (in)imputabilidade penal e sua evolução histórico-legislativa, mediante análise do Projeto Legislativo 2.057/91 e do Estatuto dos Povos Indígenas. Nesse rol, procura-se especificar os principais conflitos de

competência para o julgamento dos delitos decorrentes da colisão cultural na sociedade multifacetada.

O critério utilizado pelo Código Penal brasileiro no tratamento jurídico-penal dos indígenas é o seu art. 26, que expressa serem eles considerados inimputáveis por possuírem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Por isso, são considerados imputáveis quando integrados, semi-imputáveis quando estiverem em vias de integração e inimputáveis quando totalmente isolados.

Nessa linha, o Estatuto do Índio classifica os indígenas em seu art. 4º como *isolados, em via de integração e integrados*. Deste modo, são considerados *isolados* quando vivem em grupos desconhecidos ou de que possuem poucos e vagos informes por meio de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional. São considerados *em vias de integração* quando estes, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento. E são considerados *integrados* quando plenamente incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Nesse contexto, busca-se determinar a responsabilidade criminal do indígena que pratica uma conduta considerada crime pela lei estatal, cujo fato é tolerado, promovido ou até mesmo imposto pela sua cultura.

Como norma geral, o poder punitivo está concentrado nas mãos do Estado, sendo a imposição da lei formal a única fonte de Direito Penal,¹ o que ocasiona o afastamento do costume de comunidades étnico-culturais como fonte de direito para a eliminação de crimes e de penas nos modernos sistemas jurídico-penais.

A imputabilidade penal dos índios deve ser analisada pelo Judiciário com observância ao disposto no art. 231 da Constituição Federal de 1988 e aos preceitos da Convenção 169 da OIT. Cabe investigar, então, se o índio apontado como autor da conduta tipificada como crime, de acordo com a sua cultura, com os seus costumes, possuía condições de compreender o caráter ilícito do fato, vindo a determinar-se de acordo com o entendimento.²

¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. Parte geral, art. 1º a 120 do CP. 27. ed. rev. atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011, v. 1.

² SOUZA, Olivia Carla Neves de. Observações sobre a imagem dos índios perante os tribunais. Anais do III Encontro Nacional do GT História das Religiões e das Religiosidades – ANPUH. Questões teórico-metodológicas no estudo das religiões e religiosidades. **Revista Brasileira de História das Religiões**. Maringá, PR, jan./2011, v. III, n. 9. Disponível em: <http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/pub.html>. Acesso em: 18 out. 2012.

No terceiro capítulo, aborda-se o tratamento jurídico-penal dispensado aos indígenas pelos tribunais brasileiros, quando são analisadas algumas demandas criminais envolvendo determinadas condutas praticadas por índios em razão de sua prática cultural. Ao serem tipificadas pela lei penal como crime, culminaram em processos judiciais, sendo que na grande maioria não somente se deixou de observar as benesses legais expressamente previstas na legislação especial, como foram os índios condenados pelo aparato estatal por estarem agindo de acordo com o seu modo tradicional de ser.

Diante deste quadro busca-se apresentar algumas alternativas à solução de conflitos oriundos da divergência cultural, pois o índio não pode mais ser considerado retardado ou com mentalidade incompleta em razão de ter nascido e crescido em um ambiente cultural diferenciado daquele do não índio. O que ele tem é apenas um desenvolvimento cultural diferente e deve ser respeitado como tal de acordo com os preceitos constitucionais.

É nesta seara que o presente estudo se insere. A legislação brasileira pós-Constituição tem avançado muito no reconhecimento de direitos aos índios e, hoje, a problemática indígena não consiste mais no seu reconhecimento jurídico formal, mas em sua efetividade. O Judiciário, como aplicador da lei, não vem acompanhando a evolução legislativa na mesma velocidade, posto que não está garantindo eficácia às leis protetoras dos índios de forma a efetivar o direito à diferença e o princípio do respeito à diversidade étnica e cultural dos índios. Ao contrário, toma suas decisões com base em premissas relacionadas ao grau de integração do índio aos padrões de cultura e de comportamento da sociedade não indígena para apuração da imputabilidade, com o que se ousa discordar.

1 DIFERENÇAS CULTURAIS E RECONHECIMENTO DA CULTURA INDÍGENA

O Estado brasileiro, desde a sua constituição, foi marcado pela miscigenação e pela pluridade étnica, não obstante as inúmeras tentativas de extinção de quaisquer manifestações culturais fundamentadas na ideia da integração nacional, isto é, na formação da cultura nacional preponderante. O resultado de todo esse processo foi a negação de grupos minoritários, a exemplo dos povos indígenas, que lutam, na atual conjuntura da sociedade multicultural, pelo seu reconhecimento como minoria étnica e pelo direito de viver a sua própria cultura como se verá neste capítulo, onde se fará uma abordagem histórico-conceitual acerca do tema.

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS ACERCA DA CONCEITUAÇÃO DE CULTURA

Para desenvolver o estudo proposto é necessário trabalhar o conceito de cultura pois seu objetivo central é analisar as diferenças existentes entre as culturas preponderante e a indígena. Para que isso seja possível, é imprescindível contextualizar o termo *cultura* a partir de uma perspectiva histórica.

Não se pretende aqui, nem isso seria possível, encontrar uma definição única e completa do conceito de cultura. A partir de algumas linhas de pensamento, contudo, propõe-se construir uma base conceitual e traçar os antecedentes históricos deste conceito tão complexo e ambíguo.³

Antes de adentrar especificamente no tema, cabe referenciar o pensamento de Bauman, que assim preceitua: “a ideia de cultura foi uma invenção histórica instigada pelo impulso de assimilar, do ponto de vista intelectual, uma experiência inegavelmente histórica”.⁴

Tendo em mente essa premissa, passa-se a discorrer sobre o conceito de *cultura*, que foi definido pela primeira vez por Edward Taylor, em 1871, quando sintetizou o termo germânico *Kultur*, utilizado no final do século XVIII para simbolizar todos os aspectos espirituais de uma comunidade, bem como a palavra francesa *Civilization*, que se referia às realizações materiais de um povo. Nesse sentido refere Elias:

³ BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 83.

⁴ Id., *ibid.*, p. 19.

O conceito alemão de *Kultur* alude basicamente a fatos intelectuais, artísticos e religiosos e apresenta a tendência de uma nítida linha divisória entre fatos deste tipo, por um lado, e fatos políticos, econômicos e sociais, por outro. O conceito francês e inglês de civilização pode se referir a realizações, mas também a atitudes ou “comportamento” de pessoas, pouco importando se realizaram ou não alguma coisa. No conceito alemão de *Kultur*, em contraste, a referência a “comportamento”, o valor que a pessoa tem em virtude de sua mera existência e conduta, sem absolutamente qualquer realização, é muito secundário. O sentido específico alemão do conceito de *Kultur* encontra sua expressão mais clara em seu derivado, o adjetivo *kulturell*, que descreve o caráter e o valor de determinados produtos humanos, e não o valor intrínseco da pessoa. Esta palavra, o conceito inerente a *kulturell*, não pode ser traduzido exatamente para o francês e o inglês.⁵

Desse modo, os intelectuais alemães passaram a chamar *Kultur* a suas formas de criar e admirar obras de arte e literatura, de idealizar e instituir sistemas religiosos e filosóficos, especialmente todo aquele conjunto de coisas que os diferenciava do resto do mundo e os tornava superiores aos demais. “A Cultura passou a ser escrita com letra maiúscula e no singular. Maiúscula porque era vista ocupando um *status* muito elevado; no singular, porque era entendida como única. E se era elevada e única, foi logo tomada como modelo a ser atingido pelas outras sociedades”.⁶

Para Taylor, a cultura seria “todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade”.⁷ Com esta definição o autor opôs-se à ideia de aquisição inata da cultura, ou seja, de que a cultura seria transmitida por mecanismos biológicos, passando, então, a entendê-la como algo que se aprende.

É importante que se diga que antes mesmo dessa delimitação do termo *cultura*, elaborada por Taylor, esse já era o entendimento de John Locke, que no ano de 1690, ao escrever *Ensaio* acerca do entendimento humano, contrapôs-se às ideias vigentes da época, de que os princípios ou verdades seriam impressos hereditariamente na mente humana, ou seja, que eram inatas.⁸

Nessa mesma linha de pensamento, Jacques Turgot (1727-1781), ao escrever o seu *Plano* para dois discursos sobre história universal, referiu expressamente a capacidade de o ser humano reter ideias, de comunicá-las e transmiti-las para os seus descendentes como herança.⁹

⁵ ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**: uma história dos costumes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, v. 2. p. 24.

⁶ VEIGA-NETO, Alfredo. Cultura, culturas e educação. **Revista Brasileira de Educação**. Rio de Janeiro, maio/ago. 2003, n. 23. pp. 5-15. p. 7.

⁷ LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 18.

⁸ Id., *ibid.*, p. 18.

⁹ Id., *ibid.*, p. 19.

Jean Jacques Rousseau (1712-1778), por sua vez, seguindo os passos de Locke e de Turgot, no ano de 1775, em seu *Discurso sobre a origem e o estabelecimento da desigualdade entre os homens*, atribuiu grande importância à educação, rechaçando com isso a ideia da transmissão biológica da cultura.¹⁰

De volta à para a definição de Taylor, datada de 1871, tem-se que cultura é todo o comportamento aprendido, tudo aquilo que independe de uma transmissão genética; rompe-se, assim, todo e qualquer ligação entre o cultural e o biológico.¹¹

Na obra *Ensaio sobre o conceito de Cultura*, Bauman analisa criticamente o termo *cultura* e afirma que é um aspecto da realidade social e, como tal, o seu conceito deve ser melhor compreendido, pois devido à existência de diversos conceitos nos diferentes discursos, é necessário distingui-los para que todos os significados formem um único conceito.¹²

O autor supramencionado refere que o termo *cultura* foi incorporado a três *univers du discours* diferentes. Isso significa que, em cada caso, o termo, embora mantendo intacta a sua forma, denota um conceito diverso. Nas palavras do autor, “há um só termo, porém três conceitos distintos”.¹³

Assim, face à relevância do tema, abordar-se-á brevemente os três discursos apontados por Bauman: a cultura, como conceito hierárquico; a cultura, como conceito diferencial; e a cultura, como conceito genérico, isso facilitará a compreensão do conceito de cultura o que permitirá que posteriormente se visualize com maior clareza as diferenças culturais entre a cultura indígena e a cultura preponderante brasileira.

1.1.1 A cultura como conceito hierárquico

A concepção hierárquica de cultura está atrelada ao sentido que foi desenvolvido historicamente pelos gregos, pois a tendência é classificar as pessoas por seu nível cultural. Neste caso, uma pessoa considerada “cultura”, em geral é aquela que é instruída, educada, cortês, requintada, nobre, acima de seu estado “natural”.¹⁴

Nesta perspectiva do conceito de cultura, Bauman elenca vários pressupostos inerentes ao termo, dentre eles o de que a cultura é herdada ou adquirida, ou seja, é parte separável do ser humano. Em outras palavras, é uma propriedade particular que partilha com a

¹⁰ LARAIA, Roque de Barros. Op. cit., 2001.

¹¹ Id., ibid.

¹² BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., 2012.

¹³ Id., ibid., p. 89.

¹⁴ Id., ibid.

personalidade a qualidade singular de ser ao mesmo tempo a “essência” definidora e a “característica existencial” descritiva da criatura humana.¹⁵

A cultura é uma propriedade e como tal pode ser adquirida, dissipada, manipulada, transformada, moldada e adaptada” e pode ser desenvolvida por uma *téchne*, que é o meio pelo qual a imensidão da natureza é forçada a se ajustar às necessidades humanas.¹⁶

O segundo requisito do conceito hierárquico está na qualidade de o ser humano ser moldado e adaptado, ajustando-se as suas necessidades. Isso significa que o principal atributo deste conceito está na educação, no aprendizado. Por outro lado, também é possível que a cultura seja abandonada e, como tal, que o indivíduo se torne cada vez mais inculto, mais selvagem.¹⁷

E, como terceiro pressuposto está a noção hierárquica de que a cultura é impregnada de valor, visto que a expressão indica uma posição parcial no debate a respeito da comparabilidade e/ou relatividade das soluções culturais.¹⁸

Deste modo, quando se fala em noção hierárquica de cultura, não é possível utilizar o termo *cultura* no plural, pois o conceito somente faz sentido no esforço consciente para se atingir um ideal. Assim, “cultura é atingir, alcançar, a natureza; cultura é aquilo que *in actu* se torna idêntico a sua *potentia* natural”.¹⁹ Evidencia-se, assim, que há um ideal a ser alcançado por meio da cultura que representa o empenho consciente para alcançar o potencial mais excepcional da natureza humana.

1.1.2 A cultura como conceito diferencial

Na perspectiva de Bauman, o conceito diferencial do termo *cultura* é empregado para explicar as diferenças entre comunidades de pessoas, entre indivíduos e comunidade e entender seus modelos sociais.²⁰ Não obstante isso, segundo o mesmo autor, “travar contato com diferenças culturais não significava percebê-las; e percebê-las não implica conferir o mesmo *status* existencial a formas de vida divergentes”.²¹

O primeiro e mais importante pressuposto do conceito diferencial de cultura é a convicção lockiana de que os seres humanos não são inteiramente determinados pelo

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., 2012. p. 90.

¹⁶ Id., *ibid.*, p. 91.

¹⁷ Id., *ibid.*, p. 91.

¹⁸ Id., *ibid.*, p. 93.

¹⁹ Id., *ibid.*, p. 93.

²⁰ Id., *ibid.*, p.103.

²¹ Id., *ibid.*, p.105.

genótipo. O ser humano é despreparado para o seu modo de vida e os determinantes naturais não o favorecem independentemente de suas escolhas.²² Nesse sentido:

A única coisa que esses determinantes estipulam é que deveriam ser feitas algumas escolhas para dotar o *homo sapiens in potentia* das características do *homo sapiens in actu*. Se restrito os aspectos somáticos, biológicos, um ser humano potencial é incompleto, truncado, monstruosamente infantil.²³

Outra característica do conceito diferencial de cultura diz respeito às várias formas socioculturais. O padrão cultural de qualquer civilização vale-se de propósitos e motivações potenciais, sendo necessário, para isso, haver uma seleção de intenções, pois sem essas escolhas nenhuma cultura poderia alcançar a inteligibilidade.²⁴ Uma vez estabelecido este padrão cultural há uma tendência a conservar suas características distintivas e manter reações defensivas em relação a condições e costumes de outras sociedades, ou seja, “uma vez feita uma escolha, a cultura resultante age como principal empecilho à aceitação das opções de outros povos”.²⁵

A terceira premissa refere que o conceito diferencial de cultura é incompatível com a noção de universais culturais, pois uma vez entendida a cultura como “uma forma de pensar, sentir, acreditar, como o conhecimento do grupo armazenado para o futuro” não há como se presumir que diversas culturas possam, de forma independente, encontrar uma solução idêntica, visto que a cultura é seletiva e possui uma configuração única.²⁶

Outra questão importante a ser levantada sobre este conceito é a incompatibilidade com a universalidade cultural. Ao longo da História, diversos antropólogos e estudiosos pretenderam descobrir as “culturas universais”, mas não logram êxito. A única coisa que alcançaram foram classificações inconclusivas, isso porque não existe um padrão cultural universal, o que há são pequenos pontos comuns entre uma e outra cultura da sociedade.²⁷

Nesta perspectiva, o diferencialismo cultural, muito embora preveja a característica fundamental de os seres humanos serem definidos por padrões culturais, demonstra uma veemente recusa a qualquer espécie de teorização que pretenda alocar as culturas como um modelo universal.²⁸

²² BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., 2012. p. 106.

²³ Id., *ibid.*, p. 107.

²⁴ Id., *ibid.*, pp. 107-108.

²⁵ Id., *ibid.*, p. 109.

²⁶ Id., *ibid.*, p. 110.

²⁷ Id., *ibid.*, pp. 111-114.

²⁸ Id., *ibid.*, pp. 111-114

Ainda segundo o autor, os usuários do método diferencial buscaram, por meio da escola da cultura e da personalidade, pesquisar a relação do indivíduo com sua cultura, utilizando para tanto o método etnográfico.

O principal mentor desta escola foi Franz Boas, que centrou seus estudos na “psicologia social behaviorista prosaica da década de 1920”, ou seja, ele julgava a reação do indivíduo em face da cultura, ao passo que seus seguidores estavam mais próximos do *Volksgeist* (espírito do povo), de Malinowski. Em seu estágio mais maduro a escola da cultura e da personalidade interessou-se pela Psicologia Humana e, por meio da visão freudiana, tentou provar o vínculo existente entre a cultura e a personalidade no âmbito do inconsciente.²⁹

Com a evolução da escola e a união entre as duas teorias – a psicológica e a cultural – a antropóloga Ruth Benedict declarou, em 1932, que “culturas são a psicologia individual ampliada na tela, ganhando proporções gigantescas e um longo tempo de duração”.³⁰

Mas foi na perspectiva de Bauman que as diversas correntes da Antropologia, dentro deste conceito diferencial de cultura, buscaram constituir padrões para compreender como se dá a “localização da ‘caixa-preta’³¹ da cultura”.³²

1.1.3 O conceito genérico de cultura

Segundo Bauman, o conceito genérico de cultura tem por objeto imputar à própria cultura o pressuposto de característica universal de todos os homens. Nesse sentido,

Se a noção hierárquica de cultura coloca em evidência a oposição entre formas de cultura “requintadas” e “grosseiras”, assim como a ponte educacional entre elas; se a noção diferencial de cultura é ao mesmo tempo um produto e um sustentáculo da preocupação com as oposições incontáveis e infinitamente multiplicáveis entre os modos de vida dos vários grupos humanos – a noção genérica é construída em torno da dicotomia mundo humano-mundo natural; ou melhor, da antiga e respeitável questão da filosofia social europeia – a distinção entre “*actus hominis*” (o que acontece ao homem) e “*actus humani*” (o que o homem faz). O conceito genérico tem a ver com os atributos que unem a espécie humana ao distingui-la de tudo o mais. Em outras palavras, o conceito genérico de cultura tem a ver com as fronteiras do homem e do humano.³³

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., 2012. p. 117.

³⁰ Id., ibid., p. 118.

³¹ “Caixa preta”, para Bauman (2012), é a realidade percebida pelo pesquisador. A escolha do estudioso vai determinar as variáveis do fenômeno investigado.

³² BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., 2012. p. 119.

³³ Id., ibid., pp. 130-131.

Como se pode perceber, o conceito genérico de cultura é muito mais que um agrupamento de normas e costumes padronizados dos diferencialistas. Antes de tudo ela é uma abordagem específica e totalmente humana e, por esta razão, Bauman apresenta uma influente definição de cultura, a qual se passa a reproduzir.³⁴

A primeira alternativa de definição de cultura é a totalista, ou seja, ela é entendida como um conjunto único de significados atribuídos à humanidade como um todo. Para os sociólogos, esse conceito peca por compreender a cultura como um sistema social para a totalidade da espécie humana, o que a torna por demais imprecisa e necessitada de bases mais sólidas de sustentação.³⁵

Outra abordagem do caráter genérico de cultura é inspirada no conceito estrutural-funcionalista do sistema social, que tem por base o pressuposto da universalidade dos pré-requisitos a serem satisfeitos para assegurar a sobrevivência do sistema social imaginável. Há, contudo, uma estrutura universal a ser completada por uma cultura específica, independente de suas características individuais.³⁶

Nesse sentido, os padrões de todas as culturas, por não serem totalmente isoladas, se convertem nos mesmos focos, podendo, desta maneira, serem comparáveis umas com as outras. Essa forma de generalidade na cultura demonstra que a humanidade está dividida em unidades distintas tendo, assim, uma função diferenciadora.³⁷

Outra solução para definir o conceito genérico de cultura reaparece nos universais éticos de Malinowski e Boas, os quais permitem comparações entre as culturas por meio de categorias gerais como, por exemplo, regras que aprovam ou proíbem determinados atos, ou princípios gerais que favorecem a estabilidade dos grupos. Os universais éticos, no entanto, não são produtos da natureza humana universal, sendo impossível conferir “*status ontológico*” àquilo que nada mais é que uma referência analítica aplicada universalmente por cientistas.³⁸

Nesse viés, a Sociologia Moderna trata a ética como o resultado do “agrupamento de valor central”, responsável por manter em funcionamento a rede de vínculos sociais entre os indivíduos.³⁹

Como última e mais provável alicerce da cultura em sentido genérico está a capacidade humana de pensar simbolicamente, ou seja, “a capacidade de produzir símbolos

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., 2012, p. 134.

³⁵ Id., *ibid.*, pp. 134-136.

³⁶ Id., *ibid.*, p. 136.

³⁷ Id., *ibid.*, pp. 137-138.

³⁸ Id., *ibid.*, p. 138.

³⁹ Id., *ibid.*, p. 140.

arbitrários e atribuir-lhes significado aceito do ponto de vista coletivo” por meio da linguagem.⁴⁰

Vigotski, em sua obra *O social e o cultural*, refere que o surgimento da capacidade simbólica constitui o ponto de passagem do plano natural para o plano cultural, e desempenha um papel específico de organização, adentrando no processo de uso de instrumentos e dando origem às principais formas de novas condutas.⁴¹

Essa capacidade de produzir e reproduzir novas estruturas por meio da linguagem humana lhe emprega o potencial de gerador de cultura e a transforma em um pilar da cultura como fenômeno genérico. Deste modo, o verdadeiro centro gravitacional da cultura como atributo universal dos seres humanos é essa excepcional capacidade de estruturação, em que “[...] o homem pode transformar-se transformando o mundo, e estruturar-se construindo estrutura [...]”.⁴²

Nessa linha de pensamento, a perspectiva desenvolvida por Claude Lévi-Strauss considera a cultura como um sistema estrutural, definida como “um sistema simbólico que é uma criação acumulativa da mente humana”.⁴³

Em suma, a noção genérica de cultura, com seu processo de estruturação, como único componente imprescindível do conceito, esforça-se para superar e remover a persistente oposição filosófica entre espírito e matéria, mente e corpo. Sendo, porém, a dicotomia criatividade e dependência dois aspectos indispensáveis da existência humana, não se pode transcendê-los de forma conclusiva, o que faz com que a cultura esteja obrigada a uma eterna continuidade.⁴⁴

Superados estes três conceitos de cultura apontados por Bauman, o que se apura é que o termo *cultura* possui o mais amplo dos conceitos e, nessa perspectiva, Immanuel Wallerstein aponta dois aspectos em que a cultura pode ser compreendida:

No primeiro aspecto é vista como “uma maneira de sintetizar as formas em que os grupos se distinguem de outros grupos”. A cultura representa aquilo que é compartilhado dentro do grupo e é simultaneamente, se vista numa perspectiva negativa da totalidade, aquilo que não é compartilhado total ou parcialmente fora do mesmo grupo. No segundo, o termo cultura é empregado para designar não a totalidade da especificidade de um determinado grupo em face de outro, mas identificar certas características dentro do grupo, em outras características dentro do mesmo grupo. Assim, utiliza-se o termo cultura para referir as artes superiores em

⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., 2012. p. 142.

⁴¹ PINO SIRGADO, Angel. O social e o cultural na obra de Vigotski. **Educação e Sociedade**, ano XXI, nº 71. pp. 55-56.

⁴² BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., 2012. p. 147.

⁴³ LARAIA, Roque de Barros. Op. cit., 2001. p. 60.

⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., 2012. pp. 153-154.

oposição à prática popular do dia-a-dia e designar aquilo que é superestrutural, em oposição daquilo que é base (sic).⁴⁵

Ademais, o que se buscou foi apontar linhas gerais basilares do termo *cultura*, pois como muito bem coloca Laraia, não há como se atribuir um conceito exato e preciso, visto que alcançar essa compreensão implica entender a própria natureza humana, o que, por certo, é um objetivo inalcançável em vista da complexidade inerente ao ser humano.⁴⁶

1.2 ASPECTOS GERAIS DA CULTURA PREPONDERANTE BRASILEIRA: IDENTIDADE E DIFERENÇA

Ao abordar os aspectos gerais da cultura preponderante brasileira é necessário, primeiramente, esclarecer os conceitos centrais envolvidos nessa discussão. São eles a identidade e a diferença, que estão, hoje, no centro da teoria social e da prática política.

Por muito tempo a questão da identidade foi tratada como um tema secundário, sempre ligado a um discurso ou a uma segmentação mais filosófica, reflexiva. No atual contexto multicultural, porém, a identidade assume um importante papel e pode ser analisada sob diferentes aspectos.⁴⁷

Ao se adentrar no tema *identidade* é necessário, primeiramente conceituá-la e, como uma primeira definição, pode-se afirmar que identidade é uma fonte de significado e experiência de um povo, ou seja, é a forma como se distingue um povo do outro, são as especificidades pelo qual se é reconhecido pelo outro.⁴⁸

Taylor, conceitua identidade como sendo a maneira como uma pessoa, ou um povo se define, são suas características, sua individualidade, o modo como são reconhecidos por si mesmos e pelos outros.⁴⁹

Deste modo, a identidade não é mero sentimento subjetivo, mas são laços culturais de classe, de profissão, de sexo, de comunidade linguística ou étnica, enfim, é o que torna possível a localização do indivíduo no conjunto do *socius*, por meio dos papéis e funções que cada qual desempenha nas várias instâncias coletivas.⁵⁰

⁴⁵ SOLDI, Rodrigo. Nacionalismo e cultura no contexto da globalização: um debate sobre a divisão internacional do trabalho. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, jun./2012, n. 13. pp. 105-116. p. 106.

⁴⁶ LARAIA, Roque de Barros. Op. cit., 2001. p. 64.

⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 23.

⁴⁸ CASTELLS, Manuel. O poder da identidade. In: **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Trad. de Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999, v. 2. p. 22.

⁴⁹ TAYLOR, C. A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 45.

⁵⁰ NOVAES, Sylvia Caiuby. **Jogo de espelhos: imagens da representação de si através dos outros**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1993. p. 59.

Do ponto de vista sociológico, “toda e qualquer identidade é construída”, e quanto aos atores sociais, pode-se dizer que a identidade é “um processo de construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais inter-relacionados, os quais prevalecem sobre outras fontes de significados”.⁵¹ Assim,

A construção de identidade vale-se da matéria prima fornecida pela História, Geografia, Biologia, instituições produtivas e reprodutivas, pela memória coletiva e por fantasias pessoais, pelos aparatos de poder e revelações de cunho religioso. Todos esses materiais são processados pelos indivíduos, grupos sociais e sociedades, que reorganizam seu significado em função de tendências sociais e projetos culturais enraizados em sua estrutura social, bem como em sua visão de tempo/espaço.⁵²

Neste contexto social da identidade, pode-se destacar e diferenciar três formas e origens de sua construção que, segundo Castells são: a identidade legitimadora, a identidade de resistência e a identidade de projeto.

O primeiro tipo de identidade é a legitimadora, a qual é estabelecida pelas instituições dominantes da sociedade, e tem como objetivo disseminar e racionalizar a sua dominação em detrimento dos demais agentes sociais.⁵³ “A identidade legitimadora dá origem à sociedade civil”, uma vez que organizações, instituições e atores sociais estruturados reproduzem a identidade que reflete os princípios da dominação estrutural.⁵⁴

É importante que se esclareça que a concepção de sociedade civil possui um conceito ambíguo. No entendimento de Gramsci e Tocqueville, o termo *sociedade civil* tem uma conotação positiva de mudança social democrática. Por outro lado, para Foucault e Sennett, possui um caráter de dominação intrínseca e legitimação de uma identidade imposta, homogeneizada e padronizada.⁵⁵

O segundo processo de construção de identidade é a de resistência, em que os agentes que se acham oprimidos e estigmatizados pela dominação constroem barreiras de resistência embasados em princípios diversos daqueles que fundamentam as instituições da sociedade, o que resulta na formação de comunas ou comunidades.⁵⁶

Segundo Castells, esta é, provavelmente, a maneira mais importante de construção da identidade de uma sociedade, uma vez que dá origem a maneiras de oposição coletiva diante da opressão sofrida.⁵⁷

⁵¹ CASTELLS, Manuel. Op. cit., 1999. p. 22.

⁵² Id., ibid., p. 23.

⁵³ Id., ibid., p. 24.

⁵⁴ Id., ibid., p. 24.

⁵⁵ Id., ibid., p. 25.

⁵⁶ Id., ibid., p. 25.

⁵⁷ Id., ibid., p. 25.

Por meio da resistência ocorre a “*exclusão dos que excluem pelos excluídos*, ou seja, a definição de uma identidade defensiva nos termos das instituições/ideologias dominantes, revertendo o julgamento de valores e, ao mesmo tempo, reforçando os limites da resistência”.⁵⁸

Por fim, a terceira forma de identidade é a de projeto, que nasce quando os agentes sociais se utilizam de material cultural e constroem uma nova identidade hábil a redefinir seu lugar na sociedade, almejando a modificação de toda a configuração social.⁵⁹ “Neste caso a construção da identidade consiste em um projeto de vida diferente, talvez com base em uma identidade oprimida, porém expandindo-se no sentido de transformação da sociedade como prolongamento deste projeto de identidade”.⁶⁰

Esses diferentes tipos de identidade são construídos e estão estritamente relacionados a um contexto social, definido como a fonte de significado e experiência de um povo, por eles determinado e estabelecido por um processo de individualização.

Na perspectiva dos Estudos Culturais, Woodward entende que a identidade é adquirida pela linguagem e pelos meios simbólicos por intermédio dos quais é representada, sendo a sua construção tanto simbólica quanto social.⁶¹ Segundo ele,

A representação inclui as práticas de significação e os sistemas simbólicos por meio dos quais os significados são produzidos, posicionando-nos como sujeito.
[...].

A representação, compreendida como um processo cultural, estabelece identidades individuais e coletivas e os sistemas simbólicos nos quais ela se baseia fornecem possíveis respostas às questões: Quem eu sou? O que eu poderia ser? Quem eu quero ser? Os discursos e os sistemas de representação constroem os lugares a partir dos quais os indivíduos podem se posicionar e a partir dos quais podem falar.⁶²

Dessa forma, a identidade está diretamente ligada à subjetividade, que é a “própria compreensão que temos sobre o nosso eu” e envolve “nossos sentimentos e pensamentos mais pessoais. Entretanto, nós vivemos nossa subjetividade em um contexto social no qual a linguagem e a cultura dão significado à experiência que temos de nós mesmos e no qual nós adotamos uma identidade”.⁶³

⁵⁸ CASTELLS, Manuel. Op. cit., 1999. p. 25 (grifos do autor).

⁵⁹ Id., ibid., p. 24.

⁶⁰ Id., ibid., p. 26.

⁶¹ WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz T.; HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn (Orgs.). **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 10.

⁶² Id., ibid., p. 17.

⁶³ Id., ibid., p. 55.

Assim, por meio da subjetividade é possível analisar o investimento pessoal em determinados âmbitos específicos e os sentimentos presentes no processo de criação da identidade, ou seja, por meio da subjetividade é possível explicar as razões pelas quais ocorre um afeiçoamento a determinadas identidades particulares.⁶⁴

Ainda, segundo a autora, a construção da identidade se dá pela diferença que é sustentada pela exclusão. Para se afirmar a primazia de uma identidade, contudo, é necessário não apenas colocá-la em oposição a uma outra que é, então, desvalorizada, mas também reivindicar alguma identidade “verdadeira”, autêntica. A identidade, portanto, depende da diferença.⁶⁵

Logo, “a diferença é um elemento central dos sistemas classificatórios por meio dos quais os significados são produzidos”.⁶⁶ Esses sistemas sociais e simbólicos criam as formas classificatórias que dão significado à vida social e às distinções essenciais – entre nós e eles, entre o fora e o dentro, entre o sagrado e o profano, entre o masculino e o feminino – que estão no centro dos sistemas de significação da cultura.⁶⁷

Ainda na ótica dos estudos culturais, Silva aduz que a diferença é um produto derivado da identidade, ou seja, a identidade é simplesmente aquilo que se é, tendo como referência apenas a si própria. A diferença, por sua vez, é uma oposição à identidade, é aquilo que o outro é, não obstante ambas estarem em estreita dependência. Nesta perspectiva, a identidade é a referência, é o ponto original relativamente ao qual se define a diferença.⁶⁸

Não obstante isso, o autor ressalta que é importante ater-se ao fato de que tanto a identidade quanto a diferença são criaturas da linguagem e, em decorrência de serem criações sociais e culturais, são caracterizadas pela indeterminação e instabilidade em vista do próprio caráter oscilante da linguagem. Mesmo assim, porém, possuem o poder de definir.⁶⁹

Elas não só são definidas como também impostas, elas não convivem harmoniosamente, lado a lado, em um campo sem hierarquias; elas são disputadas. A identidade e a diferença estão, pois, em estreita conexão com a relação de poder: o poder de definir a identidade e de marcar a diferença não pode ser separado das relações mais amplas de poder. A identidade e a diferença não são, nunca, inocentes.⁷⁰

⁶⁴ WOODWARD, Kathryn. Op. cit., 2000. pp. 55-56.

⁶⁵ Id., *ibid.*, pp. 12-13.

⁶⁶ Id., *ibid.*, p. 67.

⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 68.

⁶⁸ SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz T.; HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn (Orgs.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 75.

⁶⁹ Id., *ibid.*, p. 81.

⁷⁰ Id., *ibid.*, p. 81.

Por conseguinte, é por meio da representação que a identidade e a diferença ganham sentido e se conectam ao sistema de poder, pois, “quem tem o poder de representar tem o poder de definir e determinar identidade. É por isso que a representação ocupa um lugar tão central na teorização contemporânea sobre a identidade e nos movimentos sociais ligados à identidade”.⁷¹

Seguindo a trajetória dos estudos culturais, um dos principais autores a discutir o conceito de identidade foi Stuart Hall, no ensaio “*Quem precisa da Identidade*”. Para este autor, está acontecendo uma desconstrução das perspectivas identitárias em várias áreas disciplinares, as quais criticam a ideia de uma identidade originária e unificada.⁷²

Desta forma, a perspectiva desconstrutiva coloca certos conceitos-chave “sob rasura”. O sinal de “rasura” (X) significa que esses conceitos são inadequados, mas em razão de não existirem outros totalmente diferentes para substituí-los continua-se a utilizá-los, porém, não mais em sua forma original, uma vez que foram destotalizados e desconstruídos.⁷³

Essa abordagem desconstrutiva considera a identificação um processo inacabado, uma construção nunca concluída e uma vez firmada, ela não anula a diferença. Na verdade, trata-se de uma fusão que completa uma idealização entre o “mesmo” e o “outro”.⁷⁴

O conceito de identidade desenvolvido por este autor é estratégico, pois aceita a concepção de que as identidades nunca são unificadas e singulares, mas fragmentadas, multiplamente construídas ao longo de discursos, práticas e posições que podem se entrelaçar ou ser contraditórias, estando constantemente em processo de mudança e transformação.⁷⁵

[...] as identidades são construídas por meio das diferenças e não fora delas. Isso implica o reconhecimento radicalmente perturbador de que é apenas por meio da relação com o Outro, da relação com aquilo que não é, com precisamente aquilo que falta, com aquilo que tem sido chamado de seu *exterior constitutivo*, que o significado “positivo” de qualquer termo – e, assim, sua “identidade” – pode ser construída (Derrida, 1981; Laclau, 1990; Butler, 1993).

As identidades podem funcionar, ao longo de toda a sua história, como pontos de identificação e apego apenas *por causa* de sua capacidade para excluir, para deixar de fora, para transformar o diferente em “exterior”, em abjeto. Toda identidade tem, à sua “margem” um excesso, algo a mais. A unidade, a homogeneidade interna, que o termo “identidade” assume como fundacional não é uma forma natural, mas uma forma construída de fechamento: toda identidade tem necessidade daquilo que lhe “falta” – mesmo que este outro que lhe falta seja um outro silenciado e inarticulado.

⁷¹ SILVA, Tomaz Tadeu da. Op. cit., 2000. p. 91.

⁷² HAAL, Stuart. Quem precisa da identidade. In: SILVA, Tomaz T.; HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn (Orgs.). **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 103.

⁷³ Id., *ibid.*, p. 104.

⁷⁴ Id., *ibid.*, p. 106.

⁷⁵ Id., *ibid.*, p. 108.

Laclau (1990) argumenta, de forma persuasiva, que “a constituição de uma identidade social é um ato de poder, pois se uma identidade consegue se afirmar é apenas por meio da repressão daquilo que a ameaça. Derrida mostrou como a constituição de uma identidade está sempre baseada no ato de excluir algo e de estabelecer uma violenta hierarquia entre os dois polos resultantes” (Laclau, 1990: p. 33).⁷⁶

Deste modo, as identidades funcionam por meio da exclusão e da produção de sujeitos marginalizados, uma vez que “são vinculadas a interesses de poder, produzidas e transformadas, continuamente, em relação às formas pelas quais os atores sociais são representados ou interpelados nos sistemas culturais que os rodeiam”.⁷⁷

Em vista disso, a cultura nacional constitui-se na principal fonte de identidade, transformando-se na identidade preponderante do país. Como refere Hall, ela não vem impressa nos genes, mas é gerida como parte essencial da natureza humana.⁷⁸

A concepção de identidade nacional passou ser concebida na Europa, a partir do século XVIII, para designar a identidade de cada povo. Segundo Hobsbawm, eram três critérios que permitiam que um povo fosse classificado como nação:

1. O primeiro desses critérios era sua associação histórica com um Estado existente ou com um Estado de passado recente e razoavelmente durável;
2. o segundo critério era dado pela existência de uma elite cultural longamente estabelecida, que possuísse um vernáculo administrativo e literário escrito;
3. o terceiro critério que, infelizmente precisa ser dito, era dado por uma provada capacidade para a conquista.⁷⁹

No período anterior a esta época não existiam nações propriamente ditas, vindo essa construção da identidade nacional a se desenvolver plenamente no século XIX.⁸⁰

Castells afirma que, contemporaneamente, havia quatro pontos fundamentais das teorias sociais do nacionalismo: “Primeiro: o nacionalismo contemporâneo pode ou não estar voltado à construção de um Estado-Nação soberano e, portanto, as nações são, tanto do ponto de vista histórico quanto analítico, entidades independentes do Estado”.⁸¹

⁷⁶ HAAL, Stuart. Op. cit., 2000. p. 111.

⁷⁷ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Trad. de Tomás Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 13.

⁷⁸ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 9. ed. Trad. de Tomás Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 47.

⁷⁹ HOBBSAWM, Eric J. **Nações e nacionalismo desde 1780**. Programa, mito e realidade. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 49.

⁸⁰ FIORIN, José Luiz. A construção da identidade nacional brasileira. *In*: BAKHTINIANA: Revista de Estudo do Discurso. São Paulo, 1º sem. 2009, v. 1, n. 1. pp. 115-126. p. 116.

⁸¹ CASTELLS, Manuel. Op. cit., 1999. p. 46.

Segundo, as nações não estão limitadas ao Estado-Nação moderno como originalmente formado na Europa, pois a transferência de certos princípios europeus para culturas não europeias é inviável pela impossibilidade de os europeus estabelecerem distinções entre “soberania do povo”, “soberania nacional” e “direitos de uma determinada etnia”.⁸²

Terceiro, o nacionalismo não é fundamentalmente um fenômeno das elites, pois reflete, em algumas oportunidades, justamente a reação das classes menos favorecidas por meio de movimentos sociais contra essa elite dominante.⁸³

E, quarto, o nacionalismo contemporâneo tende a ser mais cultural que político em razão de ser mais reativo do que ativo, ou seja, é mais voltado à defesa de uma cultura já institucionalizada do que à construção ou defesa de um Estado.⁸⁴ Nessa percepção:

O nacionalismo cultural procura regenerar a comunidade nacional por meio da criação, preservação ou fortalecimento da identidade cultural de um povo, quando se sente sua falta ou uma ameaça a essa identidade. Tal nacionalismo vê a nação como fruto de sua história e culturas únicas, bem como uma solidariedade coletiva dotada de atributos singulares. Em suma, o nacionalismo cultural preocupa-se com os elementos distintivos da comunidade cultural como essência de uma nação.⁸⁵

Segundo Castells, para se construir nações ou induzir ao nacionalismo não basta haver uma etnia, religião, idioma e território. É necessário, também, uma “experiência compartilhada”, ou seja, uma história, um projeto comum que vai formando uma forte identidade cultural/territorial de caráter nacional.⁸⁶

Cabe mencionar que, no Brasil, o nacionalismo é territorial, vinculado à delimitação de um espaço. Isso significa que a constituição do estado antecedeu à da nação, e, na busca de raízes, de uma identidade própria diversa da simples transposição do modelo europeu foi preciso criar uma “cultura nacional” por meio de um processo político e econômico, em que as minorias foram rejeitadas e ignoradas em prol da unidade nacional.⁸⁷

Deste modo, a “nação é vista como uma comunidade de destino, acima das classes, acima das regiões, acima das raças”.⁸⁸ Em outras palavras, gradativamente o predomínio das minorias vai diminuindo em favor de uma nacionalidade. Nesse sentido, afirma D’Adesky:

⁸² CASTELLS, Manuel. Op. cit., 1999. p. 46.

⁸³ Id., *ibid.*, p. 47.

⁸⁴ Id., *ibid.*, p. 47.

⁸⁵ Id., *ibid.*, p. 47.

⁸⁶ Id., *ibid.*, p. 46.

⁸⁷ STAVENHAGEM, Rodolfo. Cultos incultos e ocultos: as novas identidades. In: CANCLINI, Nestor Garcia (Coord.). **Culturas da Ibero-América**: diagnósticos e propostas para seu desenvolvimento. Trad. de Ana Venite Fuzato. São Paulo: Moderna, 2003. pp. 33-38.

⁸⁸ FIORIN, José Luiz. Op. cit., 2009. p. 117.

[...] são as características político-jurídicas às quais se junta a existência de uma base territorial que afirmam o predomínio da nação moderna sobre as etnias e que asseguram a clara separação entre identidade nacional e identidade étnica, uma vez que não somente ao Estado se atribui o monopólio da coação orgânica, mas lhe cabe também, por direito, a necessária organização das aspirações de uma comunidade nacional num território claramente delimitado, cuja soberania é reconhecida por outros Estados.⁸⁹

É nesse contexto político de Estado-Nação como cultura preponderante que são colocados em segundo plano os grupos minoritários. A identidade nacional é a soma dos valores culturais que, apesar de abarcarem as diferenças regionais e étnicas se caracterizam por um traço hegemônico fundamentado em um território, história, idioma, religiões, costumes comuns.⁹⁰

Não obstante esse caráter homogeneizador da cultura preponderante, a nação brasileira possui um caráter multicultural, e esses grupos minoritários, onde estão compreendidos os indígenas, vêm lutando pelo reconhecimento da diferença cultural e reivindicando seus direitos, dentre eles o de serem reconhecidos como índios e de viverem a sua própria cultura.

1.3 ASPECTOS GERAIS DA CULTURA INDÍGENA: RECONHECIMENTO COMO MINORIA ÉTNICA

A teoria do reconhecimento desenvolvida por Hegel em sua obra *Fenomenologia do Espírito* alcançou uma clareza conceitual na qual a luta pelo reconhecimento é descrita como o “processo social que leva a um aumento da comunitarização, no sentido de um descentramento das formas individuais de consciência”.⁹¹

Desse modo, pode-se afirmar que as identidades dos indivíduos somente são construídas após passarem pelo processo de reconhecimento intersubjetivo e, quando isso não ocorre, esses indivíduos se unem em lutas por reconhecimento.⁹²

Nesse sentido, segundo Taylor, a identidade estaria estreitamente vinculada à ideia de reconhecimento, isto é:

A tese consiste no fato de a identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorreto dos outros, podendo uma pessoa ou um grupo de pessoas serem realmente prejudicadas serem alvos de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam refletirem uma

⁸⁹ D’ADESKY, Jacques. **Pluralismo étnico e multiculturalismo**: racismo e antirracismos no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2009. p. 60.

⁹⁰ Id., *ibid.*, p. 60.

⁹¹ SCHAPER, Valério Guilherme. Para além do reconhecimento: contribuição da ideia cristã de reconciliação para a ética. In: SCHAPER, Valério Guilherme; WESTHELLE, Vitor; OLIVEIRA, Kathlen Luana de; GROSS, Eduardo. **Deuses e ciência na América Latina**. São Leopoldo, RS: Oikos, 2012. p. 44.

⁹² Id., *ibid.*, p. 44.

imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos. O não reconhecimento ou o reconhecimento incorreto pode afetar negativamente, podem ser uma forma de agressão, reduzindo uma pessoa a uma maneira de ser falsa, distorcida, que a restringe.⁹³

Nessa perspectiva, os índios no Brasil tiveram uma identidade imposta e destrutiva de sua cultura original, uma vez que os europeus alicerçaram a esses povos indígenas uma imagem como seres inferiores, incivilizados, e, por intermédio da força, conseguiram impor essa imagem aos povos colonizados, fazendo com que estes se reconhecessem como tal.⁹⁴

Essa representação ou imagem imposta pelos colonizadores, por meio da qual os índios passaram a ser reconhecidos, fez com que os europeus não somente se apropriassem dos seus territórios e das suas riquezas, como também, ao assimilarem tão naturalmente cada aspecto da nova realidade, acabaram por reinventar a identidade dos indivíduos que ali viviam, transformando-os em selvagens.

A imposição da imagem ao povo indígena como selvagens, atrasados, inferiores, incivilizados foi um facilitador para a imposição dos padrões ocidentais, seja em termos de valores culturais que passaram a ser incorporados, como também a concepção do trabalho como virtude, a moral cristã, os hábitos alimentares, vestuários, e a percepção de tempo e espaço.⁹⁵

O que ocorreu com este povo foi, portanto, um “desnudamento cultural”, expressão utilizada por Rosaldo, citado por McLaren,⁹⁶ que significa que os índios foram “desnudados” de sua cultura, identidade racial ou étnica com o objetivo de criar identidades formais que lhes dava a ilusão de identidade enquanto, simultaneamente, apagava a diferença característica desse povo.

Essa mudança social foi substituindo os elementos da cultura original dos índios por outros da cultura dominante imposta pelos padres jesuítas, de tal modo que a cultura original foi sendo gradualmente descaracterizada.⁹⁷

As ideias deturpadas sobre a ignorância dos indígenas e a sua dependência com relação à orientação dos “civilizados” europeus puderam ser observadas, também, por parte dos colonos que se assentavam sobre territórios, agora, brasileiros. Quando os índios viviam com eles, trabalhando como servos ou escravos, ou seja, subjugados ao domínio estrangeiro, eram vistos como “bons selvagens”, que precisavam da educação civilizada e generosa que

⁹³ TAYLOR, Charles. Op. cit., 1994. p. 45.

⁹⁴ Id., *ibid.*, 1994. p. 45.

⁹⁵ NOVAES, Sylvia Caiuby. Op. cit., 1993. p. 64.

⁹⁶ McLAREN, Peter. **Multiculturalismo crítico**. 3. ed. São Paulo: Instituto Paulo Freire/Cortez, 2000. p. 73.

⁹⁷ NOVAES, Sylvia Caiuby. Op. cit., 1993. p. 40.

lhes era propiciada pelos colonos e padres. Quando lutavam contra a ocupação e usurpação de suas terras e de suas almas, eram considerados “feras, selvagens, vingativos e maus”, que deveriam ser eliminados fisicamente, já que não se enquadravam nas regras europeias; eram “bárbaros”, “vândalos”, não tinham civilidade e nem religião.

Desse modo, a ideia dos europeus, em especial dos jesuítas, tinha a função de educação catequizadora para os indígenas, pois não se opunha às suas vontades brutais, mas “[...] de pouco em pouco infiltrar-lhes melhores sentimentos, até que eles mesmos, conhecendo a vantagem, procurem o benefício que se busca fazer-lhes conhecer”.⁹⁸

Na perspectiva de Taylor, os europeus conseguiram projetar nos povos indígenas, por meio da conquista e da força, uma imagem de seres inferiores, o que facilitou, inclusive, no processo de apropriação de suas terras, uma vez que, com a fragmentação de seu território, os índios deixaram de ser um povo identificado com o seu espaço, reconhecidos pela tradição e pelas práticas culturais.⁹⁹

A introdução de uma política de reconhecimento indígena igualitário passou a exigir o mesmo tratamento para as diversas culturas, entre elas a identidade étnica, a qual vem se reafirmando e se recriando a partir do momento que esses sujeitos se constituíram em um coletivo (“*nós, índios*”). Isso implica na descaracterização das diferenças que marcam a distância entre estes vários grupos unidos num só sujeito político.¹⁰⁰

Foi somente na década de 1980, contudo, que surgiram, no Brasil, as primeiras organizações indígenas que apresentaram demandas perante o Estado nacional. Ao reclamar por seus direitos humanos, adquiriram crescente consciência de sua especificidade identitária no panorama nacional, ao passo que a identidade étnica e as diferenças culturais começaram a despontar no cenário político.¹⁰¹

Sobre identidade étnica pode-se afirmar que ela existe nas relações entre sujeitos e grupos sociais, ou seja, na distinção de pessoas com determinadas peculiaridades etnoculturais típicas de seu grupo. A identidade étnica está diretamente relacionada com os conteúdos culturais de cada povo, como os valores de moralidade e de excelência.

Segundo D’Adeski, as concepções de identificação étnica propõem critérios não visíveis, substituindo a cultura por um sentimento de vinculação a uma coletividade, tendo por base ideais e interesses:

⁹⁸ MACHADO, Maria Fátima Roberto. Memórias portuguesas sobre os selvagens: cultura e história nas relações étnicas em Mato Grosso no século XIX. In: **Congresso Portugal – Brasil: memórias e imaginários**. Lisboa: GT do Ministério da Educação para as comemorações dos descobrimentos portugueses, 1999. p. 12.

⁹⁹ TAYLOR, Charles. Op. cit., 1994. p. 46.

¹⁰⁰ NOVAES, Sylvania Caiuby. Op. cit., 1993. p. 26.

¹⁰¹ STAVENHAGEM, Rodolfo. Op. cit., 2003. p. 41.

A abordagem da identidade étnica desenvolvida por Selim Abou ilustra bem a recorrência quando define o grupo étnico como um grupo cujos membros possuem, a seus próprios olhos e diante dos outros, uma identidade distinta enraizada na consciência de uma história ou de uma origem comum.

Esse fato de consciência tem por base os dados objetivos de uma língua, de uma raça ou de uma religião comum, às vezes de um território, instituições ou traços culturais comuns, embora possam faltar algumas dessas características.¹⁰²

A identidade, portanto, sempre é evocada quando um grupo, neste caso os índios, reivindica para si o espaço político da diferença. Nesse sentido, refere Novaes:

São grupos que se dirigem à sociedade de um modo geral, ou a uma entidade tão abstrata como “o governo”. É neste conceito amplo de reconhecimento de semelhanças e diferenças, que se pode perceber a articulação de poder e cultura, entre a vontade de resgate de autonomia e os caminhos para se chegar até ela, que passam necessariamente, pelas trilhas da cultura, pois é exatamente no domínio da cultura que estes grupos (sejam mulheres ou índios) resgatam sua autonomia e reafirma a sua diferença.¹⁰³

Taylor, por sua vez, refere que a política da diferença redefine a não discriminação como uma exigência que leva a fazer dessas distinções a base do tratamento diferencial.¹⁰⁴ Destarte, os membros de grupos indígenas têm direitos e poderes diferentes das outras pessoas, podendo inclusive, excluí-las para preservarem a sua identidade cultural.¹⁰⁵

De outra banda, Cunha aponta que a identidade étnica pode ser reforçada a partir de infortúnios, ou seja, as diásporas de populações ou as tentativas de aculturação ou catequização de grupos culturais distintos, como as que foram implantadas no processo de conquista do continente americano, geram um fortalecimento da identidade étnica como forma de resistência ao elemento dominador. Dessa forma, essa identidade se manifesta como um ato político, gerando organizações eficientes de resistência e de conquista de espaços.¹⁰⁶

Nesse mesmo rumo, Poutignat e Streiff-Fenart veem a etnicidade como um produto da desigualdade social e do desenvolvimento capitalista, isto é, como uma estratégia de reivindicação de recursos ou, ainda, como uma forma de resistência organizada ao processo de modernização. Ademais, este processo leva as etnias a uma contínua transformação, criando uma dinâmica interna no grupo, que se reorganiza continuamente a fim de manter uma unidade política e ideológica diante da sociedade a que se contrapõe.¹⁰⁷

¹⁰² D'ADESKY, Jacques. Op. cit., 2009. p. 44.

¹⁰³ NOVAES, Sylvia Caiuby. Op. cit., 1993. p. 27.

¹⁰⁴ TAYLOR, Charles. Op. cit., 1994. p. 60.

¹⁰⁵ Id., *ibid.*, p. 60.

¹⁰⁶ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Antropologia do Brasil: mito, história e etnicidade**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 820.

¹⁰⁷ POUTIGNAT, P.; STREIFF-FENART, J. **Teorias da etnicidade**. Seguindo de grupos étnicos e suas fronteiras de Frederik Barth. São Paulo: UNESP, 1998.

Voltando à perspectiva de Taylor, o discurso do reconhecimento apresenta dois níveis:

[...] o primeiro está na esfera íntima, onde a formação da identidade e do ser é entendida como fazendo parte de um diálogo e lutas permanentes com os outros importantes; e depois, na esfera pública, onde a política de reconhecimento igualitário passou a desempenhar um papel cada vez maior.¹⁰⁸

Esse processo de reconhecimento e de reafirmação da identidade indígena possibilita a retomada de atitudes e de comportamentos de reafirmação sociocultural e é nesse panorama que se faz necessário definir o que é ser índio nos dias atuais.

Nas últimas décadas, o critério da autoidentificação étnica vem sendo amplamente aceito pelos estudiosos da temática indígena. Um conceito amplo do que é ser índio seria: “índio é todo o indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade pré-colombiana que se identifica etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com quem está em contato”.¹⁰⁹

Uma definição muito semelhante foi adotada pelo Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19.12.1973), que norteou as relações do Estado brasileiro com as populações indígenas até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88).

O Estatuto do Índio, de 1973, esclarece que é indígena “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”.

A comunidade internacional convencionou aceitar, *a priori*, o autorreconhecimento, baseado em elementos constituintes como sua história, relação geográfica, identidade cultural, social, política, econômica, etc, como parâmetros para definir a existência de um povo e de seus indivíduos.¹¹⁰

As noções de descendência e de autorreconhecimento estão presentes em uma das principais definições de povos indígenas, como por exemplo, a adotada pela Anistia Internacional, oriunda do Convênio 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).¹¹¹

[...] indígenas pelo fato de descender de populações que habitavam no país ou em uma região geográfica a que pertencia o país na época da conquista ou colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, qualquer que seja sua situação jurídica, conserva todas suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas [...].

¹⁰⁸ TAYLOR, Charles. Op. cit., 1994. p. 57.

¹⁰⁹ RELATÓRIO AZUL. **Povos indígenas**. Assembleia Legislativa do RS, Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 1997. p. 103.

¹¹⁰ Id., *ibid.*, p. 103.

¹¹¹ Id., *ibid.*, p. 103.

Outra definição importante é a da Organização das Nações Unidas (ONU), formulada pelo Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas, da Subcomissão de Prevenção da Discriminação e de Proteção das Minorias:

[...] Comunidades, povos e nações indígenas são aquelas que [...], se consideram a si mesmas diferentes de outros setores da população [...]. Pelo momento eles não são parte dos setores dominantes da sociedade e estão decididos firmemente a manter seus territórios ancestrais e sua identidade étnica [...].¹¹²

A Constituição Federal de 1988 não elenca critérios de identidade indígena, apenas estabelece a competência do Estado em demarcar as terras desses povos a fim de lhes garantir os seus direitos básicos.

A Carta Magna de 1988 estabelece também no seu art. 231,¹¹³ que são reconhecidos aos índios os direitos a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Nesse contexto, Silva¹¹⁴ argumenta que a Constituição Federal de 1988, especialmente no artigo supra referido, revela um grande esforço do constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios, fato que conseguiu num limite bem razoável.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu, também, o direito à diferença cultural, fundamento de um Estado pluriétnico, e o caráter multicultural da nação brasileira, bases para

¹¹² RELATÓRIO AZUL. Op. cit., 1997. p. 103.

¹¹³ CF/88, art. 231. São reconhecidos 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.

§ 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes.

§ 3º. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º. Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º.

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 90.

uma sociedade mais justa e de um efetivo Estado Democrático de Direito. Ao efetivá-lo constitucionalmente, viabilizou as condições para futuras transformações políticas no Estado, as quais asseguram, hoje, a igualdade de direitos também à saúde, à educação, à segurança alimentar.

Deste modo, segundo refere Cunha, a cultura indígena não é estática, mas se transforma em “cultura de contraste”, apresentando sinais diacríticos definidos numa relação concreta. As identidades étnicas não têm uma substância, mas são construídas nas relações de contraste. Assim, são índios aqueles que se consideram e são considerados índios. “Os grupos étnicos só podem ser caracterizados pela própria distinção que eles percebem entre eles próprios e os outros grupos com os quais interagem”.¹¹⁵

Em suma, um grupo de pessoas pode ser considerado indígena se assim se considerar, ou se for considerado dessa forma pela população que o cerca. Mesmo sendo o critério mais utilizado, a identidade étnica tem sido colocada em discussão, já que muitas vezes envolve interesses de ordem política que levam à adoção de tal definição, assim como já acontecia há 500 anos.

Para os povos indígenas já distantes daquele padrão do índio “selvagem” não tem sido fácil impor sua identidade étnica à sociedade e ao Estado brasileiro, apesar de contarem com o apoio político de entidades indigenistas de grande credibilidade e peso na sociedade, como é o caso do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) da Igreja Católica, de antropólogos e suas universidades e dos Procuradores da República do Ministério Público Federal (MPF), entre outros. As autoridades governamentais não entendem que direitos indígenas nada têm a ver com “primitividade” ou “pureza” cultural e biológica, mas, com o dever de o Estado reconhecer os índios como descendentes da população autóctone, que é a sua identidade.¹¹⁶

Desse modo, pode-se afirmar com base nas teorias de etnicidade vigentes e aceitas pela sociedade brasileira, que os índios são um grupo étnico diferenciado, que se reconhece enquanto tal, e que vem reivindicando essa identidade a fim de se afirmar no seio da sociedade. Esta, por sua vez, deve respeitar suas especificidades, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento de seus territórios, já que sentem a necessidade da demarcação legal de suas terras, o que até então não se fazia necessário, uma vez que para esse povo a terra é um bem coletivo e não pertence a um único proprietário.

¹¹⁵ CUNHA, Manuela Carneiro da. Op. cit., 1987. p. 111.

¹¹⁶ OLIVEIRA FILHO, João Pacheco. A problemática dos “Índios Misturados” e os limites dos estudos americanistas: um encontro entre antropologia e história. In: **15 ensaios em Antropologia Histórica**. Rio de Janeiro: Ed. da UFRJ, 1999. pp. 99-123.

Ao se observar, contudo, o conceito de identidade étnica neste grupo específico, percebe-se que existe, atualmente, uma identificação desse povo com a sociedade dominante. Ressalta-se, portanto, a diferença existente entre eles e os outros principalmente no que tange à reivindicação dos seus direitos culturais como indígenas, numa forma de reação política, pois no interior das aldeias a vida de cada grupo de parentela continua mantendo sua própria organização tribal e familiar sem se preocupar com uma identidade maior, ou com um reconhecimento étnico pela nação brasileira.¹¹⁷

Esses indígenas são atores sociais históricos e têm diferentes formas de interagir na sociedade. Sua cultura não é estática e nem homogênea, ela se constrói cotidianamente dentro do grupo e, principalmente, dentro de cada comunidade, de acordo com as vivências que esse grupo teve com seus “outros” ao longo de sua história.

Neste contexto, é sabido que os grupos indígenas do Brasil, apesar de sofrerem a pressão do elemento europeu para que abandonassem seus costumes e se incorporem aos hábitos ocidentais, continuavam a sustentar seu modo de vida, mesmo que clandestinamente. Foi assim que mantiveram sua língua, seus rituais, seus mitos, os quais eram transmitidos aos descendentes e, dessa forma, constituíram e ainda constituem fortalezas resistentes à hegemonia cultural.

Ao longo da História Colonial houve uma forte tentativa de miscigenação do povo indígena, sendo que muitos indivíduos se enquadraram e hoje, embora fenotipicamente se pareçam com indígenas, não se identificam como tal. Ao se tomar a ideia de etnicidade como ato político, de resistência à dominação, pode-se perceber que os indígenas reclamam para si o reconhecimento pela sociedade envolvente do *status* de “povo indígena”, independente de uma integração com o Estado nacional.¹¹⁸

1.4 MULTICULTURALISMO COMO UM NOVO PARADIGMA

A atual conjuntura social é caracterizada por sua heterogeneidade cultural, composta por diversos grupos, diferentes interesses, múltiplas formas de viver, o que acarreta, por vezes, intolerância entre essas distintas identidades culturais. É nesse contexto que emerge o multiculturalismo como um novo paradigma que busca nessa sociedade plurista um

¹¹⁷ BARÃO, Vanderlise Machado. **A escola indígena e o poder de estado:** construção de uma identidade étnica entre os Mbyá Guarani. Dissertação (Mestrado) – PUCRS, IFCH, CPGH. Porto Alegre, jul. 2005. p. 139.

¹¹⁸ Id., *ibid.*, 2005. p. 155.

tratamento igualitário entre as etnias, permitindo a efetiva participação de todos os povos nas novas formas de regulação social, onde a diversidade é a regra.¹¹⁹

Multiculturalismo é um conceito amplo e complexo que inclui uma variedade de grupos sociais que lutam por reconhecimento, fundamentados na diversidade cultural e que permitem uma reflexão sobre a problemática das diferenças originadas na sociedade democrática.¹²⁰

O termo *multiculturalismo* apresenta diversas formas, podendo mudar de um lugar para outro em razão da existência de inúmeras sociedades multiculturais, o que fez com que seu conceito se desenvolvesse de uma forma muito heterogênea visto que se trata de uma mescla de culturas, de visões de mundo e de valores.¹²¹

Não obstante isso, no entendimento de Gonçalves e Silva, o multiculturalismo é

um movimento de ideias que resulta de um tipo de consciência coletiva, para a qual as orientações do agir humano se oporiam a toda forma de ‘centrismos’ culturais, ou seja, de etnocentrismos. Em outros termos, seu ponto de partida é a pluralidade de experiências culturais, que moldam as interações sociais por inteiro.¹²²

Moreira, por sua vez, entende que o termo *multiculturalismo* apresenta diversos enfoques, dentre eles cita os principais:

a) atitude a ser desenvolvida em relação à pluralidade cultural; b) meta a ser alcançada em um determinado espaço social; c) estratégia política referente ao reconhecimento da pluralidade cultural; d) corpo teórico de conhecimentos que buscam entender a realidade cultural contemporânea; e) caráter atual das sociedades ocidentais.¹²³

Do ponto de vista deste autor, o último enfoque é o mais adequado para definir os complexos fenômenos culturais contemporâneos, uma vez que o “multiculturalismo representa, em última análise, uma condição inescapável do mundo ocidental, à qual se pode responder de diferentes formas, mas não se pode ignorar. Multiculturalismo refere-se à natureza dessa resposta”.¹²⁴

¹¹⁹ SILVERIO, Valter Roberto. O multiculturalismo e o reconhecimento: mito e metáfora. In: **Cultura Vozes**. Petrópolis, RJ: Vozes: 2000, ano 94, n. 1, v. 94. pp. 83-100. p. 87.

¹²⁰ GROFF, Paulo Vargas; PAGEL, Rogério. Multiculturalismo, direitos humanos e ações afirmativas. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL’OLMO, Florisbal de Sousa (Orgs.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & novas formas de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 159.

¹²¹ Id., *ibid.*, p. 159.

¹²² GONÇALVES, Luis Alberto Oliveira; SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. **O jogo das diferenças: o multiculturalismo e seus contextos**. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2004. p. 14.

¹²³ MOREIRA, Antônio Flávio Barbosa. A recente produção científica sobre currículo e multiculturalismo no Brasil (1995-2000): avanços, desafios e tensões. In: **Revista Brasileira de Educação**. Anped, n. 18, set-dez/2001. pp. 65-81. p. 66.

¹²⁴ Id., *ibid.*, p. 66.

Hall, por sua vez, na obra *Da diáspora: identidades e mediações culturais*, refere que o multiculturalismo é composto por uma série de processos e estratégias políticas inacabadas e, pela razão de haver diferentes sociedades multiculturais, também há distintas formas de multiculturalismos.¹²⁵

Na verdade, o “multiculturalismo” não é uma única doutrina, não caracteriza uma estratégia política e não representa um estado de coisas já alcançado. Não é uma força disfarçada de endossar algum estado ideal ou utópico. Descreve uma série de processos e estratégias políticas sempre inacabadas.¹²⁶

Em face disso, o multiculturalismo apresenta várias tendências, dentre elas o conservador, o humanista liberal e humanístico de esquerda, o crítico ou de resistência ou ainda revolucionário.¹²⁷

O multiculturalismo conservador ou empresarial é embasado em Hume, e apareceu, inicialmente, como uma proposta colonialista com o objetivo de absorver as diferenças às tradições e costumes da maioria tradicional dominante, defendendo a construção de uma cultura comum unitária.¹²⁸

Essa concepção assevera uma hierarquia entre os seres humanos, assegurando a superioridade da cultura tradicional conduzida pela elite branca frente às demais, consideradas inferiores nessa escala, como os índios e os negros, por exemplo.¹²⁹

Nas palavras de McLaren:

Mesmo que eles se distanciem das ideologias racistas, os multiculturalistas conservadores disfarçam falsamente a igualdade cognitiva de todas as raças e acusam as minorias mal sucedidas de terem ‘bagagens culturais inferiores’ e carência de fortes valores de orientação familiar. [...] Isto também oferece à elite cultural branca a desculpa que precisam para ocupar desproporcional e irrefletidamente as posições de poder.¹³⁰

Deste modo, como mecanismo de integração, houve uma tentativa de construir uma cultura comum, de impor valores de uma referida cultura como uma estratégia de assimilação majoritária sobre as outras minorias.¹³¹

¹²⁵ HALL, Stuart. **Da diáspora: identidades e mediações culturais**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003. p. 52.

¹²⁶ Id., *ibid.*, pp. 52-53.

¹²⁷ McLAREN, Peter. *Op. cit.*, 2000. p. 113.

¹²⁸ HALL, Stuart. *Op. cit.*, 2003. p. 52.

¹²⁹ GROFF, Paulo Vargas; PAGEL, Rogerio. *Op. cit.*, 2009. p. 60.

¹³⁰ McLAREN, Peter. *Op. cit.*, 2000, p. 113.

¹³¹ McLAREN, Peter. **A vida nas escolas**. Uma introdução à pedagogia crítica nos fundamentos da educação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p. 311.

Ainda segundo McLaren, na obra *Multiculturalismo crítico*, o multiculturalismo conservador deve ser rejeitado por diversas razões, dentre elas: a) por se recusar a tratar a branquidade como uma forma de etnicidade e, ao fazer isso, coloca-a como um preceito pelo qual as outras etnicidades são julgadas; b) por utilizar o termo *diversidade* para ocultar a ideologia da assimilação que dá sustentação a sua posição dominante; c) por ser monolíngue; d) por definir padrões de desempenho previsto no capital cultural dominante; e f) por não questionar o conhecimento elitizado para quem o sistema educacional é direcionado.¹³²

O multiculturalismo humanista liberal, por outro lado, parte do pressuposto da igualdade entre os seres humanos independentemente de questões de etnia, gênero ou sexualidade, assegurando que não há superioridade de uma cultura sobre outra, cada uma podendo manifestar sua diferença livremente.¹³³

A versão desta espécie de multiculturalismo, por sua vez, busca integrar os diferentes grupos culturais na sociedade majoritária, tolerando as diferenças culturais apenas na esfera privada sem reconhecê-lo na esfera pública.¹³⁴

Na visão de McLaren, o multiculturalismo humanista liberal preconiza a igualdade entre os seres e invoca “o ideal de uma humanidade comum, universal, neutra e não situada de autoformação, na qual todos podem participar alegremente, sem atenção às diferenças de raça, gênero, classe, idade ou preferência sexual”.¹³⁵

O multiculturalismo humanista liberal argumenta que existe uma igualdade natural entre as pessoas brancas, afro-americanas, latinas, asiáticas, e outras populações raciais. Essa perspectiva é baseada na “igualdade” intelectual entre as raças na sua equivalência cognitiva ou na racionalidade iminente em todas as raças que lhes permitem competir igualmente em uma sociedade capitalista.¹³⁶

Ainda, segundo o mesmo autor, essa concepção liberal representa um “disfarce” ao afirmar que todas as classes culturais concorrem “igualmente” na sociedade capitalista para conquistar seu espaço de acordo com seus próprios méritos. Ademais, em nenhum momento é levantada a questão de que as oportunidades sociais e educacionais não são as mesmas e que esse caráter universal é predominantemente branco e eurocêntrico.¹³⁷

¹³² McLAREN, Peter. Op. cit., 2000. pp. 114-115.

¹³³ GROFF, Paulo Vargas; PAGEL, Rogério. Op. cit., 2009. p. 160.

¹³⁴ HALL, Stuart. Op. cit., 2003. p. 52.

¹³⁵ McLAREN, Peter. Op. cit., 1997. p. 311.

¹³⁶ McLAREN, Peter. Op. cit., 2000. p. 119.

¹³⁷ McLAREN, Peter. Op. cit., 1997. pp. 311-312.

O multiculturalismo liberal de esquerda, por sua vez, destaca as diferenças culturais determinadas por questões de gênero, classe e sexo, e acredita que, ao se focar na igualdade das raças, mascara as diferenças existentes. Em seus estudos, McLaren enfatiza a diferença cultural existente entre as raças e sugere que a ênfase na sua igualdade diminui as diferenças culturais mais significativas, as quais são responsáveis por comportamentos, valores, atitudes, estilos cognitivos, práticas sociais diferentes.¹³⁸

Segundo esse enfoque multiculturalista, as características referentes à raça, classe, gênero e sexualidade são ocultas e essencializam as diferenças culturais que existem, independentemente da construção histórica e social, constitutivas do poder de representar significados. O multiculturalismo liberal de esquerda, portanto, trata a diferença como uma essência que existe independentemente de história, cultura e poder.¹³⁹

Finalmente, em oposição à perspectiva conservadora e contrária à ênfase liberal sobre a diversidade individual, emerge o multiculturalismo crítico. Esta tendência parte de uma abordagem pós-moderna de resistência e tem como ponto de partida as representações de classe, gênero e raça, as quais são resultados de lutas sociais. Nesse sentido, “a perspectiva que estou chamando de multiculturalismo crítico compreende a representação da raça, classe e gênero como resultado de lutas sociais sobre signos e significações e, enfatiza não apenas o jogo textual, [...] mas a tarefa de transformar as relações sociais”.¹⁴⁰

Nessa mesma linha, Giroux compreende que o multiculturalismo está focado nas diferenças grupais que não podem ser simplesmente assimiladas dentro de uma cultura predominante ou por meio de um controle das esferas econômica, política e social, mas deve ser um espaço no qual seja garantido que as diferentes comunidades possam interagir, criando um novo consenso cultural.¹⁴¹ Assim,

O multiculturalismo pode ser definido através de uma variedade de constructos ideológicos e de significados, como um terreno de luta em torno da reformulação da memória histórica da identidade nacional, da representação individual e social e da política da diferença. Nesse sentido, em oposição à perspectiva conservadora e, também, contrário à ênfase liberal sobre a diversidade individual, Giroux propõe ou visualiza um multiculturalismo insurgente ou rebelde que deve focalizar as diferenças grupais, a maneira pela qual a relação de poder funciona na estrutura das identidades étnicas e raciais.¹⁴²

¹³⁸ McLAREN, Peter. Op cit., 2000. p. 120.

¹³⁹ Id., ibid., p. 120.

¹⁴⁰ Id., ibid., p. 123.

¹⁴¹ Apud SILVERIO, Valter Roberto. O multiculturalismo e o reconhecimento: mito e metáfora. In: **Cultura Vozes**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000, ano 94, n. 1. pp. 83-100. p. 86.

¹⁴² Id., ibid., p. 86.

Nessa ótica crítica, há uma ruptura dos preceitos dominantes uma vez que há a responsabilização da sociedade capitalista pela desigualdade e pela exclusão dos grupos minoritários, servindo de ferramenta na luta contra a opressão e em prol da transformação social. No entendimento de Caputo, “o multiculturalismo, certamente é um de nossos instrumentos de luta; basta que sempre tenhamos convicção de que é na direção do monstro que lutamos: o capitalismo com todas as suas formas de opressão”.¹⁴³

Esta vertente do multiculturalismo é a que mais se adapta ao reconhecimento da minoria indígena, uma vez que busca uma sociedade pluralista e sem preconceitos, onde haja tratamento igualitário na convivência das etnias. Esta vertente permite, também, a efetiva participação dessas minorias nas novas formas de regulação social que contemplem seus interesses, onde a diversidade seja a regra e não objeto de subjugação e perseguição.¹⁴⁴

Deste modo, o multiculturalismo está estritamente vinculado com termos como diversidade étnica, uma vez que implica na transição de uma cultura preponderante para outras culturas com vistas à inclusão dos excluídos, ou seja, é o fenômeno que inclui as minorias oprimidas nas sociedades democráticas.¹⁴⁵

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, país que originou o multiculturalismo, a sociedade era separada em dois polos opostos – os negros e os brancos. Foi nesse país que o multiculturalismo surgiu como um processo de reivindicação identitária em virtude do reconhecimento do movimento popular chamado “Panteras Negras”, que tinha por exigência o reconhecimento das minorias afrodescendentes.¹⁴⁶ Assim, após a segunda Guerra Mundial, mais precisamente na década de 1950, os EUA se viram obrigados a adotar uma política de reconhecimento das diferenças, ou seja, se reconheceram como uma sociedade multicultural.¹⁴⁷

No cenário brasileiro, entretanto, o multiculturalismo adotou um processo histórico diferente, pois ao contrário dos EUA, no Brasil a miscigenação esteve presente desde o princípio da concepção do Estado e, a partir disso, construiu-se uma matriz social fundada na

¹⁴³ CAPUTO, Stela Guedes. Questionando o multiculturalismo: conversando com Peter McLaren, Slavoj Zizek e Russel Jacoby. In: CANDAU, Vera Maria (Org.). **Cultura(s) e educação: entre o crítico e o pós-crítico**. Rio de Janeiro: DP&A, 2005. p. 93.

¹⁴⁴ SILVERIO, Valter Roberto. Op. cit., 2000. pp. 83-100. p. 87.

¹⁴⁵ MADERS, Angelita Maria; DUARTE, Isabel Cristina Brettas. O que é isto – o multiculturalismo. In: MADERS, Angelita Maria; LOCATELLI, Liliane; ANGELIN, Rosângela (Orgs.). **Multiculturalismo e direito**. Santo Angelo: FuRI, 2012. pp 13-42. p. 34.

¹⁴⁶ Id., *ibid.*, p. 33.

¹⁴⁷ SILVA, Mozart Linhares da; ASSMANN, Carolina; SIQUEIRA Carolina. Educação, governmento e multiculturalismo no Brasil: lei nº 10.639/03 e Diretrizes Curriculares Nacionais de 2004. **Educação, Sociedade & Culturas**, 2012, n. 36. pp. 65-79. p. 67.

cor da pele. Isso levou ao surgimento da intitulada ideologia da democracia racial, pressuposto estrutural das narrativas identitárias nacionais.¹⁴⁸

Até o final da década de 1970, a construção da identidade nacional estava alicerçada na necessidade de conferir à sociedade brasileira um caráter hegemônico. “A ideia de forjar uma identidade que anulasse os conflitos apresentava-se como uma estratégia perfeita para a eliminação das diferenças e estruturação de uma ideia de igualdade social”.¹⁴⁹

Na década de 1980, porém, surgiram no cenário nacional as organizações indígenas que vieram postular seus direitos e apresentar demandas perante o Estado até então ignoradas. Isso fez surgir um novo discurso político, em que a identidade e as diferenças nacionais começaram a ter uma crescente importância.¹⁵⁰

Deste modo, sendo o Brasil um Estado pluralista onde coexiste uma variedade de culturas que vivem no mesmo espaço territorial, o multiculturalismo pressupõe respeito às diferentes expressões culturais, buscando a comunicação e a integração parcial entre um “conjunto de culturas separadas que precisam ser conhecidas e se dar a conhecer”.¹⁵¹

A emergência do movimento indígena, calcado na necessidade de se afirmar como um povo diferente, repercutiu em mudanças legislativas. Com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, o direito ao povo indígena foi reconhecido, sendo-lhe assegurado o respeito à sua organização social, suas línguas, crenças e tradições, ou seja, houve uma ruptura na tradição secular ao se reconhecer aos índios o direito de manter a sua própria cultura.

Com a promulgação da Carta Magna oportunizou-se ao povo indígena a possibilidade de se organizar e atuar frente ao Estado e às organizações supranacionais de maneira mais ativa, ou seja, as lutas sociais indígenas passaram a representar um avanço contra a exclusão histórica a que foram sujeitados.¹⁵²

Não obstante isso, segundo Gonçalves e Silva, é recente a conquista de alguns movimentos sociais e étnicos quanto à garantia de seus direitos nos espaços sociais. No cenário brasileiro não houve, portanto, uma real institucionalização do multiculturalismo, uma vez que a diversidade cultural está oculta pelo problema da desigualdade social.¹⁵³

¹⁴⁸ GUIMARÃES, Antonio. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

¹⁴⁹ SILVA, Mozart Linhares da; ASSMANN, Carolina; SIQUEIRA Carolina. Op. cit., 2012. pp. 65-79. p. 68.

¹⁵⁰ STAVENHAGEM, Rodolfo. Op. cit., 2003. p. 42.

¹⁵¹ MADERS, Angelita Maria; DUARTE, Isabel Cristina Brettas. Op. cit., 2012. pp 13-42. p. 32.

¹⁵² CORREA, Darcísio; OLIVEIRA, Janassana Indiará de Almeida de. **A questão da cidadania na Reserva Indígena do Guarita**. Ijuí, RS: Unijuí, 2005. p. 35.

¹⁵³ GONÇALVES, Luis Alberto Oliveira; SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. **O jogo das diferenças: o multiculturalismo e seus contextos**. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

Nesse sentido, Corrêa e Oliveira, em pesquisa realizada na Reserva Indígena do Guarita, no Rio Grande do Sul RS, constataram que:

[...] não bastam as declarações universais de direitos e as constituições dos países em termos formais, se as mesmas não propiciarem as condições materiais e reais de existência digna dos indivíduos, bem como de espaços democráticos de convivência. [...] ser cidadão significa estar inserido em um contexto não discriminatório, igualitário sob o ponto de vista das condições fundamentais de existência. [...] o enraizado preconceito para com a comunidade indígena é uma realidade que distancia a perspectiva de igualdade sinalizada pela cidadania. A discriminação daí decorrente cria uma barreira entre os dois mundos: o do índio e o do branco, como se fizessem parte de realidades diversas.¹⁵⁴

Num contexto em que os diferentes ainda não têm espaço e voz, Semprini enumera algumas formas que podem auxiliar na construção de um espaço multicultural mais justo e igualitário:

- 1) deve-se considerar o papel crescente das instâncias individuais (como a realização pessoal, a subjetividade), dos fatores socioculturais (como os valores, os estilos de vida) e reivindicações identitárias (como a necessidade de reconhecimento);
- 2) o espaço multicultural deve ser reconhecido como dinâmico e interativo, um espaço de sentido;
- 3) devem ser consideradas as diferentes manifestações dos personagens sociais envolvidos, a partir das múltiplas percepções que os diferentes grupos possuem do espaço social, para que realmente ocorra uma transição para um espaço multicultural;
- 4) as reivindicações multiculturais devem ser situadas em sua própria perspectiva, uma vez que as raízes das reivindicações identitárias se encontram numa frustração cultural ou na marginalização social. Dessa forma, o ressentimento pode tornar-se um “catalisador identitário”;
- 5) e, por fim, deve-se reconhecer que os conflitos identitários típicos de sociedades pós-industriais se dão entre sistemas temporais, entre ritmos discordantes. Assim, um espaço multicultural deve buscar a harmonização desses sistemas temporais.¹⁵⁵

É importante referir, ainda, que não obstante haver o reconhecimento legal dos direitos indígenas por meio de uma extensa lista de previsões legais no ordenamento jurídico nacional, falta-lhes a eficácia social e é nesse panorama que emergem as ações afirmativas como forma de efetivar as reivindicações multiculturalistas.¹⁵⁶

É importante, neste momento, fazer um parêntese e adentrar brevemente no que de fato significam essas ações afirmativas. De acordo com teóricos multiculturalistas, essas políticas implicam reivindicações e conquistas das chamadas minorias, no caso em apreço, dos índios.¹⁵⁷

¹⁵⁴ CORREA, Darcísio; OLIVEIRA, Janassana Indira de Almeida de. Op. cit., 2005. pp. 55-56.

¹⁵⁵ SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Trad. Laureano Pelegrin. Bauru, SP: EDUSC, 1999. pp. 146-148.

¹⁵⁶ GROFF, Paulo Vargas; PAGEL, Rogerio. Op. cit., 2009. p. 165.

¹⁵⁷ Id., ibid., p. 165.

Deste modo, as ações afirmativas teriam o encargo de equiparar a minoria indígena, outorgando-lhe benefícios jurídicos tutelados pelo Estado quando houvesse desvantagem fática. Para Gomes, as ações afirmativas “consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física”.¹⁵⁸

Neste contexto prossegue o mesmo autor referindo que:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes na discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade ao acesso a bens fundamentais, como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias, baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.¹⁵⁹

Assim, não obstante a criação de políticas públicas voltadas às minorias e adequadas à nação multicultural, não se pode esquecer que por detrás do caráter pluriétnico da sociedade brasileira houve, por muito tempo, uma tentativa de extinguir quaisquer manifestações culturais fundamentadas na ideia de integração nacional. Isso dificulta a mudança de paradigma, pois na atual conjuntura da sociedade multicultural os indígenas lutam por uma política identitária, pelo efetivo reconhecimento do direito de viver a sua própria cultura, ou seja, de buscarem a afirmação das diferenças.

Na contramão desse ideal multiculturalista, no entanto, está o tratamento jurídico-penal dispensado aos indígenas pelo aparato estatal, visto que as peculiaridades culturais dessa minoria étnica não são compreendidas e, tampouco, respeitadas pela cultura preponderante. Este é o tema que se passará a abordar a seguir.

¹⁵⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2001. p. 6.

¹⁵⁹ Id., *ibid.*, pp. 40-41.

2 DIREITO PENAL NA ORDEM JURÍDICA PLURIÉTNICA: A QUESTÃO DA (IN)IMPUTABILIDADE INDÍGENA

Ao se falar em inimputabilidade penal indígena, a postura interpretativa utilizada pelo aparato estatal quando da aferição desse critério ainda é a preconizada no art. 26 do Código Penal, combinado com o art. 4º do Estatuto do Índio, no qual os índios são considerados isolados, em vias de integração, e integrados. Não obstante a Constituição Federal de 1988 ter revogado tacitamente tais preceitos, o entendimento ainda é no sentido da inimputabilidade dos índios isolados, da imputabilidade dos integrados, e da necessidade de exame pericial para a verificação da responsabilidade penal dos índios em vias de integração, como se verá na sequência.

2.1 CONCEITO DE INIMPUTABILIDADE PENAL

Antes de adentrar especificadamente na questão da inimputabilidade penal, e para que o tema seja melhor compreendido, é necessário fazer algumas considerações acerca da culpabilidade. Isso comprova o que refere Von Liszt, ou seja, “pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do direito penal.”¹⁶⁰

Na percepção de Prado, doutrinador penal, o conceito de culpabilidade começou a ser elaborado na concepção grega da penalidade e se consolidou na racionalidade do sistema romano, que buscava a proporcionalidade entre a pena e o delito.¹⁶¹

É importante referir que, para se conceituar a culpabilidade, em face da função fundamentadora da punição estatal, é necessária a existência de critérios claros e objetivos, o que justifica um triplo sentido. O primeiro significado refere-se ao fundamento da pena, ou seja, é preciso ser averiguado se é possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico proibido pela lei penal.¹⁶²

Desta maneira, segundo Bitencourt, para que o autor de um ato ilícito seja punido pela lei estatal é imprescindível a presença de vários pressupostos, dentre os quais consta a capacidade de culpabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta conforme a norma. Estando ausente qualquer um desses requisitos não é possível haver aplicação da lei penal.¹⁶³

¹⁶⁰ VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1927 e 1929. p. 390.

¹⁶¹ PRADO, Regis Luiz. **Curso de Direito penal brasileiro**. Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 392.

¹⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 386.

¹⁶³ Id., *ibid.*, p. 387.

A segunda acepção conceitual faz referência à culpabilidade como determinação ou medição de pena. Isso significa que a culpabilidade tem a função limitadora, evitando que haja excessos na sua imposição.¹⁶⁴

E, finalmente, como terceiro pressuposto há o impedimento da responsabilidade objetiva, o que significa que o princípio da culpabilidade evita a imputação da responsabilidade penal objetiva. Ademais, delimita a responsabilidade individual e subjetiva, ao passo que não há responsabilização penal por um ato totalmente imprevisível se o agente não tiver agido, ao menos, com dolo ou culpa.¹⁶⁵

Em face desses critérios pode-se afirmar que a culpabilidade é a reprovabilidade pessoal do agente que pratica uma ação ou omissão típica e ilícita, ou seja, que comete um delito. Nesse sentido, o delito aqui é compreendido como a “ação ou omissão típica, ilícita e culpável. Isso vale dizer: uma ação adequada a um tipo de injusto, não justificada e censurável ao agente”.¹⁶⁶

Não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, cabe referir que a ilicitude é um juízo de desvalor sobre um fato típico, enquanto que a culpabilidade é um juízo de censura ou reprovação pessoal endereçada ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo.¹⁶⁷

Segundo a legislação penal, a culpabilidade é composta por três elementos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, pressupostos que podem assim ser sintetizados: o primeiro (a imputabilidade) representa a capacidade de culpa, isto é, a “imputabilidade é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento”.¹⁶⁸

O segundo (a potencial consciência da ilicitude) representa a compreensão que o indivíduo tem quanto ao caráter ilícito da conduta praticada ou da que irá praticar. Neste caso é necessário que o agente tenha condições para entender que o fato cometido é juridicamente proibido e contrário às normas penais.¹⁶⁹

Nesse rumo, Fragoso refere que:

¹⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., 2011.p. 387.

¹⁶⁵ Id., *ibid.*, p. 387.

¹⁶⁶ PRADO, Regis Luiz. Op. cit., 2004. p. 392.

¹⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 392.

¹⁶⁸ DOTTI, Rene Ariel. A situação jurídica penal do indígena – hipóteses de responsabilidade e exclusão. *In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 58.

¹⁶⁹ Id., *ibid.*, p. 58.

A consciência da ilicitude é a consciência que o agente deve ter de que atua contrariamente ao direito. Essa consciência, pelo menos potencial, é elementar ao juízo de reprovação, ou seja, à culpabilidade [...] Para que se firme a existência de culpabilidade, no entanto, basta o conhecimento potencial da ilicitude, ou seja, basta que seja possível ao agente, nas circunstâncias em que atuou, conhecer que obrava ilicitamente.¹⁷⁰

O último elemento formador da culpabilidade (a exigibilidade de conduta diversa) consiste no fato de o sujeito poder e dever agir de modo diverso do adotado com a prática ilícita, ou seja, é o que permite a constituição de um juízo de reprovabilidade de uma conduta típica e ilícita.¹⁷¹

Tal elemento da culpabilidade consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma.¹⁷²

Conclui-se, portanto, que somente haverá culpabilidade se o sujeito, de acordo com suas condições psíquicas, puder coordenar a sua consciência de acordo com o direito (imputabilidade); se tiver condições de compreender a ilicitude de sua conduta (possibilidade de conhecimento da ilicitude) ou, ainda, se for possível exigir, diante das circunstâncias, uma conduta diversa da praticada pelo agente (exigibilidade de conduta diversa).¹⁷³

É óbvio que, se tais circunstâncias guardam normalidade, tornando-se assim exigível do agente uma conduta conforme ao direito, e, se o agente, não obstante, realiza o fato ilícito, o juízo de censura é inafastável. É óbvio ainda que “quanto mais anormais sejam as circunstâncias concomitantes, mais tênue a culpabilidade; em certos casos, esta anormalidade pode ser tão decisiva que ao agente já não lhe é possível – em termos gerais – adequar-se às prescrições do ordenamento; nestas hipóteses, não lhe poderá ser feita nenhuma censura posto que não cabe exigir-lhe uma conduta distinta.”¹⁷⁴

Assim, tendo em vista os três pressupostos tangentes à culpabilidade é importante discorrer com maior detalhamento sobre o critério da imputabilidade, em razão de que este é o pressuposto adotado pelo Código Penal Brasileiro para se auferir a punibilidade ou não do indígena em face de um ilícito penal por ele cometido.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Apud FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 43.

¹⁷¹ DOTTI, Rene Ariel. Op. cit., 2012. p. 59.

¹⁷² FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., 1987. p. 39.

¹⁷³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. Parte geral, art. 1º a 120 do CP. 28. ed. rev. e atual. até 05 de janeiro de 2012. São Paulo: Atlas. 2012, v. 1. p. 184.

¹⁷⁴ FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., 1987. p. 42.

¹⁷⁵ REZENDE, Guilherme Madi. **Índio – tratamento jurídico-penal**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 50.

No que tange à imputabilidade, convém referir que esta é a capacidade de o sujeito entender o caráter ilícito do fato e se determinar de acordo com esse entendimento, isto é, o agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal.¹⁷⁶

Sobre o tema da imputabilidade, Nucci esclarece que:

Como já afirmado, as condições pessoais do agente para a compreensão do que faz demanda dois elementos: 1º) higidez biopsíquica (saúde mental + capacidade de apreciar a criminalidade do fato); 2º) maturidade (desenvolvimento físico-mental que permite ao ser humano estabelecer relações sociais bem adaptadas, ter capacidade para realizar-se distante da figura dos pais, conseguir estruturar as próprias ideias e possuir segurança emotiva, além de equilíbrio no campo sexual).¹⁷⁷

Deste modo, compreende-se que a imputabilidade é “o conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento”.¹⁷⁸

Mirabette, ao tratar sobre o tema da imputabilidade, refere que:

Em primeiro lugar é preciso estabelecer se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita ter consciência e vontade dentro do que se denomina autodeterminação, ou seja, se tem ele a capacidade de entender, diante de suas condições psíquicas, a antijuridicidade de sua conduta de adequar essa conduta à sua compreensão. A essa capacidade psíquica denomina-se imputabilidade.¹⁷⁹

Com base na doutrina jurídica é possível apontar três sistemas, considerados os principais definidores dos critérios fixadores da imputabilidade, isto é, sistema biológico ou etiológico, sistema psicológico ou psiquiátrico e o sistema biopsicológico ou misto.

O sistema biológico ou etiológico leva em consideração a doença mental enquanto patologia clínica, ou seja, o estado anormal do agente. Neste caso, a inimputabilidade provém da presença de causa mental deficiente, não se indagando acerca da relação entre a enfermidade ou deficiência e o fato.¹⁸⁰

No entendimento de Mirabete, esse critério é falho uma vez que deixa impune aquele que, apesar de ser portador de doença mental ou desenvolvimento mental retardado, tenha entendimento e capacidade de determinação.¹⁸¹

¹⁷⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Parte geral (art. 1º a 120) 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1. p. 306.

¹⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 289.

¹⁷⁸ PRADO, Regis Luiz. Op. cit., 2004. p. 406.

¹⁷⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., 2012. p. 184.

¹⁸⁰ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 65.

¹⁸¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., 2012. p. 196.

O sistema psicológico ou psiquiátrico leva em conta apenas as condições psicológicas do agente na época do fato, isto é, reconhece a imputabilidade se no momento da ação o agente estava privado de sua capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato e de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento, independentemente da existência de enfermidade ou doença mental.¹⁸² Este preceito também é falho, pois, de acordo com Mirabete, é pouco científico e de difícil averiguação.

O sistema biopsicológico ou misto, finalmente, consiste na união dos dois critérios anteriormente mencionados e atende tanto as questões psicológicas que produzem a inimputabilidade como as suas consequências da vida psicológica do agente. Em outras palavras, a responsabilidade somente é excluída se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, é incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação. Esse último sistema é acolhido pela maioria dos sistemas penais vigentes, sendo adotado como regra pelo Direito Penal brasileiro, em especial ao tratar da temática penal indígena.¹⁸³

Nesse sentido, de acordo com o art. 26 do Código Penal, são causas que excluem a imputabilidade do agente, tornando-o isento de pena: a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, sendo estes os critérios de inimputabilidade previstos na legislação penalista.¹⁸⁴

Segundo Bitencourt, sob a ótica do Direito Penal brasileiro, a imputabilidade está presente sempre que o agente apresentar condições de normalidade e maturidade psíquica. A falta desses critérios, outrossim, pode levar ao reconhecimento da inimputabilidade pela incapacidade de culpa.

Nessa ótica, Toledo aduz que:

Para que o agente de um crime seja, pois, dotado de imputabilidade, além da idade de dezoito anos, deverá à época do fato, estar no gozo de certas faculdades intelectivas e de determinado grau de saúde mental. A lei penal exprime essas exigências, de modo negativo, ao estabelecer as hipóteses de *inimputabilidade* ou de redução da responsabilidade (arts. 26 e parágrafo único e 28, §§ 1º e 2º). [...]

As primeiras hipóteses de inimputabilidade estão previstas no art. 26: tendo o legislador usado termos bastante genéricos, como facilmente se percebe, a exata extensão e compreensão das expressões “doença mental” e “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” fica deferida ao prudente arbítrio do juiz que, em cada caso, se valerá do indispensável auxílio de perícias especializadas. O que importa ter em mente é a parte final do preceito, que traça os limites normativos extremos desse poder discricionário: doença ou qualquer anomalia que torne o agente, à época do fato, incapaz de ter a compreensão do injusto que realiza ou de orientar-se finalisticamente em função dessa compreensão.¹⁸⁵

¹⁸² REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 65.

¹⁸³ PRADO, Regis Luiz. Op. cit., 2004. pp. 406-407.

¹⁸⁴ Art. 26 do Código Penal brasileiro.

¹⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 315.

Em seus estudos, Hungria e Capez diferenciam o desenvolvimento mental incompleto do desenvolvimento retardado. O primeiro, segundo os autores, é aquele que ainda não se completou devido à recente idade cronológica do agente ou de sua falta de convivência em sociedade. Sua complementação tende a ocorrer naturalmente por meio da evolução da idade ou incremento das relações sociais. O segundo, por sua vez, é incompatível com o estágio da vida normal para aquela idade cronológica, não podendo chegar à maturidade em razão de anomalias. É o caso dos oligofrênicos e dos surdos-mudos.¹⁸⁶

Na causa da inimizabilidade pelo desenvolvimento mental incompleto está incluído o silvícola não adaptado à civilização. O critério para a diferenciação do tratamento penal do índio com vistas ao reconhecimento da sua inimizabilidade é o grau de integração, bem como, na hipótese de o índio ser considerado imputável, as suas peculiaridades. Para o fim de fixação da pena essa é a posição adotada pela legislação penal brasileira.¹⁸⁷

Nesse sentido, do ponto de vista normativo, o art. 4º da Lei 6.0001/73 divide os índios em três categorias: os isolados, os em via de integração e os integrados:

Art. 4º. 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 estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

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

Desta forma, para efeitos legais, os índios são considerados: *isolados*, quando vivem em grupos desconhecidos ou quando possuem contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; *em vistas de integração*, quando em contato com grupos estranhos conservam parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas comuns aos demais setores da comunhão nacional de que necessitam para a sua sobrevivência; e *integrados*, quando totalmente incorporados à comunidade nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, mesmo conservando traços de sua cultura, como usos, costumes e tradições.¹⁸⁸

¹⁸⁶ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 67.

¹⁸⁷ Id., *ibid.*, 2009. p. 35.

¹⁸⁸ DOTTI, Rene Ariel. Op. cit., 2012. pp. 71-72.

Deste modo, o grau de integração dos índios à cultura preponderante tem sido utilizado nos casos de incidência do art. 26 do Código Penal (CP) como sinônimo de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.¹⁸⁹

Nesse sentido, renomados penalistas nacionais, como Aníbal Bruno, Nelson Hungria, Damásio de Jesus e Francisco Campos, entendem que os índios estão entre aqueles que têm desenvolvimento mental retardado, pois não estão adequados ao nível cultural da sociedade contemporânea. Devem, portanto, ser considerados inimputáveis, pois estão em condições de incapacidade de entendimento e orientação volitiva na qualidade e grau exigidos pelo Código Penal.¹⁹⁰

Nessa mesma linha de entendimento, Silveira sustenta que os índios abarcados no art. 26 do CP são irresponsabilizados penalmente por terem desenvolvimento mental incompleto. O autor compara o pensamento indígena ao infantil com relação à definição da linguagem, o que significa que seriam “absolutamente desprovidos dos caracteres da abstração, que são os que superiorizam o mesmo pensamento”.¹⁹¹

Deste modo, a doutrina nacional fundamenta o reconhecimento da inimputabilidade indígena no pressuposto de que o índio tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A doutrina estrangeira, por intermédio dos seus pensadores Gladys Yrureta, Ibrahim Garcia, Manuel Lopes Rey e Francisco Olesa, por sua vez, sustentam que os silvícolas são inimputáveis em razão de sua inferioridade social, econômica e educacional que, em regra, os atinge.¹⁹²

Assim, uma vez afastada a imputabilidade por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não se pode aplicar pena ao indígena que cometeu um ilícito penal, devendo ele ser absolvido, pois não teria, ao tempo da ação, capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento. Se a absolvição se der exclusivamente com fundamento na inimputabilidade, deverá ser aplicada medida de segurança. No entanto, se, apesar da inimputabilidade, ainda houver em favor do agente alguma das causas justificantes ou exculpantes de outra natureza, este deverá ser absolvido sem qualquer consequência jurídico-penal.¹⁹³

Deste modo, a consequência do reconhecimento da inimputabilidade é a absolvição do agente com aplicação de uma medida de segurança, cujo fundamento se assenta na

¹⁸⁹ TARÃO, Graciél Marques; SILVA, Fernando Milhomen da. Um novo olhar à inimputabilidade penal indígena. In: **Anuário da Produção Científica Discente**. Ano XII, v. XII, n. 14, 2009. pp. 207-217. p. 206.

¹⁹⁰ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 50.

¹⁹¹ Id., ibid., p. 51.

¹⁹² Id., ibid., pp. 51-52.

¹⁹³ Id., ibid., p. 68.

periculosidade do agente, visando à prevenção no sentido de preservar a sociedade da ação desse indivíduo e de recuperá-lo com tratamento curativo.¹⁹⁴

As medidas de segurança podem ser de duas espécies: a *internação*, que é a regra para os fatos definidos como crimes apenados com reclusão, a qual deve ocorrer em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, e o tratamento *ambulatorial*, cuja aplicação deve ocorrer em crimes apenados com detenção. O tratamento deve ser local com dependência médica adequada nos termos do art. 97 do Código Penal. Em ambos os casos a aplicação da medida de segurança se dá por tempo indeterminado, tendo fim apenas quando comprovada a cessação da periculosidade por meio de perícia médica.¹⁹⁵

O parágrafo único do art. 26 do CP prevê a semi-imputabilidade do agente, isto é, quando a imputabilidade não está totalmente afastada, mas tão somente diminuída a capacidade de compreensão do agente.

Parágrafo único – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.¹⁹⁶

Alguns autores, dentre eles Mirabete, criticam os termos utilizados (semi-imputabilidade, semirresponsabilidade ou responsabilidade diminuída), pois na sua concepção, o agente é imputável ou responsável e tem uma certa consciência da ilicitude de sua conduta. Essa responsabilidade, porém, é diminuída em consequência de suas condições pessoais, isto é, o agente precisa de um maior esforço para que o grau de conhecimento e de autodeterminação seja alcançado.¹⁹⁷

De acordo com Rezende pode-se apontar duas principais diferenças entre a semi-imputabilidade e inimputabilidade. Na semi-imputabilidade está presente a perturbação da saúde mental, tendo sua capacidade apenas diminuída, enquanto que na inimputabilidade há uma doença mental que incapacita inteiramente o agente de compreender a ilicitude de seu ato ou de agir em conformidade com esse entendimento.¹⁹⁸

Assim, uma vez apurada a semi-imputabilidade do agente, este será condenado, mas terá sua pena diminuída de um a dois terços. Nas palavras de Bitencourt, “a culpabilidade

¹⁹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., 2012. p. 349.

¹⁹⁵ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. pp. 68-69.

¹⁹⁶ Art. 26, Parágrafo Único do Código Penal.

¹⁹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., 2012. p. 199.

¹⁹⁸ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 69.

diminuída dá como solução a pena diminuída, na proporção direta da diminuição da capacidade”.¹⁹⁹

É importante referir ainda que, em havendo o reconhecimento da semi-imputabilidade com condenação do agente à pena reduzida, esta, de acordo com o art. 98 do Código Penal, poderá ser substituída, a critério do juiz, se ele entender que o condenado necessita de tratamento especial curativo, pela internação ou tratamento ambulatorial. É possível, portanto, a substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança. Ressalta-se, porém, que desde a reforma do Código Penal, em 1984, é expressamente vedada a aplicação sucessiva da pena com a medida de segurança.

O tratamento conferido ao índio pelo reconhecimento de sua inimputabilidade ou semi-imputabilidade parte do pressuposto, de acordo com a legislação penal, de que ele possui desenvolvimento mental incompleto ou retardo, dependendo do seu grau de integração à sociedade nacional, e esse grau de entendimento é apurado por meio de perícia antropológica.

A perícia antropológica é realizada quando o conhecimento técnico é indispensável para que o juiz possa julgar o indivíduo. Já perícia é “a prova destinada a levar ao Juiz elementos que o informam sobre algum fato que dependa de conhecimentos especiais de ordem técnica”.²⁰⁰

Por essa razão, quando um índio for acusado de um crime é exigido um laudo antropológico e não um laudo psiquiátrico, pois o que interessa ao julgador é apurar o padrão cultural do indígena, seu nível de adequação, sua aceitação e compreensão dos padrões éticos materiais da cultura preponderante.²⁰¹

Cumprе ressaltar, no entanto, que atualmente, conforme entendimento predominante dos tribunais, a realização do exame antropológico não possui um caráter obrigatório, pois sempre que o magistrado verificar que o indígena tem certo grau de escolaridade e entendimento do idioma oficial, título de eleitor, etc., está sendo dispensada a sua elaboração sob o argumento de que ele está plenamente integrado à sociedade nacional.²⁰²

Quanto à necessidade do exame antropológico para se apurar o grau de entendimento do indígena acerca da conduta praticada, Vitorelli explica que:

¹⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., 2011. p. 313.

²⁰⁰ HELM, Cecília Maria Vieira. A etnografia, a perícia e o laudo antropológico nos processos judiciais. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. Curitiba, 2009, v. 1, pp. 5-17. p. 12.

²⁰¹ PONTES, Bruno Cezar Luz. O índio e a Justiça Criminal brasileira. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 190.

²⁰² LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Estatuto do índio**. Leis Especiais. Salvador: Juspodium, 2011, v. 33. p. 256.

[...] cada caso concreto deveria ser analisado à luz da história, costume, língua e tradições da respectiva etnia, em atenção à norma constitucional que garante aos índios ‘a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições [...]’, pelo que a ausência de laudo antropológico imporia a nulidade absoluta ao processo penal.²⁰³

O critério adotado pela legislação brasileira para se apurar a questão da inimizabilidade penal indígena, portanto, refere-se ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado previsto no art. 26 do Código Penal em face de seu grau de integração e assimilação dos valores da sociedade envolvente.²⁰⁴

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DOS DIREITOS INDÍGENAS NO BRASIL

No Período Colonial, entre os anos de 1500 a 1800, originou-se um rol de aproximadamente mil disposições envolvendo a temática *indígenas*, dentre os quais constam Regimentos, Alvarás, Leis e Cartas. Esta legislação, porém, é um tanto incoerente e contraditória, pois garantia a liberdade aos índios aliados e o cativo aos resistentes.^{205,206}

Nesse sentido, é importante referir as duas Cartas recebidas por Mem de Sá, em 1558, com ordens para auxiliar a Companhia de Jesus na evangelização dos índios. As cartas continham recomendação expressa de que os índios que aceitassem a conversão ao Cristianismo deveriam ser respeitados, bem como resguardadas as suas terras, enquanto os índios resistentes, especialmente os da Capitania do Espírito Santo, do Capitão Vasco Fernandes Coutinho, deveriam ser combatidos em razão de se oporem à evangelização.²⁰⁷

A Carta Régia,²⁰⁸ de 1558, previa expressamente que: “[...] aos gentios que se fizerem christãos tratareis bem, e nam os avexeys nem lhes tomeis suas terras, por que alem disto asi ser rezam e justiça receberei muito contentamento em o asy fazerdes, pelo exemplo que os outros gentios receberam”.²⁰⁹

Deste modo, ficam evidenciadas as duas políticas distintas dirigidas aos índios, ou seja, de um lado proteção aos índios aldeados e aliados e, de outro lado, guerra aos índios bravos inimigos, espelhados pelos sertões. Para os aliados era garantida a liberdade e lhes

²⁰³ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Op. cit., 2011. p. 256.

²⁰⁴ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 50.

²⁰⁵ Índios aliados eram os índios aldeados, aqueles que aceitaram serem evangelizados; já os índios resistentes eram aqueles que se recusavam aceitar a evangelização e, portanto, deveriam ser combatidos.

²⁰⁶ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 24.

²⁰⁷ MARCHINI, Rodrigo Sérgio Meirelles. **Apontamentos sobre a legislação colonial e imperial voltada ao tratamento das terras ocupadas pelos índios no Brasil**. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2012/10/apontamentos-sobre-legislacao-colonial.html>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

²⁰⁸ Carta Régia, de dezembro de 1558, destinada à Câmara dos Vereadores da Cidade de Salvador.

²⁰⁹ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Inventário da Legislação Indigenista 1500-1800. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998 (sic).

competia trabalharem e defenderem as vilas e plantações de ataques de estrangeiros e gentios. Já os inimigos que se recusavam à conversão ou que praticassem algum ato hostil contra vassallos ou alisados portugueses eram escravizados nas guerras justas.²¹⁰

As razões para a declaração de guerras justas eram o impedimento à propagação da fé cristã pelos índios, a prática de hostilidades contra os colonos, a aliança com inimigos do Reino, a quebra de pactos celebrados, o dever de salvação das almas e a punição da antropofagia.²¹¹

Assim teve início o trabalho evangelizador dos jesuítas a serviço de um amplo projeto de conversão espiritual dos povos indígenas. Inicialmente, esse trabalho foi realizado de forma itinerante entre as aldeias indígenas e, posteriormente, os índios foram deslocados forçadamente para as chamadas reduções-jesuíticas, com o intuito de serem catequizados e civilizados, o aldeamento jesuíta cumpria uma dupla função – o de cristianizar e o de domesticar mão de obra.²¹²

A escravidão dos índios no Período Colonial foi uma prática constante. Em 1570, D. Sebastião determinou que o cativo fosse proibido, não obstante essa prática ser permitida para os índios capturados em guerras justas, determinação reiterada no ano 1587 após a união das coroas ibéricas.

As leis de 1605 e 1609 puseram fim à escravidão indígena, declarando a liberdade até mesmo daqueles capturados em guerras justas, entretanto, ela foi reintroduzida no ano de 1611.²¹³

Seguiu-se um período em que a proibição e a permissão da escravidão indígena eram constantes, obedecendo aos interesses dos governantes, até que, em 1741, o Papa Benedicto XIV, por meio de uma Bula Papal, proibiu a escravidão por qualquer meio. Este dispositivo foi reafirmado na legislação de 1755, que declarou a total liberdade indígena e determinou a transformação dos aldeamentos indígenas em vilas.²¹⁴

A política indigenista deste período era voltada ao processo de apropriação do território com a consolidação das fronteiras, firmadas no Tratado de Madrid e, pelo segmento hegemônico, pretendia, a todo custo, incorporar os índios à população colonial. Isso resultou

²¹⁰ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 24.

²¹¹ CORDEIRO, ENIO. **Política indigenista brasileira e promoção internacional das populações indígenas**. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999. p. 30.

²¹² Id., ibid., p. 31.

²¹³ Id., ibid., p. 31.

²¹⁴ Id., ibid., p. 31-40.

em guerras de extermínio, com a dizimação de populações indígenas inteiras como, por exemplo, o povo Guarani das Missões, que se recusou a abandonar o território brasileiro.²¹⁵

Durante o Período do Império, a questão indígena ficou restrita à questão das terras. Assim, não obstante a Constituição de 1824 não fazer nenhuma referência ao índio no período anterior à independência, foi determinada a distribuição das terras aos colonos que as requeressem, dando assim continuidade à política de ocupação de terras indígenas. O aldeamento dos índios Botocudo foi assentado sob o argumento dos benefícios trazidos pela aproximação dos índios com os civilizados.²¹⁶

Em 1831, a Regência exonerou a servidão de todos os índios e ordenou que fossem considerados órfãos, entregando a sua tutela aos governos provinciais, a quem cabia a catequização e a civilização. O intuito era dar continuidade à colonização das terras ocupadas por indígenas, prevalecendo assim os interesses políticos locais.²¹⁷

Fundado no pensamento integracionista, no Período do Segundo Império, a legislação possuía um cunho mais humanitário, não obstante ainda ser subsidiária da política das terras. Os principais textos legais daquele período foram o Decreto n. 285, de 1843, que dispunha sobre a vinda de padres capuchinhos italianos ao Brasil com o objetivo de fundar e administrar as Missões, entregando-lhes o controle da execução da política indigenista do Império.

Da mesma forma, também o Decreto n. 426, de 1945, que continha o Regulamento das Missões e que tinha como objetivo principal a aculturação acelerada dos índios, fazendo-os “ingressar na sociedade brasileira como súditos leais do imperador”.²¹⁸ E, finalmente, a Lei n. 601, de 1850 (Lei de Terras), que estabeleceu o regime de propriedade rural por meio de títulos legítimos de compra ou doação, sendo reservadas dentro das terras devolutas as necessárias à colonização indígena que, no entanto, foram vendidas a particulares sob o argumento de que já não existiam hordas selvagens e, conseqüentemente, a extinção das aldeias indígenas.²¹⁹

Uma vez proclamada a República no Brasil, em 1889, a Primeira Carta à República, de 1891, não fez nenhuma referência direta à questão indígena, mas em seu art. 64 transferiu as terras devolutas ao domínio dos Estados.²²⁰

²¹⁵ Id., *ibid.*, p. 42.

²¹⁶ CORDEIRO, Enio. *Op. cit.*, 1999. p. 47.

²¹⁷ Id., *ibid.*, p. 47.

²¹⁸ Id., *ibid.*, p. 52.

²¹⁹ Id., *ibid.*, p. 53.

²²⁰ BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 46.

O Governo Provisório, de 1889, por meio do Decreto n. 7, atribuiu aos Governadores dos Estados federados, competência para a civilização, a catequese e o estabelecimento de colônias dos índios. Em 1906, entretanto, com o Decreto 1606, foi criado o Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, sendo conferido ao âmbito federal as funções de colonização, catequese e civilização dos indígenas.²²¹

No ano de 1910, foi criado o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPI/TN) pelo Decreto 8.072, sendo orientada a substituição da catequese pela proteção leiga do Estado, como se pode verificar na Exposição de Motivos: “Não aldear, nem pretender governar as tribos; deixá-las com seus costumes, sua alimentação, seu modo de vida”.²²²

Também por intermédio desse decreto, segundo Cordeiro, foi aprovado

um sistema dual de povoados indígenas e centros agrícolas dentre os objetivos do SPI/TN a garantia da efetividade da posse dos territórios ocupados pelos índios e sua proteção contra a invasões, e o respeito à organização interna das tribos, sua independência, hábitos e instituições.²²³

O Código Civil, de 1916, por sua vez, regulamentou a situação jurídica dos índios, colocando-os sob a tutela do Estado, uma vez que, no art. 6º, traz expressamente a previsão legal da relativa incapacidade indígena e a necessidade de serem tutelados até que fossem adaptados à civilização do país. “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em lei e regulamentos especiais que se cessará à medida que se forem adaptados à civilização do país”.²²⁴

Já o Decreto n. 5.484, de 1928, traz pela primeira vez um tratamento penal às questões indígenas, regulamentando em seus artigos 23 a 32 várias disposições acerca dos crimes praticados pelos e contra os índios, tratando de forma inédita a questão da sua imputabilidade penal.²²⁵

Em 1932, as Leis Penais foram consolidadas e passaram a reproduzir as disposições do Decreto n. 5.484, de 1928. O capítulo VII, do título IV, foi composto pelo art. 205 e seus parágrafos, os quais tratam dos crimes cometidos contra os índios, considerados inferiores e, por essa razão, o transgressor teve sua pena agravada. O art. 206, que versa sobre os crimes

²²¹ CORDEIRO, Enio. Op. cit., 1999. p. 62.

²²² REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 28.

²²³ CORDEIRO, Enio. Op. cit., 1999. p. 62.

²²⁴ Código Civil de 1916.

²²⁵ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 28.

praticados pelos índios, passou a ter a primeira previsão legal expressa acerca da imputabilidade penal indígena e, em face de sua importância, é transcrito a seguir:²²⁶

Art. 206. São equiparados aos menores de que trata o at. 30 os índios nômades, os arranchados e aldeados e os que tenham menos de cinco annos de estabelecimento em povoado indígena.

§ 1º O índio de qualquer das três categorias acima, que tiver praticado qualquer infração, obrando com discernimento, será recolhido, mediante requisição do inspector competente, a colônias correccionaes, ou estabelecimentos industriaes disciplinares pelo tempo que o mesmo inspector parecer, contando que não exceda de cinco annos.

§ 2º Entende-se por estabelecido em povoação indígena aquelle que mora effectivamente nella, qualquer que seja a sua condição, descontando-se no respectivo computo as interrupções que por ventura se derem com a volta temporária do índio à selva.

§ 3º os índios que tiverem mais de cinco annos de residência em povoado indígena, quando commetterem qualquer infracção previstana legislação penal comum, serão punidos com a metade somente das penas nella instituídas.

§ 4º As circunstancias agravantes previstas nos arts. 39 e 41 não influem na applicação das penas dos índios das três categorias a que se refere o § 1º do artigo antecedente.

§ 5º As circunstancias attenuantes do art. 42 influem para a diminuição das penas impostas dos índios das mencionadas categorias.

§ 6º Os índios de que trata o § 3º deste artigo não poderão sofrer prisão celluar, a qual será substituída pela prisão disciplinar, por tempo igual, em estabelecimentos industriaes especiaes.

§ 7º Ficam desde logo sujeitos, como qualquer cidadão, ao regimem comum de direito, os índios que passarem para os centros agricolas, de que trata o Decreto 9.214 de 15.12.1911.²²⁷

A Constituição de 1934 não trouxe previsões legais importantes no tocante aos índios, prevendo no seu art. 5º a competência exclusiva da União para legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”. No art. 129, limita-se a garantir-lhes a posse das terras que ocupavam, sendo vedada a alienação. Tais dispositivos foram repetidos na Constituição de 1937.²²⁸

O Código Penal de 1940 não tratou especificamente dos índios, mas por analogia e segundo a doutrina, ao tratar no art. 22 do “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, acabou por tratar da questão da imputabilidade indígena.²²⁹

A Constituição de 1946 repetiu, com pequenas modificações, as disposições do texto de 1934, ou seja, limitou-se a assegurar aos indígenas a posse da terra que ocupavam e a competência legislativa da União. Já a de 1967 limitou-se a acrescentar a garantia do usufruto

²²⁶ Id., *ibid.*, p. 29.

²²⁷ REZENDE, Guilherme Madi. *Op. cit.*, 2009. p. 30 (sic).

²²⁸ Id., *ibid.*, p. 30.

²²⁹ Id., *ibid.*, p. 31.

dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes, uma vez que as terras indígenas passaram a ser incorporadas ao patrimônio da União.²³⁰

Em 1966 foi publicado o Decreto de Execução da Convenção 107, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que versa sobre a proteção das populações indígenas de países independentes e sua integração progressiva na vida dos respectivos países.²³¹

A Emenda Constitucional de 1969 continuou a se limitar à questão das terras indígenas, sendo acrescentada uma cláusula de nulidade dos efeitos jurídicos dos atos que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras indígenas por terceiros. Quanto à questão da imputabilidade penal, essa Emenda Constitucional não faz qualquer referência, pressupondo-se que continua sendo tratada nos termos do art. 31 do Código Penal.²³²

Em 1973, sobreveio a Lei 6.001, o chamado Estatuto do Índio, que continua em vigor até hoje, cuja principal premissa exposta é a integração progressiva e harmoniosa dos índios e das comunidades à comunhão nacional.²³³

Os dispositivos deste Estatuto permanecem vigentes naquilo que não se opõe à Constituição Federal de 1988, visto que os preceitos contrários não foram recepcionados. Sugere-se, então, determinada cautela, atendo-se aos aspectos que requerem uma adequação à atual Constituição.²³⁴

Segundo Barreto, são três os critérios utilizados para a definição do Estatuto do Índio:

[...] *genealógico*, quando se refere à ‘origem e ascendência pré-colombiana’; *cultural*, ao mencionar ‘as características culturais [que] o distinguem da sociedade nacional’, e, por fim, *pertença étnica*, na expressão ‘que se identifica e é identificado como pertencente ao grupo étnico’.²³⁵

A Lei n. 6.001/73 classifica índios em seu art. 4º como *isolados*, *em via de integração* e *integrados*. São considerados *isolados* quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes por meio de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; são considerados *em vias de integração* quando estes, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o

²³⁰ CORDEIRO, Enio. Op. cit., 1999. p. 65.

²³¹ CORDEIRO, Enio. Op. cit., 1999. p. 65.

²³² REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 31.

²³³ Id., *ibid.*, p. 31.

²³⁴ CORDEIRO, Enio. Op. cit., 1999. p. 73.

²³⁵ BARRETO, Helder Girão. Op. cit., 2003. p. 31.

próprio sustento; e são considerados *integrados* quando plenamente incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.²³⁶

Com base nesse dispositivo legal, no entendimento de Barreto, há “estágios de evolução cultural” a partir do qual os índios podem ser diferenciados “numa escala hierárquica de menos ou mais evoluídos”. Nesta perspectiva, os índios são vistos como seres inferiores que precisam ser integrados à comunidade nacional, mas uma vez considerados plenamente integrados, não são mais considerados inferiores, mas também deixarão de ser índios e, portanto, não serão mais tutelados de forma especial.²³⁷

Não obstante isso, dando maior ênfase aos regulamentos que versam sobre a matéria penal, visto que este é o foco do presente estudo, o Título VI do Estatuto do Índio traz as normas penais aplicáveis aos indígenas. Em seu art. 56 está previsto que em havendo 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 à comunhão nacional, prevendo, inclusive, que as penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, sempre que possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado.²³⁸

A referida Lei tolera, em seu art. 57, a aplicação de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros pelos seus pares, de acordo com seus costumes e tradições, sendo vedado, no entanto, aquelas que detenham caráter cruel ou infamante, sendo proibida em qualquer caso a pena de morte.²³⁹

Ao tratar do tema dos Crimes Contra os Índios, o capítulo II do referido Estatuto prevê em seu art. 58, que configuram crimes contra os índios e a cultura indígena: escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição cultural indígena; vilipendiar ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática; utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos; propiciar a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados.²⁴⁰

²³⁶ Art. 4º da Lei 6.001/73.

²³⁷ BARRETO, Helder Girão. Op. cit., 2003. p. 34.

²³⁸ Lei 6.001/73, art. 56.

²³⁹ Id., *ibid.*, art. 57.

²⁴⁰ Id., *ibid.*, art. 58.

Também há previsão expressa de agravamento da pena no caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena.²⁴¹

Até a promulgação da CF/88 os direitos indígenas restringiam-se basicamente ao direito de posse sobre a terra, ou seja, tinham natureza eminentemente civil. Os constituintes da década de 80, no entanto, divorciaram-se da visão integracionista e ativeram-se aos interesses dos índios, assegurando-lhes o direito à manutenção de sua organização social, costumes, crenças, línguas e tradições, bem como à permanência, participação e exploração dos recursos nas terras por eles tradicionalmente ocupadas.²⁴²

Na atual ordem constitucional, existe uma maior proteção ao índio, que se verifica no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, quando enuncia a igualdade étnica. Com isso, todas as normas anteriores à Carta de 1988 que diferenciavam o índio não foram recepcionadas pela nova Constituição. Foi a partir daí que se proporcionou ao índio – povo nativo brasileiro – plena capacidade jurídica e de personalidade, contrariamente ao que ocorria até então.

Um dos fatores preponderantes para a preservação da cultura indígena é a posse da terra. Neste sentido, a Carta Magna em vigor, em seu art. 20, reservou como de domínio da União aquelas terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas: “Art. 20. São bens da União: XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

O art. 231 da CF/88 prescreve complementarmente que nas terras habitualmente ocupadas pelos índios, estes têm liberdade para professar as suas religiões e manter as suas culturas nativas.²⁴³ Ademais, são reconhecidos aos índios a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Além disso, a própria Lei Maior, no § 1º do art. 231, define o significado de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”:

²⁴¹ Id., *ibid.*, art. 58.

²⁴² PEIXOTO, Erica de Souza Pessanha. Povos indígenas e o direito internacional dos direitos humanos. *In*: GUERRA, Sidinei; ENRIQUE, Lilian Balman (Coords.). **Direitos das minorias e grupos vulneráveis**. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2008. pp. 243-274. p. 46.

²⁴³ CF/88, art. 231: São reconhecidos 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. [...].

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Cumprido ressaltar que a propriedade das referidas terras é da União, sendo reservado aos indígenas a posse das mesmas, cumulada com a fruição de tudo o que nelas se fizer passível de produção. Nesse sentido há a previsão no § 2º do art. 231 define: “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”.

Quanto aos recursos hídricos, pesquisa e lavra das riquezas minerais nas referidas terras, preferiu a Constituição Federal que tais hipóteses fossem precedidas de autorização dos representantes do povo em nível nacional, cuja normatização segue expressa no § 3º do art. 231:

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

No mesmo art. 231 constam outras prescrições constitucionais em favor dos índios nas terras que ocupam. Essas prescrições dizem respeito à imprescritibilidade dos direitos que os índios têm sobre elas, sendo as mesmas inalienáveis e indisponíveis, somente havendo duas hipóteses de o poder público federal delas remover os índios: em caso de catástrofe ou epidemia que ponham em risco a população, sem consulta prévia ao Congresso; ou no interesse da soberania do país, neste caso com autorização prévia do Congresso Nacional.

Ainda em relação aos direitos tutelados, percebe-se que os tratados internacionais asseguram aos indígenas direitos como a saúde, o trabalho e a educação, bens jurídicos disciplinados que já são previstos no rol de direitos humanos. Ocorre que tais direitos, por serem inerentes à condição humana, já são assegurados a qualquer pessoa (Declaração Universal dos Direitos Humanos), uma vez que decorreram de contextos históricos e expressam valores imanentes ao homem, seja ou não indígena.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê expressamente em seu art. 1º o comprometimento de respeitar os direitos e as liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião,

opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.²⁴⁴

A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio também estabelece garantias semelhantes ao entender por genocídio quaisquer atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.²⁴⁵

Nesse mesmo rumo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos prevê em seu art. 1º que: “Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.

O art. 27 do referido pacto complementa dispondo que:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Além do já exposto acerca da evolução legislativa indígena no Brasil, desde o Período Colonial até os dias atuais, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar n. 2057/91 que visa regulamentar a questão indígena por meio de uma legislação mais adequada aos preceitos constitucionais e será estudado no próximo item.

²⁴⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos. Art. I – Obrigação de respeitar os direitos:

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

²⁴⁵ Art. II – Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:

- a) assassinato de membros do grupo;
- b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;
- d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.

Art. III – São punidos os seguintes atos:

- a) o genocídio;
- b) o conluio para cometer o genocídio;
- c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio;
- d) a tentativa de genocídio;
- e) a cumplicidade no genocídio.

Art. VI – As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos atos enumerados no art. III serão julgados pelos Tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela Corte Penal Internacional competente com relação às Partes-Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição.

2.3 O PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 2.057/91 – ESTATUTO DAS SOCIEDADES INDÍGENAS

Tramita na Câmara de Deputados, desde o ano de 1991, o Projeto de Lei Complementar n. 2.057, apresentado pelo Deputado Aloizio Mercadante – o chamado Estatuto das Sociedades Indígenas. Se for aprovado, a lei substituirá a atual legislação indígena, que é a Lei n. 6.001, datada de 1973. O referido projeto, no entanto, encontra-se estagnado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados desde o ano de 2009, não tendo definição sobre sua aprovação.²⁴⁶

A justificativa do projeto que orienta o Estatuto das Sociedades Indígenas expressa os objetivos do documento, com destaque para a reformulação da Lei n. 6.001/73, e propõe uma legislação mais adequada aos preceitos constitucionais no que tange à questão indígena. Ele está fundamentado:

O presente projeto visa à reformulação da Lei n. 6.001/73, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. O seu pressuposto básico é a Constituição de 1988, que instituiu uma série de mudanças nas regras que definem as relações entre a sociedade e o Estado, nacionais e as sociedades indígenas em nosso território. Os direitos reconhecidos na nova Carta são direitos especiais e coletivos na medida em que se referem a sociedades distintas, organizadas segundo usos, costumes e tradições próprias e ocupantes de seus respectivos territórios, não obstante serem os seus integrantes portadores dos direitos individuais garantidos aos demais cidadãos brasileiros. Trata-se, portanto, de regulamentar esses direitos especiais e coletivos, complementando-os naquilo que a Constituição foi e teve que ser omissa; sempre com base nos novos parâmetros de relação entre índios e o direito brasileiro. Por isso mesmo, este projeto não é mera adaptação, ou reformulação tópica da Lei 6.001/73, mas antes de tudo, uma nova lei, cuja tônica principal é a sociedade indígena.²⁴⁷

O Estatuto das Sociedades Indígenas conta com 95 artigos, além de diversos substitutivos, dos quais se destacará apenas os pontos que interessam ao presente estudo. O primeiro ponto a ser ressaltado é a questão do reconhecimento dos indígenas como “diferentes”, isto é, de ser conferido a estes, legalmente, o direito a sua identidade étnica. Nesse sentido, referencia a Justificativa do Estatuto das Sociedades Indígenas:

O projeto, algumas vezes, reproduz o próprio texto constitucional (artigos 1º, 5º, 20, §§ 1º e 2º; 23; 24; 70 e 89) para, em seguida, avançar conceitos na direção em que a Constituição aponta quanto à proteção dos direitos indígenas. É neste sentido que, por exemplo, a definição de sociedades indígenas (art. 2º) e a definição da antropologia. Contemporânea: a qual elimina critérios raciais, inaceitáveis em realça a continuidade histórica e a autoidentificação como definidoras da etnia. [...].

²⁴⁶ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 39.

²⁴⁷ Diário do Congresso Nacional, Seção I, 09.11.1991, p. 22.527.

No entanto, face à reconhecida diversidade cultural, exige que seja dada proteção especial aos seus direitos, sem que esta proteção implique limitações à sua livre manifestação de vontade e exercício de direitos.²⁴⁸

Deste modo, já no art. 1º do Estatuto das Sociedades Indígenas é reconhecido o direito à diferença do índio segundo os modelos da Constituição Federal de 1988, sendo abolida, definitivamente, a perspectiva assimilacionista de que os índios deveriam “integrar-se” totalmente à cultura nacional preponderante.

Art. 1º. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo a União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.²⁴⁹

Observa-se que este artigo, na verdade, reproduz os pressupostos constitucionais elencados no *caput* do art. 231 da CF/88, segundo o qual “São reconhecidos 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”.

Nesse sentido, Souza Filho refere que “A Constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”. O autor completa a afirmação referindo que: “A partir de 5 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, tem o direito de ser índio”.²⁵⁰

Assim, o que pretende o Estatuto das Sociedades Indígenas é fortalecer, por meio de legislação própria e especial, o seu direito a ser índio e de ser reconhecido como tal. Nesse sentido, Dallari resume:

Um ponto inovador, de profunda significação, foi o reconhecimento dos elementos culturais como essenciais na identificação do índio, na preservação de sua dignidade e até mesmo na garantia de sua sobrevivência. Ficou muito claro, na Convenção nº 169, que o índio, como ser humano, deve ter os mesmos direitos conferidos e assegurados a todos os demais indivíduos, sem qualquer discriminação. Foi enfatizada, também, a necessidade de proteger, de modo especial, os direitos dos índios e de suas comunidades, sem que para receber essa proteção o índio seja obrigado a abrir mão de direitos ou a se colocar como pessoa de qualidade inferior.²⁵¹

²⁴⁸ Id., *ibid.*, p. 22.527.

²⁴⁹ Projeto de Lei n. 2.057/91, art. 1º.

²⁵⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos para o Direito**. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1998. p. 112. .

²⁵¹ DALLARI, Dalmo. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, 1991, v 28, n. 111. p. 318.

Decorridos 25 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando foi reconhecido, expressamente, o direito à diferença aos indígenas, ainda persiste uma concepção evolucionista e preconceituosa de que os índios são incultos e atrasados e que devem ser incorporados à sociedade nacional civilizada. A aprovação deste o Projeto de Lei, portanto, será mais um grande avanço na garantia dos direitos mínimos a esse povo originário. Nesse sentido, refere Vilas Boas:

Evidente que a nossa Constituição não esgotou todo o conteúdo dos direitos a que fazem jus os povos indígenas, mas é indiscutível ter sinalizado de forma salutar um conteúdo mínimo necessário, para que a partir deles viesse o reconhecimento de outros direitos, que direta ou indiretamente, decorram daqueles expressamente previstos nos arts. 231 e 232.²⁵²

Sob esse prisma, o art. 1º do Projeto de Lei reforça aos povos indígenas a possibilidade de solidificarem a busca pela igualdade de oportunidades e condições fundamentais, elencadas com respeito às suas particularidades, como a preservação de seu modo de vida, sua cultura e suas tradições a partir do reconhecimento do direito à diferença, objetivando afirmar-se dentro da sociedade envolvente, que é multicultural.²⁵³

Quanto aos aspectos penais, o Estatuto das Sociedades Indígenas traz algumas inovações, como a elencada no art. 6º, que reconhece a legislação própria dos povos indígenas ao afirmar que: “As relações internas a uma sociedade indígena serão reguladas por seus usos, costumes e tradições.”²⁵⁴

Essa forma de organização social é, na verdade, um conjunto de sistemas que organizam a vida da comunidade indígena com relação à família, às crenças, à organização do trabalho, ao exercício de poder, etc. Tem, entretanto, também a função de normatizar as relações dessas comunidades com o restante da sociedade, inclusive no que tange aos conflitos. “Dão a medida da sujeição de seu próprio sistema jurídico ao Direito, quais as questões ou litígios que são reguladas por suas normas internas e quais devem ter a intromissão das normas e sanções do direito”.²⁵⁵

Nessa perspectiva, tendo em vista a disparidade das normas jurídicas da sociedade nacional em relação às situações fáticas vivenciadas pelas comunidades indígenas, as regras positivas no sistema vigente são preteridas em relação às normas criadas pela própria

²⁵² VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 71.

²⁵³ PIERUCCI, Antônio Flávio. **Ciladas da diferença**. São Paulo: Ed. 34, 1998.

²⁵⁴ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 40.

²⁵⁵ VILLARES, Luiz Fernandes. Direito penal na ordem jurídica pluriétnica. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 17.

comunidade indígena, o que, aliás, já é assegurado pelo *caput* do art. 231 da Constituição Federal de 1988.²⁵⁶

Nesse sentido, refere Villares que:

O reconhecimento dos sistemas jurídicos dos povos indígenas e de sua própria autoridade é uma decorrência lógica de uma postura madura do Direito brasileiro, de aceitar a autodeterminação dos povos indígenas, garantindo o direito de assumir o controle de sua vida e das instituições sociais. [...].

O próprio estado democrático, ao aceitar a cultura e os sistemas jurídicos particulares de cada povo que vive sob sua proteção, ganha legitimidade. Deixa de ser poder e força, tornando-se a organização dos cidadãos livres que a compõem, com base em regras que promovem desenvolvimento e progresso a todos, num processo de coesão e unificação social.²⁵⁷

Ainda segundo a percepção de Villares, o pluralismo referente à aceitação de concepções e ordenamentos jurídicos próprios desse povo originário efetiva o respeito por essa minoria étnica, sendo perfeitamente possível a coexistência entre o direito brasileiro e os sistemas jurídicos indígenas, consoante a previsão do art. 8º²⁵⁸ da Convenção 169 da OIT.²⁵⁹

O art. 90 do Estatuto das Sociedades Indígenas traz um substitutivo ao critério da imputabilidade penal indígena, havendo um deslocamento da esfera da inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto e retardado previsto no art. 26 do Código Penal para o reconhecimento da excludente por erro de proibição enunciado no art. 21 do mesmo diploma legal como pressuposto para o tratamento jurídico-penal do indígena.

Art. 90. 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.

Este artigo do Estatuto das Sociedades Indígenas traz uma inovação ao normatizar, por meio de legislação especial, o basilar princípio do Estado Democrático de Direito, que é o da livre determinação dos povos com o respeito às diferenças. Em outras palavras, pertencer a uma cultura diferente, tendo costumes, crenças ou hábitos diversos da cultura nacional, não implica em desenvolvimento mental incompleto e retardado.

Nesse sentido, é importante referir que não há qualquer correspondência entre o desenvolvimento mental e o grau de integração do índio, uma vez que as diferenças culturais

²⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 17.

²⁵⁷ VILLARES, Luiz Fernandes. *Op. cit.*, 2012, pp. 17-18.

²⁵⁸ O art. 8º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) assim prevê: “1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.”

²⁵⁹ VILLARES, Luiz Fernandes. *Op. cit.*, 2012, pp. 17-18.

não podem embasar um juízo de sanidade mental. Como bem refere Fragoso, “é necessário, fazer uma distinção precisa entre a inimputabilidade decorrente de uma situação peculiar do ponto de vista sociocultural e a cláusula do desenvolvimento mental incompleto”.²⁶⁰

Assim, após a entrada em vigor deste Projeto de Lei, não se poderá mais auferir a inimputabilidade do indígena sob o argumento do desenvolvimento mental incompleto simplesmente por ele pertencer à outra cultura, pois todas as pessoas carregam consigo uma gama de valores a partir da qual regram seu modo de agir dentro de padrões que compreendem como certos ou errados. O que diferencia as ações, portanto, não é a capacidade cognitiva, mas sim o universo de valores em que cada um está envolvido. Nesse sentido, Barreto assevera, em sua obra *Direitos indígenas: vetores constitucionais*, que:

A qualificação do índio como “inimputável”, na preposição de que seu desenvolvimento mental é incompleto, a nosso sentir tem forte odor de discriminação. Primeiro, porque se inadaptção for sinônimo de desenvolvimento mental incompleto, haveremos de inserir nesta categoria muitos estrangeiros. Segundo, a inadaptção não significa ausência ou redução de entendimento de valores e práticas, mas exatamente o contrário: significa consciência de que eles são “diferentes”. Terceiro, mesmo que o pressuposto fosse verdadeiro, dele não decorreria a inimputabilidade, seria necessária a prova da ausência da capacidade de entender e de querer “no momento da conduta”.²⁶¹

Nessa mesma linha de pensamento, Marczyns manifesta-se sobre a questão do critério de aferição da inimputabilidade indígena, referindo o seguinte:

[...] os índios brasileiros estão em diferentes estágios em relação ao conhecimento dos hábitos da sociedade nacional. Como exemplo, há índios com cursos universitários e índios que sequer falam o português. Existem índios que estão no meio do caminho. São situações diferenciadas e que merecem ser consideradas distintamente [...] o índio é mentalmente normal, o que ele tem é cultura diferente, e por vezes não entende o significado de determinada regra, como um estrangeiro pode também não entender [...].
Creio ser esse o referencial que deve orientar a solução de questões ligadas à aferição da imputabilidade dos índios.²⁶²

De acordo com o entendimento anteriormente exposto, para se averiguar a imputabilidade penal dos índios é imperativo investigar se, de acordo com a sua cultura e seus costumes, ele possui condições de compreender o caráter ilícito daquela conduta positivada como crime nos termos dos padrões da cultura da sociedade envolvente. É exatamente nesse critério que esse artigo do Estatuto da Sociedade Indígena se funda e que os autores

²⁶⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 206.

²⁶¹ BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 41.

²⁶² MARCZYNSKY, Solange Rita. Índios: Temas Polêmicos. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, maio/1991, v. 88. p. 44.

contemporâneos vêm se posicionando, ou seja, a questão penal do índio sai da esfera da inimputabilidade em face do desenvolvimento mental incompleto e retardado, e passa a integrar outro elemento excludente de culpabilidade: o erro de proibição.²⁶³

Assim, o erro, como excludente de culpabilidade, é decorrente de um vício de vontade, isto é, ocorre quando há uma falsa percepção da realidade, que pode incidir tanto sobre os elementos estruturais do delito (erro de tipo) quanto sobre a ilicitude da ação (erro de proibição).²⁶⁴

Para Nucci, “o erro é a falsa representação da realidade ou o falso conhecimento de um objetivo (trata-se de um estado positivo), a ignorância é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (trata-se de um estado negativo)”.²⁶⁵

Deste modo, o erro de proibição ocorre quando o agente supõe erroneamente, ser lícita a sua conduta, ou seja, faz um juízo equivocado daquilo que lhe é permitido fazer em sociedade. Assim, o erro de proibição incide sobre a ilicitude de um comportamento.²⁶⁶

O erro de proibição está previsto no art. 21 do Código Penal e preceitua que a ilicitude do fato, se inevitável, é isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. É importante, no entanto, que se diga que o erro de proibição pode ser direto ou indireto. Será direto se o agente agir com a convicção de que sua ação não é proibida pela norma legal, e indireto (ou erro de permissão) se o agente pensar que sua conduta é lícita por estar amparada por uma eximente, que não é reconhecida pelo Direito.²⁶⁷

Desta maneira, Zaffaroni e Pierangeli sustentam que o erro de proibição, seja ele direto ou indireto, quando cometido em razão de práticas culturais de um determinado grupo étnico, refere-se a um *erro culturalmente condicionado*, segundo o qual o indivíduo, no caso o índio, que tenha sido educado de acordo com sua cultura étnica, tem dificuldade de internalizar a regra de cultura dada pela norma, ou seja, pela cultura da sociedade envolvente. Nas palavras dos autores,

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 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.

²⁶³ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 52.

²⁶⁴ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 437.

²⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 343.

²⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., 2011. p. 448.

²⁶⁷ PRADO, Regis Luiz. **Curso de Direito penal brasileiro**. Parte Geral arts. 1º a 120. 4º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 421.

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.²⁶⁸

No mesmo sentido, Yrureta sustenta que a isenção de responsabilidade penal do índio está na inculpabilidade, isto é, na ausência de conhecimento da antijuridicidade da conduta praticada. O erro de proibição pode ser reconhecido quando o indígena, não integrado, desconhece a ação contrária à norma penal, bem como quando ele supõe que as circunstâncias de fato permitem a realização legítima da ação. Essa seria a solução tecnicamente apropriada para eximir de pena um silvícola em razão do erro de proibição.²⁶⁹

Ainda de acordo com Zaffaroni e Pierangeli,

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 da nossa civilização industrial, para destruir todas as relações culturais a ela alheias.²⁷⁰

O critério da imputabilidade até então adotado pela legislação brasileira é inadequado, sendo que com a publicação deste novo Estatuto se deixará de averiguar a inimpunibilidade do indígena por seu suposto desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Passa-se, portanto, a perquirir se ao tempo de sua ação ou omissão o indígena tinha entendimento, de acordo com sua cultura, que tal conduta praticada era punida pela norma vigente.²⁷¹

O parágrafo único do art. 90 do Estatuto das Sociedades Indígenas prevê a forma de cumprimento de pena, reforçando o princípio de individualização, ao mencionar: “Parágrafo único: As penas de detenção e reclusão serão cumpridas em regime aberto, preferencialmente na aldeia em que vive o índio”.

A este Projeto de Lei Complementar foram apresentados diversos substitutivos e, em 1994, o relator do projeto, o Deputado Luciano Pizzatto, deu parecer favorável a sua aprovação com a condição de que os substitutivos o integrassem.²⁷²

²⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1. p. 555.

²⁶⁹ Apud REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 52.

²⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., 2006. pp. 554-555.

²⁷¹ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 78.

²⁷² Id., *ibid.*, p. 40.

A Constituição de 1988 suprimiu o caráter integracionista da legislação e, por consequência, da própria política indigenista oficial, antecipando-se à evolução de conceitos consubstanciada, quase um ano depois, na nova Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais dos Países Independentes. O objetivo de incorporar os índios cedeu lugar ao de garantir o respeito por suas formas culturais próprias, entendendo-se e assumindo que a diversidade cultural protagonizada pelas sociedades indígenas é um dos patrimônios mais significativos legados ao país.²⁷³

Prosseguindo na análise da questão da jurisdição própria, o substitutivo de 1994 assim previa, em seu art. 150:

Art. 150. Será respeitada a aplicação pelas comunidades indígenas, de sanções de natureza coercitiva ou disciplinar contra seus membros, de acordo com suas instituições, desde que não revistam de caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no *caput* deste artigo a comunidade poderá optar pelo processo e julgamento na Justiça Federal.²⁷⁴

Em 2001 foi apresentada uma nova versão de substitutivo, cujo dispositivo teve a seguinte redação:

Art. 106. Será respeitada a aplicação, pela sociedade e comunidades indígenas, de sanções de natureza coercitiva ou disciplinar contra os seus membros, de acordo com suas instituições, desde que não revistam de caráter cruel e infamante, proibida em qualquer caso a tortura e a pena de morte, observando o disposto na Constituição Federal quanto ao respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Parágrafo único. Nos crimes dolosos contra a vida praticados por membros de sociedades indígenas ou contra eles, o conselho de sentença do tribunal do júri, sempre que possível, deverá ser composto também por índios.²⁷⁵

Quanto ao critério do erro de proibição para o tratamento jurídico-penal previsto no art. 90 do Estatuto das Sociedades Indígenas, a versão de 1994 manteve a mesma redação, mas inovou no art. 152 ao referir que “não há crime se o agente indígena pratica o fato sem consciência do caráter delituoso de sua conduta, em razão dos valores culturais de seu povo.” Tal dispositivo, no entanto, foi excluído na versão de 2001, que em seu art. 107 assim dispôs quanto a esse tema:²⁷⁶ “Nos processos criminais contra os índios, o juiz, ao proferir a sentença, considerará o grau de consciência da ilicitude do ato praticado”.

No que tange a essa questão, observa-se que permanece o critério do erro, sendo que o substitutivo de 1994, com a redação dada ao art. 152, trazia um avanço e um esclarecimento

²⁷³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.057/1991**. Parecer do relator Luciano Pizzato. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 18 out. 2013.

²⁷⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.057/1991**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/substitutivos>. Acesso em: 18 out. 2013.

²⁷⁵ Id., *ibid.*

²⁷⁶ REZENDE, Guilherme Madi. *Op. cit.*, 2009. p. 42.

ainda maior quanto à adoção da excludente de culpabilidade por erro de proibição culturalmente condicionado, em substituição ao critério da inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto. Houve, contudo, um pequeno retrocesso com a versão de 2001, que suprimiu este artigo, mas que deixou um pressuposto essencial, que é a adoção legal desse critério para auferir a inimputabilidade penal do indígena.²⁷⁷

Quanto à forma de individualização e cumprimento de pena imposta aos indígenas também houve alteração da redação original do parágrafo único do art. 90 do Projeto de Lei Complementar n. 2.057/91 por meio dos substitutivos. O de 1994 alterou a versão original, que, por sua vez, foi alterado pelo substitutivo de 2001, passando a ter a seguinte redação disposta nos parágrafos do art. 107:

§ 1º. Condenado o índio por infração penal, na aplicação da pena o juiz considerará as peculiaridades culturais do réu para fins de atenuação da pena.

§ 2º. Atendido o disposto no parágrafo primeiro, e observadas as disposições da Lei de Execução Penal, as penas de reclusão e detenção serão cumpridas, na medida do possível, na localidade de funcionamento da unidade administrativa do órgão federal indigenista mais próximo do domicílio do condenado.

§ 3º. No caso das penas restritivas de direito, elas deverão ser cumpridas no interior da terra indígena ocupada pela comunidade de origem do réu.²⁷⁸

O avanço legal estava na previsão do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto para o indígena elencado na versão original do Projeto de Lei referido. Este, infelizmente, foi excluído pelo substitutivo de 2001, sendo restringido e prevendo apenas que a pena fosse cumprida na comunidade mais próxima à Funai, a fim de que o índio conservasse, mesmo durante o cumprimento da pena, as suas manifestações culturais.²⁷⁹

Ao se analisar a questão deve-se ater às previsões legais da Convenção 169 da OIT que, ao tratar sobre a individualização da pena, assim preceitua em seu art. 10: “No processo de impor sanções penais previstas na legislação geral a membros desses povos, suas características econômicas, sociais e culturais deverão ser levadas em consideração” e “Deverá ser dada preferência a outros métodos de punição que não o encarceramento”.

Como dito, o Projeto de Lei do Estatuto das Sociedades Indígenas peregrina a passos lentos, mas, de qualquer forma, se aprovado no Congresso Nacional, representará um grande avanço em relação à legislação atualmente vigente, passando a tutelar essa minoria étnica com respeito a sua diversidade cultural.²⁸⁰

²⁷⁷ Id., *ibid.*, p. 43.

²⁷⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2057/1991**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/substitutivos>. Acesso em: 18 out. 2013.

²⁷⁹ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 43.

²⁸⁰ Id., *ibid.*, p. 43.

Enquanto se aguarda a aprovação do referido Projeto de Lei que virá para pacificar e unificar os diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a temática indígena, as questões penais envolvendo essa minoria são objeto de discussão, em especial os conflitos que envolvem a competência para processar e julgar o índio quando este é autor ou vítima de delito, da Justiça Federal ou Estadual, tema que se pretende explanar no próximo item.

2.4 PRINCIPAIS CONFLITOS DE COMPETÊNCIA EXISTENTES EM DECORRÊNCIA DA COLISÃO CULTURAL NA SOCIEDADE MULTIFACETADA

Antes de adentrar nos conflitos fáticos penais existentes na sociedade multifacetada que será analisado no próximo e último capítulo é necessário tecer algumas considerações acerca da competência criminal para o julgamento dessa temática indigenista, visto que doutrinariamente, há uma severa discussão sobre a questão: a quem cabe decidir questões penais quando o índio é autor ou vítima de delito – será competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual?

A Constituição Federal de 1988 foi um marco de “constituição cidadã” quanto à questão indígena, tendo repercutido em grandes mudanças legislativas e influenciado, inclusive, em constituições de vários países da América Latina, como a Constituição da Colômbia, da Venezuela, do Equador, do Paraguai e da Bolívia.²⁸¹

Deste modo, a Carta Magna trouxe inovações ao explicitar o caráter multicultural e multiétnico da sociedade brasileira, incluindo em seu bojo um capítulo sobre os índios, que expressamente enunciou, no seu art. 109, inciso XI, a competência da Justiça Federal para o julgamento de questões que envolvam a disputa sobre os direitos indígenas.²⁸²

Considerando a previsão constitucional aliada ao princípio do direito à alteridade que deve nortear a abordagem de todas as questões envolvendo os indígenas, percebe-se que é de competência da Justiça Federal o julgamento de todas as demandas, inclusive as penais.²⁸³

Nesse sentido, assim refere Fonteles:

18. E inquestionável: o art. 231, *caput*, da Constituição Federal impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto: sua cultura, sua terra, sua vida.

²⁸¹ BELLO, Enzo. **Política, cidadania e direitos sociais**: um contraponto entre os modelos clássicos e a trajetória da América Latina. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC, Departamento de Direito. Rio de Janeiro, 2007. p. 142.

²⁸² BARRETO, Helder Girão. Op. cit., 2003, p. 58.

²⁸³ SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios e competência criminal: A necessária revisão da Súmula 140 do STJ. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 94.

19. Sua cultura, porque aos índios há o reconhecimento constitucional de sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”.

20. Sua terra, porque aos índios há o reconhecimento constitucional de “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

21. Sua vida, quer na expressão do indivíduo considerado de *per se*, quer na expressão da liderança, ou das diferenças do próprio grupo; quer porque a cada índio, em particular, e a todos em coletividade, entende-se o dever de proteção constitucionalmente imposto à União: “proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Bens, por óbvio, não só os economicamente mensuráveis, mas os inestimáveis como a vida, a integridade física, a honra, etc.

22. Ora, como dissemos antes, porque o art. 231, caput, da Constituição Federal “impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida” e porque o inciso XI do art. 109, da mesma Carta, que o primeiro operacionaliza, marca na Justiça Federal de 1º grau a competência jurisdicional para as contendas sobre direitos indígenas. A justiça estadual não mais será legitimada a conhecer das infrações cometidas por ou contra índios.²⁸⁴

Assim, à primeira vista não haveria dúvidas de que a competência, quando se trata dos direitos indígenas seria da Justiça Federal. A jurisprudência, no entanto, firmou entendimento de que somente competiriam as disputas sobre direitos indígenas com natureza cível, não abrangendo os crimes praticados por indígenas ou contra eles.²⁸⁵

Nesse sentido, no que tange a essa natureza cível das disputas sobre direitos indígenas, Carvalho assevera que esses impasses têm conotação especificamente cível, abrangendo apenas as controvérsias atinentes à posse, invasão, ocupação, exploração e temas afins da terra indígena. Não abarcam o crime contra o indígena, nem cometido pelo indígena, mesmo que proveniente da disputa sobre a terra.²⁸⁶

Barreto, por sua vez, faz uma crítica a essa posição, afirmando que, a princípio, a disputa sobre os direitos indígenas não é nem de natureza cível, nem de natureza criminal, mas, na verdade, trata-se de matéria constitucional. Nas palavras do autor, “A nosso ver, a discussão sobre o inciso XI do art. 109 da CF/88 ser de natureza ‘cível’ ou ‘criminal’ está deslocada. Entende-se que ela é de natureza ‘constitucional’: *a priori* nem é ‘cível’, nem é ‘criminal’”.²⁸⁷

Essa corrente, no entanto, tornou-se predominante nos tribunais brasileiros, o que resultou na edição da Súmula 140 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que assim refere:

²⁸⁴ FONTELES, Claudio Lemos. Os julgamentos de crimes cometidos contra comunidades indígenas pela Justiça Estadual. In: SANTILI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 205.

²⁸⁵ BARRETO, Helder Girão. Op. cit., 2003. p. 58.

²⁸⁶ CARVALHO, Vladimir Souza. **Competência da Justiça Federal**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

²⁸⁷ BARRETO, Helder Girão. Op. cit., 2003. p. 60.

“Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”.²⁸⁸

A aplicação da Súmula 140 consta na maioria dos julgados, e envolve o conflito de competência julgado pelo STJ. Nesse rumo observa-se o julgado abaixo colacionado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DENÚNCIA QUE ENVOLVE CRIMES DE FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO, SUBMISSÃO À PROSTITUIÇÃO, RUFIANISMO, VENDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS A ADOLESCENTES E FORMAÇÃO DE QUADRILHA PRATICADOS COM PARTICIPAÇÃO DE ÍNDIOS E COM EXPLORAÇÃO SEXUAL DE ADOLESCENTES INDÍGENAS. INEXISTÊNCIA DE CRIMES RELACIONADOS À DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS. ART. 109, XI, DA CF/88. SÚMULA 140/STJ. INCIDÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE CORONEL BICACO/RS.

I. Os delitos praticados são crimes comuns, que não se relacionam com disputa sobre direitos indígenas, na forma do art. 109, XI, da CF/88.

II. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a competência da Justiça Federal, fixada no art. 109, XI, da Constituição Federal, “só se desata quando a acusação seja de genocídio, ou quando, na ocasião ou motivação de outro delito de que seja índio o agente ou a vítima, tenha havido disputa sobre direitos indígenas, não bastando seja aquele imputado a silvícola, nem que este lhe seja vítima e, tampouco, que haja sido praticado dentro de reserva indígena.” (STF, RE 419.528, Rel. p/ acórdão Ministro Cezar Peluso, Pleno, DJU de 09/03/2007, p. 26).

III. Caso é de aplicação da Súmula 140/STJ: “Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.”

IV. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito da Comarca de Coronel Bicaco/RS, o suscitado.²⁸⁹

Apesar de entender que o julgamento de crimes que envolvem os indígenas como autores ou vítimas ser de competência da Justiça Estadual, em determinadas situações o próprio STJ afasta a incidência da Súmula 140. O argumento utilizado nestes casos é que sempre que houver disputas sobre “direitos indígenas” que transcendam aos limites do interesse individual, ou seja, nos crimes que versarem sobre matérias que envolvam a organização social dos índios, seus costumes, línguas, crenças e tradições, a competência é da Justiça Federal, nos termos no art. 109, XI, da CF/88.

Assim, para se fixar a competência quanto à disputa de direitos indígenas deve-se, primeiramente, observar a delimitação realizada pela Constituição Federal em seu art. 109, XI. Somente após essa análise é que haverá competência da Justiça Estadual. Esse é o entendimento consubstanciado de Castilho ao referir que:

²⁸⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2014.

²⁸⁹ CC 38.517/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Terceira Seção, julgado em 24/10/2012, DJe 31/10/2012. Disponível em: www.stj.jus.br/jurisprudencia.

A disputa sobre direitos ou interesses indígenas, na ausência de um conteúdo técnico-jurídico preciso, como parece intuitivo, terá de ser definida a partir do conteúdo material dos fatos a que se referir. Mostra-se no entanto razoável sustentar que a verdadeira visão dos direitos e interesses indígenas só pode ser obtida pela adequada interpretação dos artigos 231 e 232 da CF, cuja função e redação no texto fundamental revelam que foi instituído um regime jurídico constitucional próprio dos indígenas que, por sua vez, devem obediência aos textos legais de hierarquia inferior. É assim a partir da interpretação e aplicação dos princípios desses dois preceptivos que se haverão de interpretar, na sequência, as leis e normas infraconstitucionais, sempre desprezadas a interpretação ou a jurisprudência que resultar em negação ou diminuição dos propósitos contidos no mencionado Capítulo VIII, Título VIII da Constituição de 5 de outubro de 1988.

Visto desse modo, tudo o que se tiver de sustentar a respeito dos direitos ou interesses indígenas deve ser lido, pensado e compreendido necessariamente nessa perspectiva constitucional, para daí então se extraírem as demais consequências decorrentes. Em outros termos, revela-se essencial a exata compreensão desse regime jurídico em toda a sua extensão, como pressuposto fundamental para a correta inteligência da norma constitucional e, para tanto, é preciso primeiro entender o que estabeleceu a Constituição para depois averiguar se a lei e a jurisprudência vão no mesmo sentido.²⁹⁰

Para exemplificar esse entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça se colacionam os julgados que seguem:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIMES DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO ENTRE ÍNDIOS. SÚMULA 140/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. DISPUTA RELACIONADA À LIDERANÇA E OCUPAÇÃO DA ALDEIA WAHURI, DO POVO JAVAÉ, NA ILHA DO BANANAL. INTERESSE DE TODA A COMUNIDADE INDÍGENA. ART. 109, XI, E ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Em regra, a competência para processar e julgar crime que envolva índio, na condição de réu ou vítima, é da Justiça Estadual, conforme preceitua o enunciado nº 140 da Súmula desta Corte, segundo o qual: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.” 2. Todavia, a competência será da Justiça Federal toda vez que a questão versar acerca de disputa sobre direitos indígenas, incluindo as matérias referentes à organização social dos índios, seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, conforme dispõem os arts. 109, XI, e 231, ambos da Constituição da República de 1988.

3. Na hipótese, verifica-se que os fatos narrados no termo circunstanciado, os quais, em tese, caracterizam crimes de calúnia e difamação, tiveram como causa a situação de conflito na comunidade indígena do Povo Javaé, notadamente a disputa pela posição de cacique da Aldeia Wahuri, na Ilha do Bananal, atingindo os interesses coletivos de toda a comunidade indígena, situação que afasta a incidência da Súmula 140/STJ e atrai a competência da Justiça Federal.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal de Gurupi - SJ/TO, o suscitante.²⁹¹

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ÍNDIOS DENUNCIADOS PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL POR FURTO QUALIFICADO. DISPUTA

²⁹⁰ CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas. *Revista Jurídica*, 2004, v. 52, n. 316. pp. 82-97.

²⁹¹ CC 123.016/TO, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 26/06/2013, DJE 01/08/2013. Disponível em: www.stj.jus.br/jurisprudencia.

DE DIREITOS INDÍGENAS. LOCAL DO FATO OBJETO DE AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA NA JUSTIÇA FEDERAL, QUE RECONHECEU SUA NATUREZA INDÍGENA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DESLOCAMENTO DOS AUTOS PARA A JUSTIÇA FEDERAL. AFASTAMENTO DA SÚMULA 140/STJ. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, PARA DETERMINAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO FEITO, ONDE DEVERÁ SER ANALISADA A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DOS RECORRENTES.

1. A definição da competência criminal para o processamento e julgamento dos crimes praticados por ou contra indígenas requer a análise do fato delituoso à luz da disciplina constitucional outorgada aos índios, notadamente em seus arts. 109, XI, 231 e 232.
2. No caso dos autos, noticia o impetrante que o local onde houve as prisões em flagrante é objeto de ações possessórias perante a Justiça Federal, as quais já foram julgadas, em que foram partes a suposta vítima, Aracruz Celulose S/A, e representantes da comunidade indígena da qual fazem parte os pacientes, devidamente representados pela Funai, tendo sido reconhecida sua natureza indígena.
3. Neste diapasão, e considerando a tutela constitucional dos direitos e interesses indígenas, seria de bom alvitre que o processamento e julgamento do fato delituoso em apuração fossem realizados perante a Justiça Federal, que, inclusive, terá maiores subsídios para determinar se o local onde ocorreu a suposta subtração de madeira é ou não território indígena. Afastada, portanto, a Súmula 140 deste STJ.
4. Parecer ministerial pelo desprovimento do recurso.
5. Recurso parcialmente provido, determinando-se o deslocamento dos autos do Processo 006.06.005528-9 para a Justiça Federal, Seção Judiciária do Espírito Santo, onde deverá ser analisada a necessidade de manutenção da prisão preventiva dos recorrentes, anulando-se todos os atos decisórios eventualmente produzidos, mantidos os de caráter instrutório.²⁹²

Depreende-se daí que, usualmente, estão sendo utilizadas, como critério fixador de competência, as circunstâncias em que o crime foi praticado. Serão de competência da Justiça Federal, portanto, os crimes que envolverem circunstâncias atinentes a disputas pelos direitos indígenas; por outro lado, quando os crimes não tiverem essa conotação e forem praticados de forma individual, a competência será da Justiça Estadual.²⁹³

Nesse mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes, em sua recente obra *Curso de Direito Constitucional*, aduz que:

Competência inovadora da Justiça Federal introduzida pela Constituição de 1988 diz respeito à disputa sobre direitos indígenas (CF art. 109, XI). O Supremo Tribunal Federal tem adotado orientação qualificadora da cláusula referida, entendendo que a disputa sobre direitos indígenas, para os fins da competência da Justiça Federal, há de envolver necessariamente questões vinculadas a direitos ou interesses indígenas típicos e específicos (e não interesse ou direitos de toda a comunidade). Assim, os crimes ocorridos em reserva indígena, ou crimes comuns praticados por índios ou contra índios, sem qualquer elo ou vínculo com a

²⁹² RHC 24.732/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 04/02/2010, DJe 01/03/2010. Disponível em: www.stj.jus.br/jurisprudência.

²⁹³ PONTES, Bruno Cezar Luz. Op. cit., 2012. p. 193.

etnicidade, o grupo e a comunidade indígena, são da competência da Justiça comum.²⁹⁴

Consubstanciado com o mesmo entendimento, Pontes assim refere:

Está bem claro, nos termos do entendimento hoje predominante, que a Justiça Federal será competente para processar e julgar criminalmente o índio quando houver um nexo de causalidade entre o crime cometido por ele ou contra ele, com a disputa por direitos indígenas.²⁹⁵

De acordo com esse entendimento, e para fins de fixação da competência para julgamento das questões criminais indígenas, deve-se fazer uma análise conjunta dos arts. 109, XI, e 231, ambos da CF/88, visto que a disputa por direitos indígenas é baseada nos direitos previstos no art. 231 da CF/88 (organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e direitos originários que tradicionalmente ocupam).²⁹⁶

Portanto, a orientação correta para caracterizar a competência para julgar criminalmente o silvícola é a análise da motivação e das circunstâncias do crime na cláusula ‘disputa sobre direitos indígenas’ prevista na Constituição Federal, não tendo importância, assim, o local onde é praticado o crime, o crime que foi cometido, se há pessoas não índias envolvidas e nem o direito que impulsionou os índios a travarem a disputa, desde que traga tal direito, de uma forma ou de outra, algum tipo de benefício para a comunidade silvícola. Se o que permeia a disputa é um sentimento indígena mais ou menos genérico, aí está o espírito do art. 109, XI, da CF/88.²⁹⁷

Como mencionado anteriormente, apesar da existência da Súmula 140, que serviria para pacificar a jurisprudência no que tange à matéria criminal indígena, o Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, vem decidindo em sentido contrário às orientações contidas neste precedente. Entende, em síntese, que é de competência da Justiça Federal julgar as questões indígenas, não estando a Justiça Estadual legitimada, na presente ordem constitucional, a conhecer as infrações penais cometidas por ou contra os indígenas.²⁹⁸

Nesse sentido, são os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO CONTRA SILVÍCOLA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

²⁹⁴ MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1030.

²⁹⁵ PONTES, Bruno Cezar Luz. Op. cit., 2012. p. 194.

²⁹⁶ PONTES, Bruno Cezar Luz. Op. cit., 2012. p. 195.

²⁹⁷ Id., *ibid.*, p. 196.

²⁹⁸ SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Op. cit., 2012. p. 97.

1. A Constituição Federal, em seu art. 231, impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida.
2. Sendo a vida dos índios tutelada pela União, é competente a Justiça Federal para julgar o feito, não estando a Justiça Estadual, na presente ordem constitucional, legitimada a conhecer as infrações penais cometidas por ou contra silvícolas. Recurso conhecido e provido.²⁹⁹

Percebe-se pois, que não está havendo um tratamento uniforme nos julgados do Superior Tribunal de Justiça quanto à competência para julgamento de crimes praticados por ou contra índios, o que faz com que a referida Súmula perca a sua finalidade, que é a de orientar a comunidade jurídica quanto a determinado entendimento da jurisprudência.³⁰⁰

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, assentou alguns critérios quanto à definição de competência para tratar dessa questão, tendo o Plenário do STF acompanhado a tese desenvolvida pelo Ministro Cezar Peluso no voto proferido no RE n. 419.528/PR, *in verbis*:

[...] na lide penal, não se disputa sobre bem jurídico indígena, sobre vida. Ninguém tem dúvida sobre a titularidade desse direito. O que se discute ali não é titularidade de direito indígena, mas apenas a procedência, ou não, de acusação penal, para efeito de, verificada a existência de um crime, aplicar punição, ou não, ao seu autor. Desse modo, Sra. Presidente, mas sem fechar a questão, pois estou realmente aberto a ponderações, minha primeira inclinação é traçar esta distinção: se o crime envolve disputa sobre direito indígena, se na raiz do ato tido como teoricamente delituoso está uma disputa sobre direitos indígenas, dou plena competência a Justiça Federal, nos termos do inciso XI. Estou de acordo, em princípio, também com a observação, que foi feita, de que a norma do art. 231 parece dirigir-se mais à tutela de bens de caráter civil, e não, de bens objeto de valoração estritamente penal. É como tendo a votar.³⁰¹

Com fundamento na posição anteriormente exalada, tais precedentes indicam que competiriam à Justiça Federal aqueles processos que versarem apenas sobre a cultura indígena, aos direitos sobre suas terras ou a interesses constitucionalmente atribuíveis à União Federal. E, uma vez presente uma dessas condições, torna-se apta para, nos termos da jurisprudência do STF, atrair a competência. É nesse sentido que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO. ACUSADOS: ÍNDIOS. DELITO COMUM. AUSÊNCIA DE DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. O deslocamento da competência para a Justiça Federal, na forma do inciso XI do artigo 109 da Carta da República, somente ocorre quando o processo versa sobre questões ligadas à cultura indígena e

²⁹⁹ RE 192473-0/RR, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 04/04/1997, DJe 29/08/1997. Disponível em: www.stj.jus.br.

³⁰⁰ SANTOS FILHO. Roberto Lemos dos. Op. cit., 2012. p. 17; 19.

³⁰¹ Voto proferido pelo Ministro Cesar Peluso, RE n. 419.528/PR Pleno, maioria, Relator originário Marco aurelio. DJ 09.03.2007. Disponível em: www.stf.jus.br.

aos direitos sobre suas terras. 2. Homicídio em que os acusados são índios. Crime motivado por desentendimento momentâneo, agravado por aversão pessoal em relação à vítima. Delito comum isolado, sem qualquer pertinência com direitos indígenas. Irrelevância de o fato ter ocorrido no interior de reserva indígena. Competência da Justiça Estadual. Ordem indeferida.³⁰²

EMENTA: COMPETÊNCIA CRIMINAL. Conflito. Crime praticado por silvícolas, contra outro índio, no interior de reserva indígena. Disputa sobre direitos indígenas como motivação do delito. Inexistência. Feito da competência da Justiça Comum. Recurso improvido. Votos vencidos. Precedentes. Exame. Inteligência do art. 109, incs. IV e XI, da CF. A competência penal da Justiça Federal, objeto do alcance do disposto no art. 109, XI, da Constituição da República, só se desata quando a acusação seja de genocídio, ou quando, na ocasião ou motivação de outro delito de que seja índio o agente ou a vítima, tenha havido disputa sobre direitos indígenas, não bastando seja aquele imputado a silvícola, nem que este lhe seja vítima e, tampouco, que haja sido praticado dentro de reserva indígena.³⁰³

O Estatuto do Índio atualmente em vigor – Lei 6.001/73 – nada referiu quanto à competência para o julgamento de questões penais envolvendo os indígenas. No projeto de Lei do Estatuto das Sociedades Indígenas, no entanto, essa questão é solucionada com o disposto no art. 9º, que fixa a competência absoluta à Justiça Federal para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, os crimes praticados por índios ou contra os índios, suas sociedades, suas terras e seus bens.³⁰⁴

Art. 9º. Aos Juízes Federais compete processar e julgar:

I - a disputa sobre direitos indígenas;

II - os crimes praticados contra os índios, suas sociedades, suas terras e seus bens;

III - os crimes praticados por índios.

Parágrafo Único - Nos crimes a que se referem os incisos II e III deste artigo, a Polícia Federal exercerá a função de Polícia Judiciária.

Até que seja publicada essa nova Lei das Sociedades Indígenas, contudo, permanece o impasse quanto à competência, pois ora os conflitos penais indígenas são resolvidos pela Justiça Estadual, ora julgados pela Justiça Federal. É impositiva, portanto, a necessidade de construção de uma jurisprudência uniforme sobre os direitos dos índios, sobretudo no âmbito criminal.³⁰⁵

Como se pode verificar, não obstante a Constituição Federal de 1988 ter sido um marco no reconhecimento de direitos aos indígenas, a posição adotada para a aferição da imputabilidade penal dos mesmos ainda possui aquela perspectiva assimilacionista. Há,

³⁰² HC 81827, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 23-08-2002 PP-00115 EMENT VOL-02079-02 PP-00232. Disponível em: www.stf.jus.br.

³⁰³ RE 419528, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2006, DJ 09-03-2007 PP-00026 EMENT VOL-02267-03 PP-00478. Disponível em: www.stf.jus.br.

³⁰⁴ SANTOS FILHO. Roberto Lemos dos. Op. cit., 2012. p. 17; 99.

³⁰⁵ Id., ibid., p. 17, 102.

portanto, um total descompasso entre o Direito Penal aplicado a demandas envolvendo essa minoria étnica e os preceitos constitucionais que asseguram diversos direitos decorrentes de sua peculiar situação.

3 TRATAMENTO JURÍDICO PENAL ADOTADO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS COM RELAÇÃO AOS INDÍGENAS

O respeito à diversidade cultural reconhecido constitucionalmente reflete na legislação infraconstitucional, em especial no Código Penal, que deve ser interpretado nessa perspectiva multicultural. Por isso, o critério da inimputabilidade hoje adotado para o tratamento jurídico-penal do índio se mostra totalmente inadequado visto que na maioria das vezes sequer é considerado o fato de o agente ser índio, sendo analisadas tão somente questões formais. Nesse cenário, é afastada qualquer forma diferenciadora no seu julgamento em razão de origem étnica, o que requer mudanças de paradigma para que sejam aplicadas formas mais adequadas à solução dos conflitos oriundos da divergência cultural, o que se passará a explorar a seguir.

3.1 EXEMPLOS DE DEMANDAS CRIMINAIS ENVOLVENDO A MINORIA ÉTNICA INDÍGENA

As demandas criminais envolvendo crimes praticados por indígenas, em razão de sua prática cultural, dificilmente chegam ao conhecimento das autoridades locais e, quando isso acontece, raramente culminam em processos judiciais criminais. Acredita-se que esta seja a razão das poucas jurisprudências encontradas nos Tribunais pátrios versando especificadamente sobre este tema, isto é, sobre crimes motivados pelo modo tradicional de vida deste povo originário.

Não obstante a escassez de jurisprudências, este capítulo visa a elencar alguns casos de crimes motivados pela cultura indígena, os quais foram denunciados e culminaram em processos criminais cujos réus eram índios.

O primeiro caso versa sobre o crime de cárcere privado capitulado no art. 148 do Código Penal, em que, segundo a denúncia realizada no ano 2004, na Vila São João, no município de Redentora, interior do Rio Grande do Sul, os indígenas Carlinhos Alfaiate, Paulo César Ribeiro, Leomar Douglas Ribeiro e Airton Ribeiro privaram de sua liberdade os também índios Sidnei Mariano e Vergílio Benites de Carvalho, vice-cacique e cacique guaranis, respectivamente, mediante cárcere privado, por seu suposto ato de extração de madeira pertencente à reserva, mantendo-os presos na “casa de meditação” da Reserva Indígena do Guarita.³⁰⁶

³⁰⁶ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. **Acórdão do processo n. 2006.71.15.000645-2/RS**. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php. Acesso em: 12 mar. 2014.

O processo tramitou na Justiça Federal do Rio Grande do Sul sob o n. 2006.71.15.000645-2/RS, tendo sido reconhecida a competência da esfera federal, uma vez que a prática do crime de cárcere privado decorreu de disputa acerca de direitos indígenas. A motivação dos réus de prenderem as vítimas na cadeia indígena foi a suposta venda irregular de toras de madeira pertencentes à reserva indígena.³⁰⁷

Cumprе esclarecer que nesta reserva coabitam duas etnias indígenas, ou seja, os Guaranis e os Kaingang e, de acordo com a analista pericial em Antropologia da Procuradoria Regional da República da 4ª Região, na reserva de Guarita há um severo conflito entre as duas etnias, principalmente no que tange às práticas de extração ilegal de recursos das terras indígenas, sendo a “cadeia indígena” considerada uma prática comum na reserva.³⁰⁸

No mesmo sentido foi a afirmação da funcionária pública da Funai, que corroborou com os apontamentos da analista pericial, afirmando “que os índios têm ‘suas próprias leis’”, e que as duas etnias possuem costumes diferentes, com diferentes vivências, o que faz com eles não possuam “um relacionamento bom”. Confirmou que a “cadeia indígena” é prática comum em todas as áreas indígenas da região.³⁰⁹

Na oportunidade, foi realizado um laudo antropológico a fim de verificar o grau de integração dos réus indígenas na sociedade envolvente, nos termos do art. 4º da Lei 6.001/73. Nesta perícia constatou-se que eles possuíam boa compreensão das regras estabelecidas na sociedade não indígena, sendo desta forma considerados imputáveis para fins penais.

No primeiro grau de jurisdição a denúncia foi julgada parcialmente procedente, sendo Carlinhos Alfaiate, Paulo Cesar Ribeiro, Leomar Douglas Ribeiro e Airton Ribeiro, condenados pela prática do crime previsto no art. 148, *caput*, do Código Penal, à pena de um ano de reclusão para cada um deles, a ser cumprida em regime aberto, sendo as reprimendas prisionais substituídas por prestação de serviços à comunidade. Inconformados com a decisão, os réus apelaram da sentença.³¹⁰

Em grau de apelação, embora tenha havido um voto divergente do Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, foi mantida a sentença, sendo negado provimento ao recurso interposto, como se pode verificar na ementa:

³⁰⁷ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. **Acórdão Embargos Infringentes e de nulidade n. 2006.71.15.000 645-2/RS**. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php. Acesso em: 12 mar. 2014.

³⁰⁸ Id., *ibid.*

³⁰⁹ Id., *ibid.*, autos do processo, fls. 307-308.

³¹⁰ Id., *ibid.*

PENAL. CÁRCERE PRIVADO. MANUTENÇÃO. ESTATUTO DO ÍNDIO. INTEGRAÇÃO. ART. 56 DA LEI Nº 6.001/73.

A privação de liberdade de indígenas, mantidos em cárcere privado – cadeia indígena –, por suposto cometimento de extração de madeira pertencente à reserva por parte das vítimas, insere-se na capitulação do artigo 148 do Código Penal.

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.

Em análise da atenuante prevista no art. 56 da Lei nº 6.000/73, o Tribunal Regional Federal entendeu que a mesma não possui vigência, uma vez que os índios encontram-se completamente inseridos na sociedade civil, como demonstrado nos autos, não ocorrendo, assim, alteração na pena provisória dos réus. Ademais, a referida atenuante também não foi aplicada em face da fixação da pena mínima legal.

Em razão do voto divergente a defesa dos réus opôs embargos infringentes e de nulidade, sendo que em julgamento de tal recurso o delito de cárcere privado descrito na denúncia foi desclassificado para constrangimento ilegal, sem contudo, haver alteração na pena fixada em desfavor dos réus.

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. CÁRCERE PRIVADO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Os delitos de cárcere privado (art. 148 do Código Penal) e de constrangimento ilegal (art. 146 do Código Penal) diferenciam-se pelo elemento subjetivo. No cárcere privado a vontade é dirigida à ilegítima privação ou restrição da liberdade de outrem, enquanto que no crime de constrangimento ilegal inexistente o intuito de privação da liberdade de ir e vir, mas tão-somente de coagir a pessoa a fazer ou deixar de fazer algo.

2. Se a vontade dos agentes era reter as vítimas por determinado tempo, a fim de resolver questões relativas à suposta venda irregular de madeiras, e não cercear-lhes a liberdade de locomoção por período prolongado de tempo, o delito é o de constrangimento ilegal.³¹¹

O segundo caso também trata do delito de cárcere privado previsto no art. 148 do Código Penal, ocorrido na “casa de meditação” ou “cadeia indígena”. Narra a denúncia que no período compreendido entre os dias 03 a 10 de outubro de 2000, no Posto Indígena de Marrecas dos Índios, localizado no município do Turvo, interior do Estado de Paraná, o réu indígena Pedro Cornélio privou de liberdade os também indígenas Adão Fortunato, Lauro Arthur, Jovino Bandeira Luz, João Elias, Airton Valério Arthur, Idalina Bandeira Glicerio, Dirceu Emichi Elias, Maria Augusta Freitas Atanásio, Juvêncio Cornélio, Valdevino Cornélio, Maurício Cornélio e Carolina Tavares, mantendo-os em cárcere privado entre cinco

³¹¹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. **Acórdão Embargos Infringentes e de nulidade n. 2006.71.15.000645-2/RS**. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php. Acesso em: 12 mar. 2014.

e oito dias dentro da própria reserva indígena, em um local denominado “Casa de Meditação” em razão de as vítimas não terem apoiado e votado no denunciado por ocasião de sua candidatura ao cargo de vereador do município do Turvo/PR.³¹²

O processo tramitou na Justiça Federal do Paraná sob o n. 2004.70.06.001818-1/PR, nada sendo arguido quanto à competência da Justiça Federal para processar e julgar esse delito.

Em primeiro grau de jurisdição sobreveio a sentença, julgando procedente a denúncia para condenar o denunciado Pedro Cornélio nas sanções do art. 148, § 2º, c/c o art. 70 do CP, à pena privativa de liberdade de oito anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea “b”, do CP.³¹³

Irresignado com a sentença, o réu indígena interpôs Recurso de Apelação visando a sua reforma e alegando, em sede de preliminar, a nulidade do processo em razão de não ter sido realizado no curso da Instrução Criminal, o Exame Pericial Antropológico, a fim de comprovar a inimputabilidade do réu.

Essa alegação de nulidade, no entanto, não prosperou, uma vez que, fundamentado no voto do relator do Acórdão, o Des. Federal Márcio Antônio Rocha, no julgamento do Recurso de Apelação, mostrou-se contrário ao exame pericial, pois havia a hipótese de existirem outros elementos nos autos capazes de apontar o grau de cultura do réu. Ademais, no caso em questão, o réu era alfabetizado e falava fluentemente a língua portuguesa, estando devidamente integrado na civilização, sendo, portanto, imputável.

O recurso foi improvido e a pena reduzida de ofício para quatro anos de reclusão a ser cumprida em regime aberto, não havendo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em razão de o crime ter sido cometido com grave ameaça às pessoas.³¹⁴

In verbis a ementa do Acórdão:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 148, § 2º DO CP. RÉU E VÍTIMAS INDÍGENAS. PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. PRELIMINARES AFASTADAS. PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE DEFESA DA FUNAI. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Havendo prova inequívoca de ser o índio completamente integrado na civilização, pode o Juiz prescindir do laudo antropológico para aferir a imputabilidade penal.
2. A deficiência da defesa somente levará à anulação do processo se houver prova do prejuízo para o réu. Não demonstrado nos autos qualquer prejuízo, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade.

³¹² TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. **Acórdão do processo n. 2004.70.06.001818-1/PR**. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php. Acesso em: 12 mar. 2014. fls.100.

³¹³ Id., *ibid*.

³¹⁴ Id., *ibid*.

3. Incabível a desclassificação para o delito de constrangimento ilegal, pois demonstrado nos autos a vontade do réu de privar a liberdade de outrem por longo espaço de tempo.
4. Materialidade e autoria do delito do artigo 148, § 2º do CP comprovadas de acordo com as provas dos autos, que demonstram ter o réu mantido em cárcere privado pelo menos 12 vítimas.
5. Reduzida, de ofício, a pena privativa de liberdade do réu.³¹⁵

Vale observar que, ao contrário do caso anterior, no presente julgado não há qualquer referência ao art. 56 da Lei 6.001/73, que prevê em seu *caput*: “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”.³¹⁶

Pontes chama atenção de que se trata de uma causa de atenuação da pena e não de diminuição e, em razão de ser uma atenuante, a pena não poderá ser reduzida aquém do mínimo legal. Deste modo, o grau de integração do índio serviria para dimensionar o grau de redução da pena.³¹⁷

É importante referir ainda que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que o *caput* do art. 56 do Estatuto Indígena aplica-se também ao índio integrado, uma vez que tais direitos são conferidos “pela simples condição de se tratar de indígena”.³¹⁸ Quanto a esse ponto assim refere Pontes:

É preciso interpretar esse dispositivo legal com base no fato que existe uma maioria indígena integrada a nossa sociedade – não completamente integrada, mas já com conhecimento razoável da nossa etnia –, e uma minoria não integrada, impondo-se aplicação do espírito do princípio da isonomia: aos iguais, a igualdade aos desiguais a desigualdade.³¹⁹

Outra questão que também não foi elencada no julgado em apreço diz respeito à forma de cumprimento da pena aplicada, uma vez que, ao ser aplicada a pena de quatro anos de reclusão em regime aberto deveria estar expressa a possibilidade de o indígena cumprir a pena em local de funcionamento de repartição federal de proteção aos índios.³²⁰

Nesse sentido, reza o parágrafo único do art. 56 do Estatuto do Índio: “As penas de reclusão e detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação

³¹⁵ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. Op. cit., 2014.

³¹⁶ BRASIL. Lei 6.001/73. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 12 dez. 2013.

³¹⁷ PONTES, Cezar Luz Pontes. O índio e a justiça criminal brasileira. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 210.

³¹⁸ Id., *ibid.*, p. 210.

³¹⁹ Id., *ibid.*, p. 210.

³²⁰ Id., *ibid.*, p. 211.

do condenado”.³²¹ Essa previsão legal que possibilita o cumprimento da pena em regime de semiliberdade no local de funcionamento do órgão indigenista visa primordialmente à preservação dos valores constitucionais indígenas.³²²

O terceiro julgado a ser analisado diz respeito a crime ambiental previsto no art. 39 da Lei nº 9.605/98 a qual impõe sanção a quem cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente.

No caso em questão o réu Dario Cardoso, que não é indígena, residia na Reserva Indígena Duque de Caxias/Terra Indígena de Ibirama, em José Boiteux, e foi denunciado por ter intermediado a venda das madeiras apreendidas, as quais foram cortadas da floresta pertencente à referida Reserva Indígena Duque de Caxias. Tal extração foi comandada pelo cacique indígena Lauro Juvei, também réu neste processo, sem que houvesse licença da autoridade competente para tanto, nem qualquer plano de manejo.³²³

O processo tramitou na Justiça Federal de Santa Catarina sob o n. 2000.72.05.005860-0/SC. Houve desmembramento do processo quanto aos demais envolvidos em razão dos mesmos não serem indígenas, prosseguindo o feito na esfera federal apenas em relação ao índio acusado, o cacique Lauro Juvei.³²⁴

Mesmo sem a realização do Exame Antropológico, o cacique Lauro Juvei foi considerado integrado à sociedade e, portanto, imputável, uma vez que o mesmo frequentou os bancos escolares, embora não tenha concluído o 1º grau.³²⁵

Na sentença de primeiro grau foi julgada procedente a denúncia a fim de condenar o réu nas sanções do art. 39 da Lei 9.605/98, aplicando a pena de um ano de detenção, sendo esta substituída por uma pena restritiva de direito na modalidade de prestação de serviço à comunidade ou à entidade pública, mensalmente, pelo tempo da condenação, em benefício de instituição social a ser fixada pelo Juízo da Execução Penal.³²⁶

O cacique Lauro Juvei interpôs Recurso de Apelação que visou à reforma da sentença com a conseqüente absolvição, sustentando a inimputabilidade do agente, o que acarretaria a anulação do processo. Este provimento ao recurso, no entanto, foi negado, sendo sustentado pelo relator Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado que, embora a Carta Magna preconiza no art. 231 que os índios possuem posse e usufruto de terras por eles ocupadas,

³²¹ BRASIL. Lei 6.001/73. Op. cit., 2013.

³²² PONTES, Cezar Luz Pontes. Op cit., 2012. p. 214.

³²³ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. Acórdão do processo n. 2000.72.05.005860-0/SC. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php. Acesso em: 12 mar. 2014.

³²⁴ Id., ibid.

³²⁵ Id., ibid.

³²⁶ Id., ibid.

conforme suas atividades produtivas, usos, costumes e tradições, essa exploração não pode ser indiscriminada, devendo ser evitados os danos ao meio ambiente.³²⁷

In verbis a ementa do julgado:

PENAL. PERMISSÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE ART. 39 DA LEI 9605/98. CORTE DE ÁRVORES. RESPONSABILIDADE PENAL DE INDÍGENAS.

1. A existência de direitos e deveres dos membros das comunidades indígenas em nossa ordem constitucional exige a verificação concreta do nível de aculturação sofrido.

2. Muito embora a Constituição preconize que os índios possuem posse e usufruto de terras por eles ocupadas, conforme suas atividades produtivas, usos, costumes e tradições, sua exploração não pode ser indiscriminada de forma a evitar os danos ao meio ambiente.

3. O art. 39 da Lei nº 9.605/98 impõe sanção a quem cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente.³²⁸

Quanto à temática ambiental convém ressaltar que embora a maioria da população indígena habite terras cujo usufruto lhe é garantido constitucionalmente, grande parte dessas terras também são consideradas espaços ambientalmente protegidos, o que, por sua vez, impossibilita qualquer atividade no local.³²⁹

Essa previsão de espaços protegidos, não somente no interior de reservas indígenas, abre precedentes para a punição do indígena pelo Direito Penal Ambiental, o que gera inúmeros processos judiciais por crimes ambientais cometidos por índios.

Nesse rumo prevê o art. 39 da Lei n. 9.605/98: “Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”³³⁰

Como se observa no artigo supracitado, que trata da legislação ambiental, é punido o agente que cortar árvores em lugares interditados por órgão competente. Ocorre que tanto a Constituição Federal de 1988 como o Estatuto do Índio determinam que o Poder Público respeite a diferença indígena, assegurando ao índio a livre escolha dos seus meios de vida e de subsistência. Ademais, confere-lhe os recursos para o seu desenvolvimento sem interferir em sua liberdade e autodeterminação.³³¹

³²⁷ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. Op. cit., 2014.

³²⁸ Id., *ibid.*

³²⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal ambiental e o índio. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 105.

³³⁰ BRASIL. **Lei 9.605/98**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 18 dez. 2013.

³³¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. Op. cit., 2012. p. 105.

Segundo Costa, se por um lado existe a lei constitucional e infraconstitucional garantindo um tratamento jurídico fundado no pluralismo, por outro não se pode ignorar a necessidade de proteção ao meio ambiente, uma vez que uma considerável parcela dos recursos naturais brasileiros se encontra em territórios indígenas, sendo necessária a sua proteção como forma de garantir a própria sustentabilidade desses povos.³³²

O quarto caso analisado trata de um crime de homicídio, capitulado no art. 121 do Código Penal brasileiro, ocorrido no Estado de Roraima, o qual ficou conhecido como o Caso do Índio Sorias. Sorias matou sua esposa Suruwei a facadas em razão de esta tê-lo traído no casamento. O crime ocorreu fora da aldeia em que ambos viviam, quando Suruwei estava na cidade de Boa Vista recebendo tratamento de saúde. Sorias foi preso preventivamente ainda na cidade e impedido de voltar à aldeia. O processo criminal tramitou na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima sob o n. 2000.42.00.000870-1 até que foi reconhecida a incompetência da Justiça Federal para julgar a matéria, por entender que não se tratava de crime relacionado a direitos indígenas, sendo o processo remetido à Justiça Comum.³³³

39 - 2000.42.00.000870-1 CLASSE: 15601INQUERITO POLICIAL.
REQTE: JUSTICA PÚBLICA. REQDO: SORIAS OU SOREOCE YANOMAMY.
A Exma. Sra. Juíza Federal Cristiane Miranda Botelho exarou a decisão: [...] Diante do exposto, DECLARO A INCOMPETÊNCIA DESTE JUIZO FEDERAL e determino a remessa dos autos a Justiça Comum Estadual com as cautelas de estilo e as homenagens deste juízo. Ciência ao MPF. Intime-se a Funai do inteiro teor desta decisão. Publique-se.³³⁴

O processo fora remetido à Justiça Comum Estadual de Roraima onde se encontra aguardando julgamento em primeiro grau de jurisdição, e será definido se o índio Soria irá ou não a júri popular em razão do homicídio de sua mulher Suruwei.

A morte de índios provocada por elementos da mesma etnia ou grupo demonstra a sua relação cultural com a morte, pois eles têm um ordenamento de valores consolidados e suas ações são regradas por estes costumes e tradições.³³⁵

Dentre as condutas praticadas pelos indígenas quanto à questão supracitada, pode-se citar a morte de recém-nascidos com deficiência física ou de gêmeos, a morte em disputas

³³² COSTA, Helena Regina Lobo da. Op. cit., 2012. pp. 106-107.

³³³ YAMADA, Erika Magami; BELLOQUE, Juliana Garcia. Pluralismo jurídico: direito penal, direito indígena e direitos humanos – uma análise do art. 121 do Código Penal Brasileiro. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 129.

³³⁴ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. Disponível em: www.trf1.jus.br/jurisprudencias. Acesso em: 12 mar. 2014.

³³⁵ YAMADA, Erika Magami; BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. cit., 2012. p. 128.

tribais, conflitos por terras indígenas, a eutanásia, a morte como pena por uma conduta reprovável, entre outras.³³⁶

São raros, porém, os casos que chegam ao conhecimento estatal. Convém, contudo, esclarecer que, com relação à questão do infanticídio ou morte intencional de crianças indígenas, tema do qual não foi encontrado um único julgado envolvendo a temática, atualmente estas condutas são praticadas pelas tribos indígenas Amundawa e Urue Wau Wau, de Rondônia, Mehinaku, Kuikur e Suyá, do Mato Grosso, e os Kamaiurá, Suruwahá e Yanonami da Amazônia.³³⁷

O infanticídio propriamente dito é aquele praticado logo após o nascimento e previsto no art. 123 do Código Penal, ocorre normalmente nos casos resultantes de gravidez de mãe solteira, de viúva ou da mesma família do pai, nos casos de filhos gêmeos ou com deficiência física. Nestes casos é um dever social da mãe perante a sua comunidade matar o seu filho logo após o nascimento, respeitando deste modo os valores morais do grupo.³³⁸

Já os casos de homicídio de crianças indígenas ocorrem quando os membros do grupo se dão conta de que a criança possui alguma deficiência física ou mental que somente se torna perceptível nos primeiros anos de vida, sendo prática usual para esse crime um ritual em que os membros do grupo enterram a criança viva.³³⁹

Sobre a questão do infanticídio e do homicídio intencional de crianças indígenas tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 1.057/2007, denominado “Lei Muwaji”, proposto pelo Deputado Federal Henrique Afonso (PT/AC), que tem por objetivo proibir expressamente essa prática cultural por meio da alteração do dispositivo constitucional que garante aos índios o direito à diferença e à preservação de sua cultura e tradição.³⁴⁰

O Projeto de Lei leva esse nome em homenagem a uma mãe da tribo dos Suruwahas, que se rebelou contra a tradição de sua tribo e salvou a vida da filha, que seria morta por ter nascido deficiente. O referido projeto encontra-se em análise na Comissão de Direitos Humanos do Congresso Nacional desde o ano de 2007.³⁴¹

³³⁶ YAMADA, Erika Magami; BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. cit., 2012. p. 128.

³³⁷ CRUZ, Pedro Henrique Guimarães. **O infanticídio indígena brasileiro na perspectiva dos direitos humanos**. Monografia (Curso de Direito) – Uniceub, 2010.

³³⁸ Id., *ibid.*

³³⁹ Id., *ibid.*

³⁴⁰ BRASIL. **Projeto de Lei 1.057/2007**. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBCACC1C1F0542CD371642B810C01DD4.node1?codteor=462697&filenome=Avulso+-PL+1057/2007. Acesso em: 10 dez. 2013.

³⁴¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos de leis e outras proposições**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao/idProposicao=351362>. Acesso em: 10 mar. 2014.

Voltando à questão do homicídio do caso em apreço do índio Sorias verifica-se que os Tribunais têm entendido que as questões envolvendo a morte de indígenas não se tratam de crimes relacionados à direitos indígenas, razão pela qual esses processos são remetidos à Justiça Estadual para serem julgados como crimes comuns sem quaisquer ressalvas às garantias inerentes à condição indígena, não obstante terem sido praticados em razão das práticas culturais indígenas.

E, finalmente, o último caso elencado neste estudo trata de um delito de estupro de vulnerável. A denúncia descreve que o indígena, o denunciado G. D., no dia 29 de novembro de 2007, manteve um relacionamento sexual consensual com a vítima também indígena que contava com apenas 12 anos de idade. O réu foi denunciado pelas condutas descritas nos arts. 213 c/c art. 224, “a” e 226, I e II, todos do Código Penal.³⁴²

O processo tramitou na Justiça Estadual da Comarca de Abelardo Luz (Vara Única) por entender a inexistência de disputas sobre direitos indígenas, aplicando-se o entendimento exarado na Súmula 140 do STJ.

Do relato do réu e da vítima depreende-se que ambos namoravam escondidos, visto que a irmã da vítima era contra o relacionamento em face da sua pouca idade. Assim, o casal foi até a frente da liderança indígena onde o réu assinou um termo se responsabilizando pela vítima. Na tribo impera a “lei indígena”, a qual exige que sempre que um indígena maior mantiver relações sexuais com uma menor seja realizado o casamento do casal por meio da assinatura de uma ata.³⁴³

Em razão da presunção de violência ter natureza absoluta, pouco importando o consentimento da menor ou eventual experiência sexual, o réu foi condenado à pena privativa de liberdade de seis anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal (art. 213, *caput*, c/c art. 224, “a”, do Código Penal).³⁴⁴

O réu recorreu da decisão visando à reforma da sentença e o relator Des. Jorge Schaefer Martins, em seu voto pela absolvição do acusado, referiu que deve ser sopesado o caso concreto a fim de avaliar a vulnerabilidade da vítima. Entendeu como absoluta a presunção de abrir espaço para a ocorrência de enormes injustiças, considerando-se as diversas e peculiares situações existentes na sociedade brasileira, a exemplo do caso em

³⁴² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Acórdão da Apelação Criminal n. 2012.019673-1**. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca>. Acesso em: 10 mar. 2014.

³⁴³ Id., *ibid.*

³⁴⁴ Id., *ibid.*

comento, em que réu e vítima têm origem indígena e costumes próprios de sua tribo.³⁴⁵ *In verbis* a ementa:

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONJUNÇÃO CARNAL COM ADOLESCENTE MENOR DE 14 ANOS. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DA DEFESA. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA CONSECUÇÃO DO ATO SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VULNERABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. VÍTIMA QUE, POR VONTADE PRÓPRIA, MANTEVE RELAÇÕES COM O RÉU POR MAIS DE UMA VEZ, AMBOS RESIDENTES EM RESERVA INDIGENA, ACULTURAÇÃO QUE NÃO AFASTOU HÁBITOS ANCESTRAIS. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2012.019673-1, da comarca de Abelardo Luz (Vara Única), em que é apelante Gelson Dias e apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso para absolver o réu. De acordo com o artigo 201, § 2º, do Código de Processo Penal, o Juízo de origem deverá tomar as providências para que o conteúdo do presente acórdão seja comunicado à representante legal da vítima. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 20 de junho de 2013, os Excelentíssimos Desembargadores Roberto Lucas Pacheco e Rodrigo Collaço. Emitiu parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Robison Westphal.

Deste modo, a absolvição do acusado se deu em decorrência da origem indígena tanto do réu como da vítima que, apesar de aculturados, mantêm hábitos diversos da sociedade “dita civilizada”, e sua aculturação não afastou os seus hábitos ancestrais.³⁴⁶

3.2 TRATAMENTO JURÍDICO PENAL IMPOSTO PELO APARATO ESTATAL

Um simples olhar sobre os julgados colacionados no item anterior dão a dimensão da forma como estão sendo julgados os crimes envolvendo os indígenas. A maçante maioria dos processos criminais envolvendo esta minoria étnica, entretanto, não está observando as benesses legais expressamente previstas pelo aparato estatal.³⁴⁷

Nesse sentido assevera Souza Filho:

Não é comum encontrar nas coleções de julgados dos tribunais superiores brasileiros decisões sobre crimes praticados por índios, o que demonstra que na maior parte das vezes sequer é considerado o fato do agente ser um índio.

Por outro lado, a maior parte dos julgamentos se encerra na primeira instância, de tal forma que são apreciados pelos Tribunais Superiores nada mais que questões formais, onde os problemas de cunho étnico não são levados em conta.³⁴⁸

³⁴⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Op. cit., 2014.

³⁴⁶ Id., *ibid.*

³⁴⁷ PONTES, Bruno Cezar Luz. Op. cit., 2012. p. 171.

³⁴⁸ SOUZA FILHO, C. F. Marés de. O direito envergonhado – o direito e os índios no Brasil. **Revista HDH**. 1992, v. 15. p. 161.

Isso ocorre porque os processos criminais envolvendo integrantes desses povos originários se dão em face de índios tidos como completamente integrados à sociedade envolvente, o que por si só afasta qualquer forma diferenciadora no julgamento dessas questões, sendo responsabilizados como qualquer cidadão brasileiro pelos atos praticados.³⁴⁹

Nos poucos casos que chegaram aos Tribunais Superiores, porém, é pacífica a decisão de não serem aplicadas as regalias oriundas da origem étnica, com o argumento de que, nos casos concretos, os agentes já estariam suficientemente “aculturados”. Este raciocínio revela o velho preconceito claramente estabelecido nas leis imperiais de que o ideal para o índio é viver sob a proteção da “justa”, humana, pacífica e doce sociedade brasileira. Quer dizer, o índio, na medida em que vai conhecendo a “civilização”, a “cultura”, vai dela se abeberando e se transformando em um civilizado, deixando, por isso de ser índio.³⁵⁰

Para averiguar o grau de integração dos índios à comunhão nacional os juízes se valem de uma análise simplista, em que uma vez verificada a sua fluência na língua portuguesa, o fato de possuir carteira de identidade e título de eleitor, é dispensada a realização do Exame Antropológico, sendo classificado como integrado.

É isso que se verifica, por exemplo, no julgamento da Apelação Criminal nº 0002704-50.2009.404.7201/SC do Tribunal Regional Federal da Quarta Região: “Existindo nos autos elementos bastantes à aferição do nível de integração do índio à sociedade civil, a realização de exame antropológico é desnecessária. Precedentes do STJ e desta Oitava Turma”.³⁵¹

No mesmo sentido é a decisão do Recurso em Sentido Estrito n. 4818044 PR 0481804-4 do Tribunal de Justiça do Paraná que, embasado no precedente do STJ, assim decidiu:

A nulidade do processo sustentada como preliminar defensiva pela não determinação de realização do exame antropológico para avaliar a condição de silvícolas e, portanto, para a comprovação de que os recorrentes são inimputáveis ou semi-imputáveis, é de todo improcedente. O exame antropológico somente se justificaria se na instrução processual surgissem dúvidas razoáveis de que os réus não tinham, em razão de serem índios, condições de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme este entendimento. (2) No caso presente, não há nos autos qualquer dúvida razoável acerca da imputabilidade dos réus, que em seus interrogatórios “se mostraram totalmente adaptados à nossa civilização (circunstância esta que foi verificada também em relação às testemunhas presenciais, igualmente indígenas) e aos nossos costumes, tanto que possuem documento de identidade, frequentam igreja e cursavam escola regular, sabendo ler e escrever”, inclusive rubricando os termos dos interrogatórios e depoimentos.³⁵²

³⁴⁹ PONTES, Bruno Cezar Luz. Op. cit., 2012. p. 171.

³⁵⁰ SOUZA FILHO, C.F. Op. cit., 1992, p. 162.

³⁵¹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. **Apelação criminal nº 0002704-50.2009.404.7201/SC**. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php. Acesso em: 12 mar. 2014.

³⁵² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Recurso em Sentido Estrito n. 4818044 PR 0481804-4**. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia/busca>. Acesso em: 10 mar. 2014.

Diante da aparente integração são desconsiderados completamente os dados internos, que é a consciência do índio perante a sociedade e o ilícito praticado. Nesse sentido, Tourinho Filho refere que: “mas será que o índio aculturado está livre de seus costumes, costumes já arraigados em sua personalidade? Será que pode dominá-los plenamente? Creio que não.”³⁵³

Pontes, por sua vez, afirma que jamais haverá a completa integração do índio que foi criado com base na cultura étnica em uma sociedade diferente à cultura nacional e à incorporação dos padrões estatais de punição e de tratamento criminal. Assim:

[...] jamais o índio criado na ética de sua etnia, seja qual for a sua classificação, terá o total equilíbrio, a total compreensão de tudo aquilo que envolve o ilícito praticado, não só pelo aspecto do certo e do errado, mas também pelo aspecto das consequências da conduta dentro do sistema estatal da sociedade não índia.³⁵⁴

Não obstante isso, somente está sendo deferida a realização do Exame Antropológico nos casos em que é flagrante a não integração do indígena. Nos demais, havendo meros indícios externos de integração, o exame é categoricamente dispensado, pois o índio somente é considerado relativamente incapaz para os efeitos civis, nada impedindo que o mesmo seja criminalmente responsável.³⁵⁵

Deste modo, o Exame Antropológico vem sendo categoricamente dispensado pelos tribunais pátrios em face dos precedentes do STJ e do STF. Observa-se, então:

Outrossim, é dispensável a realização de exame pericial antropológico ou sociológico quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes.³⁵⁶

É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente.³⁵⁷

A simples condição de indígena, por si só, não implica reconhecimento de irresponsabilidade penal, tornando-se desnecessária a realização de exame técnico específico quando inexistem indícios que demonstrem ter ele qualquer alienação mental ou incapacidade para a prática de atos da vida civil.

³⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Os povos indígenas e as sociedades nacionais: conflitos e superação. In: LIMA, André. **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. p. 224.

³⁵⁴ PONTES, Bruno Cezar Luz. Op cit., 2012. p. 176.

³⁵⁵ AMORIM, Elaine. A perícia antropológica no processo criminal: estudo de caso. In: VILLAÇA, Luiz Fernando. **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012.

³⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1129637 SC 2009/0119988-8**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>. Acesso em: 10 mar. 2014.

³⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas corpus HC 85198 MA**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/acordao>. Acesso em: 23 jan. 2014.

A realização do exame criminológico no caso concreto, no entanto, oportunizaria a demonstração de que mesmo o índio sendo visto como integrado poderia ter afastada a incidência da imputabilidade ou da semi-imputabilidade em vista de seus padrões étnicos. Neste caso, o julgador não poderia simplesmente analisar determinados dados externos e afirmar com toda a segurança que a estrutura psicológica, cultural, moral e ética do índio é idêntica a do *homo medius* e, portanto, merece o mesmo tratamento jurídico-penal.³⁵⁸

Nas hipóteses em que o índio é considerado *isolado* ou *em vias de integração* (art. 4º da Lei 6.001/73), o tratamento que lhe é dispensado corresponde ao do art. 26 do CP (desenvolvimento mental incompleto ou retardado). Nesse particular, Hungria refere que “não há dúvidas que entre os deficientes mentais é de se incluir também o *homo sylvester*, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado *homo medius* que a lei declara responsável”.³⁵⁹

Magalhaes Noronha,³⁶⁰ por sua vez, refere que os indígenas não adaptados à vida civilizada estão inseridos na cláusula do desenvolvimento mental incompleto. Esse entendimento é corroborado por Álvaro Mayrink da Costa,³⁶¹ Cezar Roberto Bitencourt,³⁶² Julio Frabbrini Mirabeti,³⁶³ Fernando Capez³⁶⁴ e Flavio Augusto Monteiro de Barros.³⁶⁵

Este, aliás, é o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, de que os índios possuem desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sendo considerados inimputáveis somente os isolados. Já aqueles que estão em via de integração, considerados semi-imputáveis, são processados normalmente, mas terão uma atenuação na pena, em vista de se tratar de responsabilidade diminuída. Assim, “índio isolado se equipara ao inimputável, o índio em vias de integração ao semi-imputável, e o integrado ao imputável”.³⁶⁶

Nesse sentido é o julgado do STF:

Recurso Extraordinário. 1. Índio. Responsabilidade criminal. Tentativa de homicídio. Índio em vias de integração. Lei n. 6001, de 1973, arts. 4., 10 e 56. O índio pode ser processado, criminalmente, estabelecendo-se, no art. 56, da lei n. 6001, de 1973, entretanto, que a pena deve ser atenuada e na sua aplicação o juiz atendera, também, ao grau de integração do silvícola. Pelo só fato de encontrar-se

³⁵⁸ PONTES, Bruno Cezar Luz. Op. cit., 2012. p. 173.

³⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, v. 1. p. 324.

³⁶⁰ NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 1. p. 164.

³⁶¹ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. 1. p. 761.

³⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 311.

³⁶³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**, art. 1º a 120 do CP. 28 ed., rev. e atual. até 05 de janeiro de 2012. São Paulo: Atlas. 2012. p. 211-212.

³⁶⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**, art. 1º a 120. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1. p. 287.

³⁶⁵ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1. p. 365.

³⁶⁶ PONTES, Bruno Cezar Luz. Op. cit., 2012. p. 181.

em vias de integração, não se torna, assim, o índio, criminalmente, imputável. O acórdão, de outra parte, examinando os fatos e provas, não reconheceu o enquadramento do acusado no art. 22, do código penal. Súmula 279. 2. Recurso extraordinário não conhecido.³⁶⁷

Sempre, portanto, que o indígena for considerado imputável ou semi-imputável será reduzida a pena nos moldes do art. 56 do Estatuto do Índio, ou seja: “nos casos 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”.

Mas esse não é o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, visto que firmou posicionamento no sentido de que a atenuante prevista no art. 56 do Estatuto Indígena não se aplica aos índios integrados. Observa-se: “O Superior Tribunal de Justiça entende que a atenuante prevista no art. 56, parágrafo único, da Lei 6.001/73 não pode beneficiar a índios aculturados [...]”.³⁶⁸

Seguindo os precedentes do STJ percebe-se que os demais tribunais têm adotado essa linha de entendimento, a exemplo do que apresenta o julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

Nessa esteira, forçoso reconhecer que não houve nenhum descumprimento ao disposto no art. 56 da Lei n.º 6.001/73, que prevê a concessão de benefícios penais conforme o grau de integração do indígena, pois, estando perfeitamente integrados na sociedade civil, não necessitam de proteção especial do Estado como aqueles que vivem conforme as tradições, usos e costumes indígenas – ou melhor, aqueles que vivem isolados da sociedade civil.³⁶⁹

Nesse mesmo rumo afirma Santos Filho:

[...] caso a necessária perícia realizada no curso da instrução não concluir ser o índio, autor da ação, incapaz de entender o caráter criminoso de sua ação, e não se tratando de silvícola integrado de acordo com as disposições do art. 10 do Estatuto do Índio, é necessária a aplicação da atenuante genérica inscrita no art. 56 do Diploma citado.³⁷⁰

De acordo com o diploma legal, em qualquer das hipóteses o juiz deverá atenuar a pena do indígena e, dependendo do seu grau de integração, a aplicação será minorada. Em

³⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 97064/AM**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/acordao>. Acesso em: 23 jan. 2014.

³⁶⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 555151**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/acordao> acesso em 23 de janeiro de 2014.

³⁶⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL. **Apelação criminal n. 14012MS 2008.014012-6**. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 23 jan. 2014.

³⁷⁰ SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios e meio ambiente. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Direito ambiental em evolução**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, v. 1. p. 330.

vista da inaplicabilidade desse dispositivo, no entanto, os tribunais têm tornado esse pressuposto legal em letra morta no atual sistema jurídico nacional.³⁷¹

Já o parágrafo único do art. 56 do Estatuto do Índio refere que: “As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.”³⁷²

O regime de semiliberdade a que se refere o disposto supra compreende os regimes de cumprimento de pena no regime aberto e semiaberto, conforme o art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”, art. 33, § 2º, alíneas “b” e “c”, art. 35, § 1º e § 2º, e o art. 36, § 1º, todos do Código Penal. Esse regime especial de semiliberdade não se aplica ao regime fechado em razão de nestes casos a pena ser cumprida em penitenciária de segurança média ou máxima.³⁷³

Quanto ao índio não integrado, por ser considerado imputável, não será condenado e, portanto, não haverá pena a cumprir em penitenciárias comuns. Quanto aos índios considerados semi-imputáveis, em face de sua condição de não completamente integrados à comunidade nacional, haverá casos em que, mesmo que seja aplicada a redução de pena prevista no caput do art. 56, ele terá que cumprir a pena inicialmente em regime fechado em penitenciárias destinadas a não índios. Isso, de fato, vem ocorrendo, mesmo sendo completamente ofensivo ao espírito constitucional.³⁷⁴

Nesse sentido, Silva menciona:

[...] o parágrafo único estabelece salutar forma de cumprimento de penas privativas da liberdade.

Ora, se o Código Penal prevê isolamento inicial no cumprimento da pena de reclusão se as condições pessoais do preso permitirem nada mais justo que atender às peculiaridades do índio para amoldar a punição a seus modos de vida.

Nada mais deletério à personalidade de quem vive ainda liberto, num contato íntimo com a natureza, do que o encarceramento entre grades e muros de uma cadeia.³⁷⁵

Não obstante, porém, a previsão expressa de o índio poder cumprir a pena em regime especial de semiliberdade no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios, atualmente a Funai não tem condições físicas nem recursos humanos adequados para cumprir o papel de guardião da restrição de liberdade do índio não integrado. Acarreta, assim, a transferência dessa responsabilidade ao Poder Público que deve encontrar uma solução jurídica que evite que a tradicionalidade indígena se perca com o cumprimento de pena em

³⁷¹ SOUZA FILHO, C.F. Marés de. Op. cit., 1992. p. 160.

³⁷² BRASIL. **Lei 6.001/73**. Op. cit., 2013.

³⁷³ PONTES, Bruno Cezar Luz. Op cit., 2012. p. 212.

³⁷⁴ Id., *ibid.*, p. 214.

³⁷⁵ SILVA, Jorge Medeiros da Silva. **Direito penal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 108.

regime fechado em penitenciárias sem as mínimas condições de receber um silvícola não integrado.³⁷⁶

Uma alternativa encontrada a essa falta de estrutura da Funai, embora não seja a usualmente adotada, é a concessão da prisão domiciliar na aldeia do índio condenado, uma vez que o magistrado não pode, sob o argumento de falta de condições materiais, de organização e de recursos humanos, negar ao índio não integrado o direito de cumprir a pena em regime de semiliberdade.

Quanto ao indígena integrado, este somente terá o benefício do regime especial de semiliberdade quando progredir de regime, ou seja, uma vez condenado à pena privativa de liberdade deverá iniciar o cumprimento da pena em estabelecimento penal comum. Somente quando implementar os requisitos legais para progressão de regime é que poderá progredir para o regime de semiliberdade no local de funcionamento da Funai.³⁷⁷

Esse é o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, quando o índio, somente pela sua condição de indígena, alcançar os requisitos para a progressão de regime poderá fazê-lo para o regime de semiliberdade, não mais precisando utilizar-se dos estabelecimentos destinados aos não índios.³⁷⁸

Considerando que hoje em dia a maioria dos indígenas está integrada à sociedade envolvente com razoável conhecimento ético, o sistema jurídico não vem fazendo qualquer espécie de diferenciação no tratamento penal. Foi o que revelou o estudo realizado por Stephen G. Baines no projeto de pesquisa “Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil” (Convênio ABA/ESMPU), apresentado no 37º Encontro Anual da ANPOCS.³⁷⁹

Nesse sentido, refere o pesquisador que:

A pesquisa em Roraima revela uma descaracterização étnica dos indígenas pelos operadores do Direito e uma imprecisão das estatísticas oficiais relativas ao contingente de indígenas presos, resultando em sua ‘invisibilidade legal’, enquanto sujeitos de direitos diferenciados.³⁸⁰

Refere ainda o autor que:

³⁷⁶ PONTES, Bruno Cezar Luz. Op cit., 2012. p. 217.

³⁷⁷ Id., ibid., p. 212.

³⁷⁸ Id., ibid., p. 212.

³⁷⁹ BAINES, Stephen G. A criminalização de indígenas no Sistema Penitenciário de Roraima, Brasil. In: **Anais do XV Encontro de Ciências Sociais do Norte e Nordeste e Pré-Alas Brasil**. 04 a 07 de setembro de 2012, UFPI, Teresina, PI. 2013, p. 3. Disponível em: <http://www.anpocs.org/portal/index.php>. Acesso em: 12 mar. 2014.

³⁸⁰ Id., ibid., p. 3.

Um levantamento do Centro de Trabalho Indigenista (CTI) (2008) realizado em Mato Grosso do Sul, junto com a Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) revela que, naquele Estado está havendo um desrespeito aos direitos humanos desde a fase de inquérito policial. Muitos dos indígenas no sistema penitenciário não dominam a língua portuguesa, o que dificulta a compreensão das acusações e do processo de defesa, desconhecendo a situação processual e as regras do sistema prisional.³⁸¹

A pesquisa ainda menciona que a população indígena nas penitenciárias brasileiras, segundo os dados oficiais do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen), era de apenas 847 em um universo de 548.003 presos no Brasil em dezembro de 2012. Esse baixo índice de presos indígenas dá-se em razão da descaracterização étnica praticada por operadores do Direito e também pelo fato de que a maioria não se autoidentifica como indígena, mas como pardos, a fim de evitar preconceitos, o que acaba por mascarar esses números.³⁸²

A situação de índios encarcerados no Rio Grande do Sul, segundo o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen), no ano de 2007, era de 77 indígenas, 0,30% do total de presos e 0,57% do total de indígenas no Estado, segundo Cristhian Teófilo da Silva, pesquisador da situação prisional dos índios no Brasil. No seu entendimento os dados são alarmantes, pois:

Em números brutos, parece pouca a presença de indígenas presos, mas representa percentualmente um número alarmante. A porcentagem de índios presos em relação aos índios do Estado é maior que a porcentagem de não índios presos em relação à população total do Estado. Além disso, enquanto que o total de índios no estado representa 0,12% da população, o total de índios presos representa 0,30% da população prisional.³⁸³

Segundo dados da Susepe/Deplan, no ano de 2007, havia 91 indígenas presos em diversos estabelecimentos penais do Estado do Rio Grande do Sul. Dentre estes, quatro eram mulheres, não havendo qualquer registro sobre a origem étnica destes encarcerados. Os principais crimes que provocaram as prisões foram: roubo qualificado, furto simples, furto qualificado, estupro, homicídio simples e homicídio qualificado.³⁸⁴

Ainda de acordo com a pesquisa realizada por Cristhian Teófilo da Silva, publicada pela Associação Brasileira de Antropologia, foi apurado que há uma grande inconsistência nas informações oficiais com relação ao contingente de índios presos nos diferentes Estados da

³⁸¹ BAINES, Stephen G. Op. cit., 2013. p. 11.

³⁸² Id., ibid., p. 5.

³⁸³ SILVA, Cristhian Teófilo da (Coord). **Criminalização e situação prisional de índios no Brasil**. Brasília: ABA, 2008. p. 31.

³⁸⁴ Id., ibid., p. 32.

Federação, isto é: a população carcerária indígena presa no Brasil é composta majoritariamente por indivíduos que cometeram crimes em meio a sua própria comunidade de origem ou em circunstâncias sociais adversas, como aquelas em que se encontram os índios nos grandes centros urbanos; e também que há um desconhecimento generalizado dos operadores do Direito acerca da legislação aplicável aos índios acusados de crimes, como o Estatuto do Índio e as recomendações da Convenção 169 da OIT.³⁸⁵

Esse é o panorama geral do tratamento jurídico penal imposto aos indígenas pelo aparato estatal, em que se denota o desrespeito às normas constitucionais, uma vez que a legislação não está sendo interpretada de acordo com os ditames da Carta Magna, tampouco está sendo aplicado o direito indigenista que visa a proteger a cultura indígena ao caso concreto.³⁸⁶

3.3 ANÁLISE CRÍTICA DOS JULGAMENTOS DE DELITOS INDÍGENAS PRATICADOS EM RAZÃO DE SUA CULTURA

No primeiro ponto deste capítulo foram descritos alguns julgados que envolvem a temática indígena, cujos crimes praticados foram motivados pela prática cultural. Dentre estes foram relatados dois casos referentes ao crime de cárcere privado em face da chamada “Casa de Meditação”, um caso envolvendo crime ambiental, outro de homicídio e, finalmente, um caso de estupro de vulnerável, sendo este último o único caso que teve sentença absolutória.

O que se observou nos julgados supramencionados, a maioria com sentenças condenatórias, é a preponderância da cultura nacional que vem sendo imposta desde a colonização, recusando-se a incorporar qualquer conceito diverso de seus paradigmas culturais. Segundo as palavras de Martins, “a cultura preponderante do colonizador até hoje tenta impedir que os povos indígenas sejam os protagonistas de sua história”.³⁸⁷

A interferência da cultura preponderante nas práticas culturais indígenas evidencia-se nos dois primeiros julgados que tratam da “cadeia indígena”, em que os índios são encarcerados em locais denominados “Casa de Meditação” no interior de suas reservas em razão de terem praticado algum ato contra as normas consuetudinárias da aldeia. Não obstante estarem os índios agindo de acordo com a sua cultura e resolvendo internamente os seus conflitos há a intervenção direta do aparato estatal que os denuncia, os processa e os condena

³⁸⁵ SILVA, Cristhian Teófilo da. Op. cit., 2008. p. 37-38.

³⁸⁶ PONTES, Bruno Cezar Luz. Op cit., 2012. p. 222.

³⁸⁷ MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. Diálogo intercultural e direito indígena. **Ciência e Cultura**. 2008, v. 60, n. 4. pp. 31-33. p. 31

criminalmente a cumprirem altas penas em penitenciárias comuns pelo fato de estarem vivendo de acordo com suas tradições.³⁸⁸

Ainda, segundo Martins, embora as comunidades indígenas busquem a efetivação de seu direito e de suas regras de conduta, essa população vem sofrendo restrições e retaliações do poder dominante, que não os respeita como grupos culturalmente diferenciados.³⁸⁹

Bonavides, ao falar sobre o direito à diversidade cultural, refere que:

O direito à diversidade cultural é uma garantia concedida a determinados grupos culturalmente diferenciados de que suas tradições, crenças, e costumes possam ser preservados e protegidos frente a movimentos de interculturalidade, ou seja, ninguém pode ser obrigado a abster-se de possuir suas próprias tradições, crenças e costumes, ou mesmo de ser obrigado a aderir às tradições, crenças e costumes de outros grupos.³⁹⁰

Deste modo, uma vez reconhecida a diversidade dos povos indígenas, não há como ignorar a existência de um direito próprio indígena, estabelecido conforme cada costume e tradição das comunidades indígenas. O Judiciário, no entanto, não está conseguindo alcançar essa conjugação da justiça indigenista com o sistema jurídico vigente, que é único. Nesse sentido aduz Souza:

O Estado brasileiro permanece como um sistema único, impondo as normas jurídicas da sociedade hegemônica aos povos indígenas, ignorando (ou pouco considerando) as normas diferenciadas que regulam a organização social e o funcionamento das sociedades indígenas.³⁹¹

Continua ainda a mesma autora referindo que:

A construção de um Estado, verdadeiramente, plural implica em considerar a diversidade étnica existente, as diferenças culturais que, não obstante as tentativas de eliminá-las, permanecem entre os diversos povos que convivem no território brasileiro. Implica também em superar os velhos preconceitos a respeito dos povos nativos, que embaçam a percepção da complexidade de suas organizações sociais e contribuem para a manutenção de relações assimétricas e práticas tutelares, em prejuízo dos povos indígenas.³⁹²

Assim, ao se condenar criminalmente um indígena em razão de sua prática cultural, além de afrontar cabalmente o direito à diferença, formalmente reconhecido pela Constituição

³⁸⁸ MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. Op. cit., 2008. p. 31.

³⁸⁹ Id., *ibid.*, p. 32.

³⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 488.

³⁹¹ SOUZA, Estella Libardi de. **Povos indígenas e o direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos**. Trabalho apresentado no Grupo de Trabalho 4 – Diversidade, Identidade e Culturas Latino-Americanas no Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos, realizado na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 20 a 22 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.nepe.ufsc.br/control/artigos/artigo74.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2014, p. 4.

³⁹² Id., *ibid.*, p. 4.

Federal de 1988, está-se também oprimindo esse povo e o obrigando-o a sujeitar-se novamente à perspectiva assimilacionista de séculos passados. Em outras palavras, em nome de uma cultura nacional “desculturaliza-se” os membros pertencentes à cultura minoritária indígena, coagindo-os, por meio da pena de prisão imposta pelo aparato estatal, a adquirem os traços e preceitos da cultura dominante.³⁹³

O Estatuto do Índio, de 1973, já acervava o direito consuetudinário indígena, isto é, codificava a situação fática dos povos indígenas a possuírem um sistema jurídico próprio fundado em regras costumeiras calcadas em costumes e tradições que são reconhecidas e compartilhadas pela coletividade indígena. Quando, porém, essas regras e princípios divergem da cultura imposta pelo não índio, prevalece essa última, o que faz com que haja um distanciamento do “modo de ser” indígena, acarretando na perda de sua identidade.³⁹⁴

Assim, a exemplo dos julgados enunciados anteriormente, ao se encarcerar um índio, mesmo aquele tido como completamente integrado, em uma penitenciária comum, não se está tolhendo apenas a sua liberdade, mas se está matando o seu modo de ser, isto é, está-se arrancando a fórceps a sua identidade cultural. Nesse sentido:

Ao se imputar as regras da cultura majoritária a povos culturalmente distintos, desprezando seu direito, estão se estabelecendo padrões que não partem de sua cultura e, portanto, não terão legitimidade. Isso afasta a própria cultura e desvirtua princípios milenares, provoca uma ruptura na estrutura social, que se sedimenta em valores coletivos.³⁹⁵

Deste modo, o direito interno ou consuetudinário das comunidades indígenas, como o fato de possuir uma “Casa de Meditação”, aventada nos dois primeiros julgados deste capítulo, mesmo existindo nos autos do processo um exame antropológico que menciona expressamente ser a “cadeia indígena” uma prática comum em todas as áreas indígenas, além de não ser reconhecido pelo Estado nos moldes constitucionais, na contramão legislativa é tipificada como conduta criminosa. A omissão ao reconhecimento desse direito costumeiro faz com que muitos indígenas sejam encarcerados em penitenciárias e lá permanecem por um longo tempo.

O Poder Judiciário ainda possui uma grande resistência e uma falta de conhecimento da legislação específica inerente aos indígenas, e quando esta é invocada no curso dos processos criminais, os magistrados e alguns membros do Ministério Público limitam-se a aplicar a legislação “geral”, sendo negado, inclusive, o exame antropológico, justificando tal

³⁹³ MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. Op. cit., p. 32.

³⁹⁴ Id., ibid., p. 32.

³⁹⁵ Id., ibid., p. 32.

posicionamento em razão de que o indígena supostamente está “integrado” à comunhão nacional.³⁹⁶

O momento da aplicação do Direito Penal impõe ao índio uma legislação e um sistema repressor (juízes, promotores, delegados de polícia e policiais) que desconhece seus costumes e os julga de forma indiferente, como qualquer cidadão, ou em quase todos os casos com profundo preconceito, sem tomar em consideração as peculiaridades sobre o conhecimento do significado da lei, os condicionamentos culturais e o entendimento do caráter ilícito da sua conduta.³⁹⁷

No âmbito do Direito Penal, a atuação do Estado de se considerar legítimo para imputar uma pena a um ato definido em norma como infração penal encontra sua justificativa em um conjunto de valores sociais a serem protegidos. A não observância ao pluralismo, no entanto, não implica em uma resposta justa.³⁹⁸

No caso do índio Sorias, que matou sua esposa adúltera, ficou comprovado no Exame Antropológico que na tradição Yanomamia a penalidade pela traição é a morte da mulher traidora, apesar desta não ser a sua única alternativa de punição. É costume da tribo, também, dar-lhe uma grande surra, quebrar a cabeça, cortar a mão ou o pé ou ainda a ser abandonada pelo parceiro para que ela fique marcada e sofra em face da infração à regra de conduta cometida.³⁹⁹

No caso em questão, Sorias foi preso preventivamente enquanto estava na cidade e impedido de voltar à aldeia. Caso estivesse na aldeia sofreria as consequências de seu ato independentemente de uma ação penal ou de uma condenação estatal, mas, de acordo com os costumes e tradições indígenas, tais como o isolamento, execração, surras e demais penalidades impostas pelos costumes Yanomami.⁴⁰⁰

Ao invés disso, ele foi trancado em uma penitenciária, preso preventivamente, em verdadeira antecipação de uma possível pena a ser imposta, mesmo sem ter a compreensão de que o fato de matar a sua esposa adúltera é uma atitude a ser punida pelo aparato Estatal com uma sanção penal em face da reprovabilidade da sociedade envolvente.⁴⁰¹

Diante disso evidencia-se que o direito consuetudinário dos povos indígenas deve atravessar essa barreira que vincula o direito ao Estado e privilegia a lei, a codificação das

³⁹⁶ 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 Direito GV**. São Paulo, jul-dez 2011. pp. 469-500. p. 482.

³⁹⁷ VILLARES, Luiz Fernando. Op. cit., Juruá, 2012. p. 21.

³⁹⁸ YAMADA, Erika Magami; BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. cit., 2012. p. 130.

³⁹⁹ Id., *ibid.*, p. 129.

⁴⁰⁰ Id., *ibid.*, p. 131.

⁴⁰¹ Id., *ibid.*, p. 131.

normas, em detrimento da tradição, dos usos e dos costumes, que caracterizam essa sociedade étnica.⁴⁰²

De acordo com Curi, o direito indígena é caracterizado como consuetudinário ou costumeiro em razão de possuir dois traços específicos:

1) ele se encontra imerso no corpo social, firmemente entrelaçado com todos os outros aspectos da cultura, com o qual forma uma unidade compacta; 2) ele extrai sua força e seu conteúdo da tradição comunitária expressa nos usos e costumes.⁴⁰³

Neste caso, resta evidente a necessidade constitucional de respeitar a organização social e os costumes do povo indígena, pois o contrário impede que os índios vivam seu agir social, tanto na resposta ao adultério quanto na condenação do ofensor da vida a uma pena tradicional da aldeia. A prisão e o julgamento de Sorias pelo aparato estatal protela a angústia da família da ofendida em punir o ofensor, de acordo com o que a comunidade indígena entende correto e suficiente para a reprovabilidade da sua conduta, ou até mesmo frustrará tal punição.⁴⁰⁴

Verifica-se, então, que há dificuldade de reconhecer um direito consuetudinário indígena e sua aplicação, pois, para que isso seja possível, é necessário compatibilizá-lo com o sistema legal vigente, o que na prática é muito difícil que ocorra, visto que os sistemas têm raízes e necessidades diferentes.⁴⁰⁵

Passaram-se cerca de 25 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, documento que consolidou o marco da mudança de paradigma na política indigenista oficial brasileira, fornecendo os elementos norteadores do respeito à diferença cultural das sociedades indígenas. Os preceitos, porém, ali contidos, estão longe de serem alcançados.⁴⁰⁶

A advogada indigenista Ana Valério Leitão aduz que:

À luz da Constituição em vigor, portanto, os povos indígenas deixaram de ser consideradas culturas em extinção, fadadas à incorporação na assim denominada comunhão nacional, nos moldes do que sempre fora o espírito a reger a legislação brasileira desde o início do processo de colonização em nosso país. Toda a legislação anterior continha referências expressas à integração ou à assimilação inevitável e, por outro lado, desejável dos índios pela sociedade brasileira. A nova

⁴⁰² CURI, Melissa Volpato. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. **Espaço Ameríndio**. Porto Alegre, jul./dez. 2012, v. 6, n. 2, p. 230-247. p. 232.

⁴⁰³ Id., *ibid.*, p. 238.

⁴⁰⁴ YAMADA, Erika Magami; BELLOQUE, Juliana Garcia. *Op. cit.*, 2012. p. 31.

⁴⁰⁵ LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – Aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI/Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 225-240. p. 230.

⁴⁰⁶ CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA – CTI. Situação dos detentos indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul. Brasília, 2008.

mentalidade assegura espaço para uma interação entre os povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois que se funda na garantia do direito à diferença.⁴⁰⁷

No mesmo sentido o advogado do Conselho Indigenista Missionário, Paulo Guimarães, refere que embora a Carta Magna de 1988 tenha colocado um fim na perspectiva incorporativista ainda persiste uma flagrante incompatibilidade entre a legislação preexistente e a Constituição superveniente.⁴⁰⁸

É necessário o respeito aos sistemas legais indígenas e a admissão, por parte do Estado, da existência de um pluralismo jurídico sem a atual superioridade por parte do sistema jurídico nacional. O Estado, no entanto, se contrapõe ao reconhecimento desses sistemas, como se verificou nos casos jurisprudenciais de cárcere privado em razão da existência das “Casas de Meditação”, em que o Estado não somente deixou de reconhecer a existência desse direito consuetudinário, mas interveio no modo de vida indígena e os condenou criminalmente em face dessa prática cultural.⁴⁰⁹

Embora esse direito consuetudinário dos povos indígenas não seja reconhecido pelo Direito Positivo, sendo predominantes o preconceito e a discriminação, há um movimento crescente no Direito Internacional para que sejam criados instrumentos que visem ao seu reconhecimento por parte do Estado. Dentre eles pode-se citar a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Interdependentes da Organização Internacional do Trabalho, aprovada em 1989, e a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007.⁴¹⁰

A Convenção 169 notabiliza o seguinte:

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.
- [...]

⁴⁰⁷ LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Op. cit., 1993. p. 228.

⁴⁰⁸ GUIMARÃES, Paulo Machado. **Os efeitos da detração penal sobre os direitos dos povos indígenas.** Disponível em: <http://www.cimi.org.br/?system=news&action=read&id=316&eid=262>. Acesso em: 12 set. 2013. p. 14.

⁴⁰⁹ LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Op. cit., 1993. p. 228.

⁴¹⁰ CURI, Melissa Volpato. Op. cit., 2012. p. 233.

Artigo 9º

1. 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.
2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Artigo 10

1. 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.
2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Ao observar o previsto no art. 9º supra percebe-se a importância de respeitar os métodos de que os povos indígenas se utilizam para reprimir os delitos cometidos por seus próprios membros, seja com isolamento, execração, surras, como no caso do índio Sorias, ou com a prisão na “Casa de Meditação”, como nos dois casos denunciados por cárcere privado. Isso significa que dentro da organização indígena os delitos interiores são punidos conforme os costumes e tradições, não devendo o poder estatal sobrepor sua punição ao sistema indígena.⁴¹¹

Assim, segundo Rezende, faz parte da política desta Convenção o direito de os povos indígenas conservarem seus costumes e instituições próprias, além de terem respeitados os métodos pelos quais “recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos por seus membros.”⁴¹²

A Convenção vem reforçar uma situação que já foi abordada pelo Estatuto do Índio em seu art. 57 e pela Carta Magna de 1988, havendo uma ampliação em relação ao reconhecimento desse direito costumeiro. Nesse sentido, Barbosa relata o seguinte:

O artigo 8º da Convenção também dispõe que ao se aplicar a legislação nacional aos povos indígenas deverão ser tomados devidamente em consideração os seus costumes ou seu direito costumeiro princípio este harmônico com a Constituição e a Lei6001/73 brasileiras.⁴¹³

Deste modo, tanto a Convenção 169 como o Texto Constitucional remetem ao respeito pelos povos indígenas, assegurando, pelo reconhecimento de sua tradição milenar, seu direito e dignidade como povo, podendo viver na sociedade envolvente em igualdade de condições e

⁴¹¹ VILLARES, Luiz Fernandes. Op. cit., 2012. p. 24-25.

⁴¹² REZENDE, Guilherme Madi. **Índio** – Tratamento jurídico-penal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 34.

⁴¹³ BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade/Fapesp, 2001. p. 233.

oportunidades, se assim o desejarem, numa interculturalidade, sem que jamais isso signifique desaparecimento ou negação de sua própria cultura.⁴¹⁴

Segundo Rezende,⁴¹⁵ o reconhecimento desse direito costumeiro coaduna-se com o pensamento dos doutrinadores modernos que vêm enfrentando o problema do índio frente ao Direito Penal, dentre eles, Cervini, que, ao estudar o tema relativo ao respeito às autonomias culturais, propõe:

[...] deve-se reconhecer como vigentes e válidas as normas de conduta social, sistema de sanções e procedimentos relativos à sua aplicação tradicionalmente aceitas por essas minorias culturais, exceção feitas a casos de extrema gravidade, em que as normas e valores vigentes nessas culturas resultem diretamente lesivas a bens fundamentais (vida, integridade física, ordem pública).⁴¹⁶

No último caso jurisprudencial elencado no primeiro ponto deste capítulo relata-se o caso do índio que foi processado criminalmente pelo crime de estupro de vulnerável por manter relações sexuais consentidas com uma menina menor de 14 anos, tendo “casado” com ela conforme as regras indígenas. Nesse caso, houve a absolvição do acusado, considerando as diversas e peculiares situações existentes na sociedade brasileira, dentre elas a do réu e da vítima, que tem origem indígena e costumes próprios de sua tribo.

Embora na fundamentação do voto do julgamento não tenha sido aventada pormenorizadamente a questão inerente ao reconhecimento constitucional e infraconstitucional do direito à diferença e tampouco tenha sido aventada a questão do erro de compreensão culturalmente condicionado, verifica-se que dentre um expressivo rol de julgadores, alguns poucos são sensíveis à específica questão indígena. Assim, “a democracia no Brasil tem o desafio de gerar uma política criminal que seja verdadeiramente multicultural, estabelecendo uma nova relação não de controle e disciplina, mas de respeito aos povos indígenas que supere a desigual distribuição de criminalização.”⁴¹⁷

Ao que parece, seria acertado no presente julgado terem sido analisadas as causas e motivações do crime sob o prisma da teoria do erro de compreensão culturalmente condicionado, ao passo que os índios integrantes desta tribo específica não têm essa compreensão proibicionista de que manter relações sexuais com uma menor de 14 anos constitui crime tipificado na lei penal. Para eles, trata-se de uma prática comum erradicada em seu modelo tradicional de cultura.

⁴¹⁴ MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. Op. cit., 2008, p. 33.

⁴¹⁵ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 35.

⁴¹⁶ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 159.

⁴¹⁷ VILLARES, Luiz Fernandes. Op. cit, 2012. p. 22.

Neste caso específico, o índio tido como agressor sexual parece ter sido absolvido por erro, não obstante não existir qualquer fundamentação específica sobre isso, o que se presume em face de não ter sido imposta nenhuma sanção. Caso tivesse sido reconhecida a inimputabilidade penal deste indígena, não obstante haver diferenças culturais, teria ocorrido a aplicação de medidas de segurança na modalidade de tratamento ambulatorial ou de internação, mas nada foi aventado sobre isso.⁴¹⁸

Apesar da falta de fundamentação específica sobre o tema, infelizmente, julgados como estes em que a origem indígena e seus costumes são reconhecidos não são a regra. Ademais, apesar da previsão legal, o direito consuetudinário não é reconhecido pelo Direito Penal brasileiro. A falta de decisões judiciais e entendimentos a esse respeito demonstra a incompatibilidade entre os dois mundos: de um lado cauterizado por direitos escritos que a todos alcança e, de outro, a tradição de uma cultura diferenciada.⁴¹⁹

Desta forma, diante deste paradigma jurídico-penal e dentre o abismo existente entre a previsão legal e a aplicabilidade destas normas nos julgados pelos Tribunais, emerge a necessidade de encontrar alternativas à solução de conflitos oriundos da divergência cultural. São essas as possibilidades que se passará a abordar no próximo item.

3.4 ALTERNATIVAS À SOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS DA DIVERGÊNCIA CULTURAL

Dentre as varias alternativas à solução de conflitos oriundos da divergência cultural, uma delas é o reconhecimento do direito consuetudinário indígena pelo Direito Penal estatal, nos moldes previstos no Estatuto do Índio, de 1973, da Constituição Federal de 1988, e da Convenção 169, da OIT, nos termos elencados no item anterior. Como, porém, se observou pela análise dos julgados neste capítulo colacionado, isso não vem ocorrendo porque os operadores do Direito não possuem um conhecimento específico da legislação indígena, tampouco fazem questão de aplicá-la nos casos concretos.

Ademais, como já aventado, o critério utilizado atualmente pelo Código Penal brasileiro no tratamento jurídico-penal indígena é que eles são considerados inimputáveis por possuírem desenvolvimento mental incompleto e retardado nos moldes do art. 26 do CP. Assim, são considerados imputáveis quando *integrados*, semi-imputáveis quando estiverem *em vias de integração* e inimputáveis quando totalmente *isolados*.

⁴¹⁸ PASCHOAL, Janaina Conceição. O índio a inimputabilidade e o preconceito. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 85-86.

⁴¹⁹ VILLARES, Luiz Fernandes. Op. cit., 2012. p. 27.

Deste modo, o índio não pode ser considerado retardado ou com mentalidade incompleta em razão de ter nascido e crescido em um ambiente cultural diferente daquele do não índio. O que ocorre nessas hipóteses é que o índio tem um desenvolvimento cultural diferente. Neste sentido, Antunes alerta que:

Evidentemente que o grau de integração do indígena na sociedade nacional e o desenvolvimento mental são dois conceitos que não guardam a menor relação entre si. Para que um índio ou qualquer pessoa tenha o seu desenvolvimento mental completo não há a menor necessidade de que esteja integrado na sociedade brasileira. As diferenças culturais não podem, de forma nenhuma, servir de base para julgamentos relativos à sanidade ou ao desenvolvimento mental de qualquer pessoa. Tratar-se diferenças culturais com o retardamento mental é extremamente perigoso, pois, à semelhança do nazismo e do estalinismo, todo aquele que não estiver 'integrado' em um determinado padrão de organização social passa a ser tratado como retardado mental, intelectualmente pouco desenvolvido ou louco [...].⁴²⁰

Nessa mesma linha restou evidenciado neste estudo que os índios não são mentalmente retardados e não possuem desenvolvimento mental incompleto. Constituem-se, sim, em pessoas com mentalidade hígida, apenas com uma compreensão diferenciada das normas culturais predominantes em face de viverem sua própria cultura. Assim, não há que se falar em inimputabilidade penal ou imputabilidade penal diminuída.⁴²¹

A primeira solução possível a ser apontada como resposta jurídico-penal às questões que envolvem crimes motivados pela cultura tradicional indígena, já mencionado no item anterior, diz respeito à aplicação dos preceitos constitucionais especialmente previstos no art. 231 da CF/88, na Convenção 169 da OIT e na utilização de normas jurídicas já existentes, como o Estatuto Indígena, que prevê expressamente o reconhecimento do direito consuetudinário indígena. Deste modo, a eventual inculpabilidade do índio deve ser verificada concretamente por meio de uma verificação dos valores tutelados pela norma penal supostamente infringidos e, além disso, na verificação da intenção deliberada de violar o valor protegido pela norma.⁴²²

O respeito às diferenças é mandamento cristalino da Constituição Federal, sendo reconhecida especificamente aos índios, no art. 231, a proteção de suas organizações sociais, costumes, línguas, crenças, tradições e territórios. Dessa organização social dos povos indígenas extrai-se um conjunto de regras e autoridades para elaborá-las, e esse conjunto ou

⁴²⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 922

⁴²¹ DOTTI, Rene Ariel. A situação jurídica penal do indígena – hipóteses de responsabilidade e exclusão. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 76.

⁴²² PASCHOAL, Janaina Conceição. Op. cit., 2012. p. 84.

sistema normativo indígena que refletem as necessidades práticas de cada coletividade são admitidos pelo Direito brasileiro.⁴²³

Esse sistema normativo indígena, também chamado por alguns autores de *direito consuetudinário indígena*, “dão a medida da sujeição de seu próprio sistema jurídico ao Direito, quais as questões e litígios que são regulados apenas por suas normas internas e quais devem ter a intromissão das normas e sanções do Direito.”⁴²⁴

Ao falar dos sistemas jurídicos dos povos indígenas, Villares continua referindo que:

[...] a ideia do pluralismo no tocante à aceitação de sistemas ou ordens jurídicas dos povos indígenas não retira características primordiais do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a unidade estatal e a aplicação da lei a todos. Ao contrário, a aceitação de normas jurídicas não estatais, que afetam a aplicação da norma jurídica estatal, tem o simples objetivo de fortalecer e legitimar os mecanismos de administração da justiça.⁴²⁵

Quando, no entanto, ocorrem os conflitos entre o sistema positivo vigente e as normas próprias das comunidades indígenas, o posicionamento estatal, invariavelmente, é o de impor suas regras e sistemas sobre a autonomia indígena, principalmente no âmbito do Direito Penal.⁴²⁶

Não obstante isso, há uma legislação que reconhece a diversidade cultural e admite que toda sociedade possui a sua forma própria e legitimidade para expressar e organizar as suas normas. Há, também, no direito internacional, instrumentos jurídicos que reconhecem os direitos costumeiros dos povos indígenas. A concretização do pluralismo jurídico, no entanto, ainda é algo em construção e ocasiona julgamentos equivocados em relação aos direitos indígenas.⁴²⁷

A segunda alternativa à solução dos conflitos seria o reconhecimento da inimputabilidade penal fundamentada no *erro de proibição culturalmente condicionado*, isto é, quando o indígena desconhece a norma punitiva que trata o fato em razão de suas vivências culturais. E, por isso, tem sua conduta como lícita, teoria idealizada por Eugénio Raúl Zaffaroni, que defende, além do erro que afeta o conhecimento da ilicitude, também aquele que afeta a compreensão da ilicitude, e ambos redundam no erro de proibição.⁴²⁸

Calderón defende que nos casos em que o réu indígena age de acordo com os valores internalizados de sua comunidade deverá ser absolvido com fulcro na teoria do erro de

⁴²³ VILLARES, Luiz Fernandes. Op. cit., 2012. p. 17.

⁴²⁴ Id., *ibid.*, p. 18.

⁴²⁵ Id., *ibid.*, p. 19.

⁴²⁶ CURI, Melissa Volpato. Op. cit., 2012. p. 243

⁴²⁷ Id., *ibid.*, p. 244.

⁴²⁸ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 83.

proibição, também denominado de erro culturalmente condicionado, que é muito mais condizente com um Estado Democrático de Direito que o fazer com fulcro na inimputabilidade. Nesse sentido refere o autor:

Se trata de buscar soluciones en procura de resultados justos, pero nunca recurriendo a la aplicación de criterios discriminatorios, tal y como lo han hecho en el pasado algunas legislaciones latinoamericanas; por un lado, catalogando de inimputables a los indígenas con la supuesta intención de otórgales un ‘beneficio’ en relación con la aplicación de la ley penal, o por otro lado, considerándolos también erradamente como grupos minoritarios, a pesar de que como ya se indicó, algunos son en sus países mayoría poblacional.⁴²⁹

Com grande propriedade o criminologista argentino Eugénio Raúl Zaffaroni desenvolveu a teoria do erro de compreensão culturalmente condicionado, que ocorre quando um indivíduo, mesmo conhecendo a ilicitude do fato, não internaliza os valores contidos na norma jurídica estatal, porque são desconhecidos ou incompatíveis com aqueles que pertencem a sua cultura.⁴³⁰

Ao falar sobre o tema, Cervini afirma que “o professor argentino alude e hierarquiza, seguindo as modernas concepções acerca da cultura, a formação interior (aprendizagem) que desde pequeno se faz mediante normas de condutas diferentes.”⁴³¹

O erro culturalmente condicionado exclui a culpabilidade quando o agente, em face de sua cultura, costumes ou tradição, não entende a ilicitude de seu comportamento ou não pode ser obrigado a ajustá-lo para esse entendimento. Não se trata de uma falta de conhecimento da proibição legal (total ou parcial), mas sim de uma ausência de internalização por parte do sujeito dessas normas, em razão de pertencer a uma cultura diferente. Essa compreensão somente é exigida quando o agente tiver a possibilidade real de incorporar o valor que a regra protege e seu acervo psicológico, existindo casos em que a pessoa “conoce el desvalor, pero no puede proceder a su introyección.”⁴³²

Ao falar sobre erro culturalmente condicionado, Sanchez aduz que:

Se debe tener en cuenta el hecho de que se a miembro de una comunidad nativa o campesina y que por su cultura o costumbre no pueda comprender el carácter delictuoso de su acto o determinar se de acuerdo a esa comprensión, pero básicamente se debe analizar cada caso concreto para establecer si efectivamente se

⁴²⁹ CALDERÓN, J. Federico Campos. Los derechos indígenas y su situación frente al derecho penal: El caso del error culturalmente condicionado. **Ciencias Penales**, a. 13, n. 19, ago. 2011. p. 130.

⁴³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. p. 647.

⁴³¹ CERVINI, Raul. Op. cit., 1995. p. 155.

⁴³² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal**. Doc. inédito aparecido en publicación de Parte General. Anteproyecto de Reforma al Código penal de Bolivia. Disponível em: www.cienciaspenales.net. Acesso em: 14 mar. 2014.

trata de un error de comprensión culturalmente condicionado, que dé lugar a su inculpabilidad. También se podría comprender a personas que se hayan integrado a la comunidad y actúan de buena fe. Precisar las diferentes normas consuetudinarias que rigen las relaciones sociales e nessa comunidad e igualmente las normas morales que han sido internalizadas por los integrantes del grupo cultural..⁴³³

Zaffaroni, por sua vez, afirma que a falta de culpabilidade do sujeito ocorre quando este não compreende a norma por razões culturais. No que tange ao povo indígena parece mais conveniente utilizar o enfoque multicultural, ou seja, a existência de uma consciência culturalmente integrada de forma diversa, nos termos do sentido cultural abordado no início deste estudo. Em outras palavras, esse tipo de erro culturalmente condicionado não poderia ser perquirido por qualquer indivíduo, mas tão somente por aqueles grupos culturalmente “diferentes”.⁴³⁴

Assim, o erro de compreensão culturalmente condicionado é uma causa excludente de culpabilidade ao passo que não se pode exigir que o indígena tenha a compreensão (internalização) do injusto em sua totalidade, não somente em razão de uma questão fática relativa à forma como poderiam ter chegado a adquirir o conhecimento do injusto, mas por terem reconhecido constitucionalmente direitos legais de viver e desenvolver a sua própria cultura.⁴³⁵

O jurista brasileiro Guilherme Rezende refere que o erro de compreensão culturalmente condicionado foi expressamente acolhido pelo Código Penal peruano, de 1991, que em seu art. 15, estabelece que aquele que, em razão da sua cultura ou de seus costumes comete um fato punível sem compreender o caráter delituoso do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento será eximido da responsabilidade penal estatal. Ou, ainda, terá sua pena atenuada se, pelas mesmas razões, tiver diminuída sua possibilidade de compreensão ou autodeterminação.⁴³⁶

Nesse sentido, o professor Iván Meini da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Peru aduz que os padrões culturais ou hábitos de uma pessoa podem afetar o lado subjetivo do crime e, com isso, eximir a responsabilidade penal. Haverá, no entanto, casos que afetarão o mérito e, por isso, haverá a atenuação da pena. Ademais, poderá servir ainda como critério para a determinação da sanção judicial, enquanto que em outros poderá ser completamente irrelevante. Para averiguar, no entanto, se as condições da

⁴³³ SÁNCHEZ, Luis E. Francia. **La aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado.** Disponível em: http://www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/analisis_pleno/aplic_error.doc. Acesso em: 13 mar. 2014.

⁴³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., 2002.

⁴³⁵ Id., ibid.

⁴³⁶ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 85.

diversidade cultural são suficientes para deslegitimar a imposição de uma sanção penal, vai depender principalmente do lugar de que e para que a diversidade cultural afeta e, em segundo lugar, o grau de envolvimento.⁴³⁷

El artículo 15 del Código Penal vaticina una cláusula que, según una interpretación bastante extendida en doctrina, prevé una modalidad de error de prohibición, denominado error de comprensión culturalmente condicionado: ‘El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto, o determinarse de acuerdo a dicha comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena’.⁴³⁸

Rezende afirma que a doutrina do erro culturalmente condicionado é construída sobre a premissa de que um estado plural e democrático deve respeitar a diversidade cultural. Essa teoria não é direcionada especificamente à questão indígena, mas pode ser aplicada em qualquer situação em que haja um conflito cultural.⁴³⁹

Deste modo, a diversidade cultural implica na impossibilidade de se exigir uma conduta de membros pertencentes a culturas diversas que já têm internalizado seus valores próprios a agirem em desconformidade com esses valores contidos na norma. Não se pode culpá-los, porém, por não agirem assim, uma vez que o erro de compreensão culturalmente condicionado afasta a culpabilidade.⁴⁴⁰

Um exemplo da ocorrência de um erro de proibição direto é o daquele índio que masca coca desde criança e não pode internalizar a norma que proíbe a posse e o consumo dessas substâncias psicoativas inseridas em suas tradições desde tempos imemoriais.⁴⁴¹

Zaffaroni e Pierangelli vão além ao exemplificar a aplicação do erro de proibição à questão indígena:

Pode-se objetar que, se amanhã trouxermos um indígena para o centro de uma grande cidade e o deixarmos livre, e ele supuser que cada branco que dele se aproximar quer matá-lo, deverá reagir matando a todo branco que vê, e, com absoluta tranquilidade, teríamos que deixá-lo seguir com a sua matança, por encontrar-se num erro de proibição (justificação putativa) culturalmente condicionado. A objeção é mais aparente do que real, posto que, em tal caso, não existe dúvida, para nós, de que o mais correto seria restituir o campesino ao meio do qual nunca deveria ter se subtraído, e condenar ao irresponsável que o retirou de seu meio natural.⁴⁴²

⁴³⁷ MEINI, Iván. Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal. **Revista de la Facultad de Derecho**. Peru: PUC, 2007. p. 19.

⁴³⁸ Id., *ibid.*, p. 20.

⁴³⁹ REZENDE, Guilherme Madi. *Op. cit.*, 2009. p. 86.

⁴⁴⁰ Id., *ibid.*, p. 86.

⁴⁴¹ KARAN, Maria Lúcia. O proibicionismo criminalizador em matéria de drogas e a violação de direitos de povos indígenas na América latina. In: VILLARES, Luiz Fernando. **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 142.

⁴⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2002. p. 647.

Embora ainda não se tenha adotado esse critério do erro para o tratamento jurídico-penal no Brasil, Rezende o considera um grande avanço em relação ao critério da inimputabilidade, pois rompe com a visão etnocentrista e integracionista que, infelizmente, ainda está embasado no entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência nacional, criando espaço para o respeito à diversidade cultural entrar em cena.⁴⁴³

Ainda de acordo com o mesmo autor, as consequências jurídico-penais decorrentes da aplicação do critério do erro previsto no art. 21 do Código Penal seriam a afetação da culpabilidade. Ao ser ela afastada não pode o índio sofrer uma reprovação penal em vista de sua condição, uma vez que não possui uma real consciência da ilicitude do fato que vem a praticar.⁴⁴⁴

Rezende prossegue afirmando que a teoria do erro de compreensão culturalmente condicionado esbarra na controvérsia de haver ou não amparo legal no direito positivo brasileiro, visto que o dispositivo penal que cuida do erro de proibição ao prever a expressão *consciência da ilicitude* abrange a “compreensão da ilicitude” ou somente “conhecimento da ilicitude”.⁴⁴⁵

Apesar de não haver um posicionamento firmado sobre esta questão, para Zaffaroni, o idealizador da doutrina, não há dúvidas de que o erro de compreensão culturalmente condicionado é uma espécie de erro de proibição. O doutrinador, no entanto, faz essa afirmação calcado na legislação argentina.

A favor da aplicabilidade também se levanta a possibilidade de uma analogia do art. 21 do CP com o art. 15 do Código Penal peruano, em face das semelhanças nas redações dos artigos referentes ao erro apesar de o instrumento peruano fazer referência expressa no tocante ao erro de compreensão culturalmente condicionado.⁴⁴⁶

José Henrique Pierangeli é o doutrinador brasileiro que sustenta abertamente a hipótese do erro de compreensão culturalmente condicionado como espécie de erro de proibição. Ele vai ao encontro dos posicionamentos de René Ariel Dottie e Janaina Conceição Paschoal, sendo que esta última refere que a legislação, ao contemplar o erro de proibição, já engloba o erro de compreensão.

Embora seja controvertida essa aplicação mais ampla do critério do erro de compreensão culturalmente condicionado como espécie de erro de proibição no tratamento

⁴⁴³ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 86.

⁴⁴⁴ Id., ibid., p. 87.

⁴⁴⁵ Id., ibid., p. 88.

⁴⁴⁶ Id., ibid., p. 89.

jurídico-penal do índio, o fato representa um grande avanço à medida que busca romper com a filosofia assimilacionista e etnocentrista em que está pautado o critério da inimputabilidade para respeitar a diversidade cultural e os valores próprios das diferentes culturas.⁴⁴⁷

E, por fim, como uma terceira alternativa à solução para o tratamento jurídico penal do índio em vista dos conflitos originados pela divergência cultural chega-se ao critério da Inexigibilidade de Conduta Diversa ou de Conduta conforme o Direito, que é uma causa de exclusão da culpabilidade consubstanciada, de acordo com o art. 22 do Código Penal, em duas hipóteses: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.⁴⁴⁸

Deste modo, paralelo ao erro de proibição, a inexigibilidade de conduta diversa representa uma solução viável para o tratamento jurídico-penal dos indígenas, nas hipóteses que, apesar de conhecerem devidamente o conteúdo proibitivo de norma jurídica, apresentam extrema dificuldade em cumpri-la e entendê-la, tendo em vista a distinção em suas práticas e costumes tradicionais.

Ao falar sobre o critério da inexigibilidade de conduta diversa para o tratamento jurídico-penal do índio, Rezende explica que:

Para que se possa, então, afirmar esta excludente é importante que se avalie se a conduta do indígena estava de acordo com os valores próprios de seu povo. Se sim, considerando que estes valores, apesar de conflitantes com os valores da norma que incrimina a conduta, são respeitados e protegidos, estará o indígena acolhido pela inexigibilidade da conduta diversa. Se não, não há se falar nessa excludente.⁴⁴⁹

Nesse sentido, a inexigibilidade de conduta diversa deve ser utilizada naquelas hipóteses em que o índio, sendo imputável e podendo conhecer a ilicitude do fato apresenta dificuldade de agir de acordo com a norma diretiva em razão dos conflitos entre seus valores culturais e os valores da norma. Ao agir de acordo com os costumes e hábitos próprios do seu povo, o indígena deve ser respeitado e protegido, não cabendo reprovação da conduta praticada.⁴⁵⁰

Cumprе mencionar, no entanto, que para a aplicação dessa excludente de culpabilidade será necessário apurar se o indígena estava agindo de acordo com os valores de seu próprio povo. Se assim estiver agindo estará acolhido pela inexigibilidade de conduta diversa; outrossim, se não estiver agindo conforme os valores de sua etnia não há que se falar nessa excludente.

⁴⁴⁷ REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 91.

⁴⁴⁸ Id., *ibid.*, p. 87.

⁴⁴⁹ Id., *ibid.*, p. 102.

⁴⁵⁰ Id., *ibid.*, p. 102.

Colaço menciona, por exemplo, que a eutanásia é uma prática aceita pela etnia Guaranis e, por esse fato, um índio guarani que praticar eutanásia, embora tenha conhecimento que a prática é punida pela norma penal estatal vigente, estará acobertado pela excludente, pois estará agindo em conformidade com os valores de seu povo. Um índio de outra etnia, porém, cuja prática da eutanásia não é aceita ou não faça parte de seus valores culturais, não será abarcado por esta excludente, visto que não estará agindo de acordo com os valores de seu povo.⁴⁵¹

Nas palavras de Rezende:

O adultério, o aborto, a prática de duelo, o uso de determinadas substâncias entorpecentes, a forma de lidar com os cadáveres, a extração de minerais, de madeira, a caça, a pesca e inúmeras outras condutas que possam ser reprimidas pela legislação penal, podem ou não se conformar aos valores de determinados povos. A conformidade da conduta com os valores do povo a que pertence o agente indígena, será o fator determinante para a incidência ou não da excludente da culpabilidade em comento.⁴⁵²

Deste modo, para a aplicação desse critério da inexigibilidade de conduta diversa não basta que a conduta não seja considerada criminosa por um determinado povo indígena, é necessário que ela esteja em conformidade com os valores desse povo, que motivou a conduta desse agente indígena.⁴⁵³

Rezende aponta essa alternativa como a mais adequada para o tratamento jurídico-penal do índio nas hipóteses de haver conflitos entre os valores contidos nas normas e os pertinentes à cultura a que pertence o índio que praticou o ilícito penal, restando assim afastado o elemento da culpabilidade.⁴⁵⁴

O respeito à diversidade cultural implica na questão dos valores próprios da cultura indígena. Nesse contexto, o critério da inimputabilidade adotado pela legislação vigente e disposto no art. 26, do CP, não se mostra apropriado. Deste modo, algumas soluções para um tratamento jurídico-penal mais justo e condizente com os preceitos constitucionais foram apresentadas neste capítulo, mas não se pode afirmar qual das três alternativas expostas se aproximaria da solução ideal. Resta claro, no entanto, que sempre que o indígena tiver internalizado valores culturais conflitantes com os contidos na norma, são seus valores que devem prevalecer.

⁴⁵¹ COLAÇO, Thais Luiza. **A incapacidade indígena**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 185.

⁴⁵² REZENDE, Guilherme Madi. Op. cit., 2009. p. 103.

⁴⁵³ Id., *ibid.*, p. 103.

⁴⁵⁴ Id., *ibid.*, p. 107.

CONCLUSÃO

As demandas criminais que envolvem crimes praticados por indígenas, em razão de sua prática cultural dificilmente chegam aos tribunais superiores brasileiros. Isso ocorre porque, na maioria das vezes, sequer é considerado o fato de o agente ser índio, sendo analisadas tão somente questões formais, enquanto os problemas de cunho étnico-cultural não chegam a ser investigados.

Os processos criminais envolvendo integrantes desses povos originários são considerados completamente integrados à sociedade envolvente, o que por si só afasta qualquer forma diferenciadora no seu julgamento em razão de origem étnica. Os índios, portanto, são responsabilizados como qualquer cidadão brasileiro pelos atos praticados.⁴⁵⁵

A análise do grau de integração do índio dá-se com fulcro no art. 4º do Estatuto do Índio, segundo o qual eles são classificados em *isolados*, em *vias de integração* e *integrados*. Para aferir esse grau de integração do indígena a comunhão nacional os juízes utilizam-se de análise simplista, que confirma sua classificação como *integrados* se for verificada a fluência na língua portuguesa, o porte de carteira de identidade e de título de eleitor, itens que dispensam a realização do exame antropológico.

Diante da aparente integração são desconsiderados completamente os dados internos do índio, criados com base em cultura étnica, bem como o ilícito praticado, uma vez que a simples condição de indígena por si só não implica reconhecimento de irresponsabilidade penal.

Nas hipóteses em que o índio é considerado *isolado* ou em *vias de integração*, conforme o art. 4º da Lei 6.001/73, o tratamento que lhe é dispensado é o do art. 26 do CP, por se considerar que ele possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

O entendimento de que os índios possuem desenvolvimento mental incompleto ou retardado é o adotado pelos tribunais superiores, sendo considerados inimputáveis somente os

⁴⁵⁵ PONTES, Bruno Cezar Luz. Op. cit., 2012. p. 171.

isolados. Já aqueles que estão em *vias de integração* e considerados semi-imputáveis são processados normalmente, mas terão uma atenuação na pena em vista de se tratar de responsabilidade diminuída. E o *integrado* é considerado imputável, sendo processado normalmente como qualquer agente não índio.⁴⁵⁶

O índio, contudo, não pode ser considerado retardado ou com mentalidade incompleta em razão de ter nascido e crescido em um ambiente cultural diferente daquele do não índio, visto que as diferenças culturais não podem, de forma alguma, servir de base para julgamentos relativos à sanidade ou ao desenvolvimento mental de qualquer pessoa. O índio não é retardado ou com mentalidade incompleta, ele apenas tem um desenvolvimento cultural diferenciado da cultura preponderante que o cerca.

Considerando que, atualmente, a maioria dos indígenas está integrada à sociedade envolvente, com razoável conhecimento ético, o sistema jurídico não vem fazendo qualquer espécie de diferenciação no seu tratamento jurídico-penal. Há, entretanto, um desconhecimento generalizado dos operadores do Direito acerca da legislação aplicável aos índios acusados de crimes, a exemplo do Estatuto do Índio e das recomendações da Convenção 169 da OIT, evidenciando o desrespeito às normas constitucionais. A legislação, portanto, não está sendo interpretada de acordo com os ditames da Carta Magna, nem está sendo aplicado o direito indigenista que visa integrar a cultura indígena ao caso concreto.⁴⁵⁷

O sistema jurídico vigente, portanto, vem tratando a temática indígena de uma forma totalmente equivocada no que tange aos crimes por eles praticados. Por essa razão, o presente estudo apresentou, dentre tantas possibilidades que poderiam ser abordadas, algumas alternativas que se mostraram mais apropriadas à solução de conflitos oriundos dessa divergência cultural.

O primeiro passo rumo a uma possível solução desses conflitos é o reconhecimento do direito consuetudinário indígena pelo Direito Penal estatal, segundo os moldes previstos no Estatuto do Índio, de 1973, da Constituição Federal de 1988 e da Convenção 169, da OIT. Embora haja previsão expressa nesse sentido, isso não vem ocorrendo porque os juristas não possuem conhecimento específico da legislação indígena, tampouco fazem questão de aplicá-la nos casos concretos.

O respeito às diferenças é mandamento cristalino da Constituição Federal de 1988, sendo reconhecido especificamente aos índios no art. 231, a proteção de suas organizações

⁴⁵⁶ PONTES, Bruno Cezar Luz. Op. cit., 2012. p. 181.

⁴⁵⁷ SILVA, Cristhian Teófilo da (Coord). **Criminalização e situação prisional de índios no Brasil**. Brasília: ABA, 2008. pp. 37-38.

sociais, costumes, línguas, crenças, tradições e territórios. Dessa organização social dos povos indígenas se extrai-se um conjunto de regras que regulam o seu modo de vida, bem como as questões e litígios que são amparados por suas normas internas.

A segunda alternativa à solução dos conflitos, portanto, seria o reconhecimento da inimputabilidade penal fundamentado no *erro de proibição culturalmente condicionado*, isto é, quando o indígena desconhece a norma punitiva que trata o fato em razão de suas vivências culturais e, por isso, tem sua conduta como lícita.

A teoria idealizada por Zaffaroni defende que além do erro que afeta o conhecimento da ilicitude existe também o erro que afeta a compreensão da ilicitude, ou seja, mesmo que o índio integrado à sociedade envolvente conheça a ilicitude do fato, ele não internaliza os valores contidos na norma jurídica estatal, porque são desconhecidos ou incompatíveis com aqueles que pertencem à sua cultura.

Em vista disso, a consequência jurídico-penal decorrente da aplicação deste critério do erro, previsto no art. 21 do Código Penal, seria a afetação da culpabilidade, a qual é afastada, uma vez que o indígena não pode sofrer uma reprovação penal em vista de sua condição, pois não possui uma real consciência da ilicitude do fato que vem a praticar.⁴⁵⁸

A aplicação mais ampla do critério do erro de compreensão é culturalmente condicionada a uma espécie de erro de proibição no tratamento jurídico penal do índio, o que representa um grande avanço na medida em que busca romper com a filosofia assimilacionista e etnocentrista em que está pautado o critério da inimputabilidade para respeitar a diversidade cultural e os valores próprios das diferentes culturas.

E como uma terceira alternativa viável à solução para o tratamento jurídico penal do índio em vista dos conflitos originados pela divergência cultural chega-se ao critério da Inexigibilidade de Conduta Diversa ou de Conduta conforme o Direito, que é uma causa de exclusão da culpabilidade, consubstanciada de acordo com o art. 22 do Código Penal.

A teoria da Inexigibilidade de Conduta Diversa deve ser utilizada naquelas hipóteses em que o índio, sendo imputável e podendo conhecer a ilicitude do fato, apresenta dificuldade de agir de acordo com a norma diretiva em razão dos conflitos entre seus valores culturais e os valores da norma. Assim, o indígena, agindo de acordo com os costumes e hábitos próprios do seu povo, deve ser respeitado e protegido, não cabendo reprovar a conduta praticada.

Das três possíveis soluções apresentadas a que se mostra mais viável à solução dos conflitos jurídicos-penais é a teoria do erro culturalmente condicionado, pois permite que seja analisado no caso concreto, se o indígena tinha consciência da ilicitude de seu ato,

⁴⁵⁸ REZENDE, Guilherme Madi. **Índio – Tratamento jurídico-penal**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87.

considerando-se os valores inerentes a sua própria cultura. Salienta-se que para a aplicação desse critério não é necessária a inclusão de qualquer novo dispositivo no Código Penal, já que se trata simplesmente de mudança de enfoque quanto à interpretação do dispositivo legal.

A legislação brasileira editada a partir de 1988 avançou muito no reconhecimento de direitos indígenas, pois, tanto a Constituição Federal como a legislação indigenista atual, asseguram aos indígenas o direito de serem diferentes e de serem respeitados em suas diferenças, buscando extirpar do ordenamento jurídico o antigo paradigma integracionista e proporcionar uma proteção integral ao modo de ser indígena. Deste modo, a problemática atual não consiste mais no seu reconhecimento jurídico, mas em sua aplicação efetiva.

Não se pode falar, contudo, que o Direito Penal acompanhou essa evolução de pensamento, em que pese o surgimento de vozes na doutrina, mostrando caminhos alternativos para a solução de conflitos oriundos da divergência cultural. O indígena ainda é tratado como inimputável ou semi-imputável, excluindo-se ou atenuando-se a sua culpabilidade com motivação em um suposto desenvolvimento mental incompleto ou retardado por sua não integração à cultura preponderante brasileira.

Deste modo, o Poder Judiciário, como aplicador da lei, não vem acompanhando as mudanças legislativas na mesma velocidade, posto que não está garantindo eficácia às leis protetoras dos índios de forma a efetivar o direito à diferença e ao princípio do respeito à diversidade étnica e cultural. Ademais, ainda fundamenta suas decisões em premissas relacionadas ao grau de integração do índio e aos padrões de cultura e de comportamento da sociedade não indígena para apuração da imputabilidade penal.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Elaine. A perícia antropológica no processo criminal: estudo de caso. *In*: VILLAÇA. Luiz Fernando. **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- BAINES, Stephen G. A criminalização de indígenas no Sistema Penitenciário de Roraima, Brasil *In*: **Anais do XV Encontro de Ciências Sociais do Norte e Nordeste e Pré-Alas Brasil**. 04 a 07 de setembro de 2012, UFPI, Teresina- PI. 2013, p. 3. Disponível em: <http://www.anpocs.org/portal/index.php>. Acesso em: 12 mar. 2014.
- BARÃO, Vanderlise Machado. **A escola indígena e o poder de estado**: construção de uma identidade étnica entre os Mbyá Guarani. Dissertação (Mestrado) – PUCRS, IFCH, CPGH. Porto Alegre, jul. 2005.
- BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade/Fapesp, 2001.
- BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2003.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.
- BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- _____. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- BELLO, Enzo. **Política, cidadania e direitos sociais**: um contraponto entre os modelos clássicos e a trajetória da América Latina. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC, Departamento de Direito. Rio de Janeiro, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 28 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. **Código Civil de 1916**. Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916, revogada pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. **Lei 6.001/1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 12 dez. 2013.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2057/1991.** Parecer do relator Luciano Pizzato. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. **Lei 9.605/1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 18 dez. 2013.

_____. **Projeto de Lei 1.057/2007.** Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBCACC1C1F0542CD371642B810C01DD4.node1?codteor=462697&filename=Avulso+-PL+1057/2007. Acesso em: 10 dez. 2013.

CALDERÓN, J. Federico Campos. Los derechos indigenas y susituacion frente al derecho penal: El caso del error culturalmente condicionado. **Ciencias Penales**, a. 13, n. 19, ago. 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos de leis e outras proposições.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao/idProposicao=351362>. Acesso em: 10 mar. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** Parte geral (art. 1º a 120) 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

CAPUTO, Stela Guedes. Questionando o multiculturalismo: conversando com Peter McLaren, Slavoj Zizek e Russel Jacoby. *In*: CANDAU, Vera Maria (Org.). **Cultura(s) e educação: entre o crítico e o pós-crítico.** Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

CASTELLS, Manuel. O poder da identidade. *In*: **A era da informação: economia, sociedade e cultura.** Trad. de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999, v. 2.

CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA – CTI. **Situação dos detentos indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul.** Brasília, 2008.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COLAÇO, Thais Luiza. **A incapacidade indígena.** Curitiba: Juruá, 2002.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 mar. 2014.

CORDEIRO, Enio. **Política indigenista brasileira e a promoção internacional das populações indígenas.** Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

CORREA, Darcísio; OLIVEIRA, Janassana Indiara de Almeida de. **A questão da cidadania na Reserva Indígena do Guarita.** Ijuí, RS: Unijuí, 2005.

- COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. 1.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal ambiental e o índio. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012.
- CRUZ, Pedro Henrique Guimarães. **O infanticídio indígena brasileiro na perspectiva dos direitos humanos**. Monografia (Curso de Direito) – Uniceub, 2010.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. **Antropologia do Brasil: mito, história e etnicidade**. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- CURI, Melissa Volpato. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. **Espaço Ameríndio**. Porto Alegre, jul./dez. 2012, v. 6, n. 2, p. 230-247.
- D'ADESKY, Jacques. **Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismo e antirracismos no Brasil**. Rio de Janeiro: Pallas, 2009.
- DALLARI, Dalmo. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, 1991, v. 28, n. 111.
- DOTTI, Rene Ariel. A situação jurídica penal do indígena – hipóteses de responsabilidade e exclusão. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012.
- ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: uma história dos costumes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, v. 2.
- FIORIN, José Luiz. A construção da identidade nacional brasileira. *In*: BAKHTINIANA: **Revista de Estudo do Discurso**. São Paulo, 1º sem. 2009, v. 1, n. 1. pp. 115-126.
- FONTELES, Claudio Lemos. Os julgamentos de crimes cometidos contra comunidades indígenas pela Justiça Estadual. *In*: SANTILI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antônio Fabris, 1993.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2001.
- GONÇALVES, Luis Alberto Oliveira; SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. **O jogo das diferenças: o multiculturalismo e seus contextos**. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.
- GROFF, Paulo Vargas; PAGEL, Rogério. Multiculturalismo, direitos humanos e ações afirmativas. *In*: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Sousa (Orgs.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & novas formas de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GUIMARÃES, Antonio. **Racismo e antirracismo no Brasil**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

GUIMARÃES, Paulo Machado. **Os efeitos da detração penal sobre os direitos dos povos indígenas**. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/?system=news&action=read&id=316&eid=262>. Acesso em: 12 set. 2013.

HALL, Stuart. Quem precisa da identidade. *In*: SILVA, Tomaz T.; HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn (Orgs.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

_____. **Da diáspora: identidades e mediações culturais**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003.

_____. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 9. ed. Trad. de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

_____. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Trad. de Tomás Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HELM, Cecília Maria Vieira. A etnografia, a perícia e o laudo antropológico nos processos judiciais. *In*: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. Curitiba, 2009, v. 1, pp. 5-17.

HOBBSAWM, Eric J. **Nações e nacionalismo desde 1780**. Programa, mito e realidade. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, v. 1.

KARAN, Maria Lúcia. O proibicionismo criminalizador em matéria de drogas e a violação de direitos de povos indígenas na América latina. *In*: VILLARES, Luiz Fernando. **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012..

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – Aspectos do seu reconhecimento. *In*: SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI/Sergio Antonio Fabris, 1993. pp. 225-240.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Estatuto do Índio**. Leis Especiais. Salvador: Juspodium, 2011, v. 33.

MACHADO, Maria Fátima Roberto. Memórias portuguesas sobre os selvagens: cultura e história nas relações étnicas em Mato Grosso no século XIX. *In*: **Congresso Portugal – Brasil: memórias e imaginários**. Lisboa: GT do Ministério da Educação para as comemorações dos descobrimentos portugueses, 1999.

MALISKA, Marcos Augusto; SUZIN, Jederson. O direito à diversidade das comunidades indígenas. Multiculturalismo, direito à vida e infanticídio. *In*: **Direitos fundamentais & justiça**. Ano 5, n. 16, p. 165-181, Jul./Set.. 2011, ano 5, n. 16. pp. 165-181.

MARCHINI, Rodrigo Sérgio Meirelles. **Apontamentos sobre a legislação colonial e imperial voltada ao tratamento das terras ocupadas pelos índios no Brasil**. Disponível

em: <http://transfontes.blogspot.com.br/2012/10/apontamentos-sobre-legislacao-colonial.html>. Acesso em: 13 nov. 2013.

MARCZYNSKY, Solange Rita. Índios: Temas Polêmicos. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, maio/1991, v. 88. p. 44.

MADERS, Angelita Maria; DUARTE, Isabel Cristina Brettas. O que é isto – o Multiculturalismo. *In*: MADERS, Angelita Maria; LOCATELLI, Liliane; ANGELIN, Rosângela (Orgs.). **Multiculturalismo e direito**. Santo Angelo: FuRI, 2012. pp 13-42.

MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. Diálogo intercultural e direito indígena. **Ciência e Cultura**. 2008, v. 60, n. 4. pp. 31-33.

McLAREN, Peter. **A vida nas escolas**. Uma introdução à pedagogia crítica nos fundamentos da educação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

_____. **Multiculturalismo crítico**. 3. ed. São Paulo: Instituto Paulo Freire/Editora Cortez, 2000.

MEINI, Iván. Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal. **Revista de la Facultad de Derecho**. Peru: PUC, 2007.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral, art. 1º a 120 do CP. 28 ed., rev. e atual. até 05 de janeiro de 2012. São Paulo: Atlas. 2012.

_____; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. Parte geral. v. 1. São Paulo: Atlas. 2012.

MOREIRA, Antônio Flávio Barbosa. A recente produção científica sobre currículo e multiculturalismo no Brasil (1995-2000): avanços, desafios e tensões. **Revista Brasileira de Educação**. Anped, n. 18, set-dez/2001. pp. 65-81.

NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.

NOVAES, Sylvia Caiuby. **Jogo de espelhos**: imagens da representação de si através dos outros. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco. A problemática dos “Índios Misturados” e os limites dos estudos americanistas: um encontro entre antropologia e história. *In*: **15 ensaios em Antropologia Histórica**. Rio de Janeiro: Ed. da UFRJ, 1999. pp. 99-123.

PACHECO, Rosely Aparecida Stefanés; PRADO Rafael Clemente Oliveira do; KADWÉU, Ezequias Vergílio. População carcerária indígena e o direito à diferença: o caso do município de Dourados, MS. **Revista Direito GV**. São Paulo, jul-dez 2011. pp. 469-500.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 10 mar. 2014.

PASCHOAL, Janaína Conceição. O índio a inimizabilidade e o preconceito. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012.

PEIXOTO, Erica de Souza Pessanha. Povos indígenas e o direito internacional dos direitos humanos. *In*: GUERRA, Sidinei; ENRIQUE, Lilian Balman (Coords.). **Direitos das minorias e grupos vulneráveis**. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2008. pp. 243-274.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Inventário da Legislação Indigenista 1500-1800. *In*: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

PIERUCCI, Antônio Flávio. **Ciladas da diferença**. São Paulo: Ed. 34, 1998.

PINO SIRGADO, Angel. O social e o cultural na obra de Vigostki. **Educação e Sociedade**, ano XXI, nº 71. pp. 55-56.

PONTES, Bruno Cezar Luz. O índio e a Justiça Criminal brasileira. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012.

POUTIGNAT, P.; STREIFF-FENART, J. **Teorias da etnicidade**. Seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Frederik Barth. São Paulo: UNESP, 1998.

PRADO, Regis Luiz. **Curso de Direito penal brasileiro**. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RELATÓRIO AZUL. **Povos indígenas, Comissão de Cidadania e Direitos Humanos – Assembleia Legislativa –RS**, 1997.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio – tratamento jurídico-penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

SÁNCHEZ, Luis E. Francia. **La aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado**. Disponível em: http://www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/analisis_pleno/aplic_error.doc. Acesso em: 13 mar. 2014.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios e meio ambiente. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Direito ambiental em evolução**. 2. ed. v. 1. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. Índios e competência criminal: A necessária revisão da Súmula 140 do STJ. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHAPER, Valério Guilherme. Para além do reconhecimento: contribuição da ideia cristã de reconciliação para a ética. *In*: SCHAPER, Valério Guilherme; WESTHELLE, Vitor; OLIVEIRA, Kathlen Luana de; GROSS, Eduardo. **Deuses e ciência na América Latina**. São Leopoldo, RS: Oikos, 2012.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Trad. de Laureano Pelegrin. Bauru, SP: EDUSC, 1999.

SILVA, Jorge Medeiros da Silva. **Direito penal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Mozart Linhares da; ASSMANN, Carolina; SIQUEIRA Carolina. Educação, governo e multiculturalismo no Brasil: lei nº 10.639/03 e Diretrizes Curriculares Nacionais de 2004. *In: Educação, Sociedade & Culturas*, 2012, n. 36. pp. 65-79.

SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. *In: SILVA, Tomaz T.; HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn (Orgs.). Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

SILVERIO, Valter Roberto. O multiculturalismo e o reconhecimento: mito e metáfora. *In: Cultura Vozes*. N. 1, ano 94, volume 94. Petrópolis. Editora Vozes: 2000, ano 94, n. 1, v. 94. pp. 83-100.

SOLDI, Rodrigo. Nacionalismo e cultura no contexto da globalização: um debate sobre a divisão internacional do trabalho. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, jun./2012, n. 13. pp. 105-116.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito envergonhado – o direito e os índios no Brasil. **Revista HDH**. 1992, v. 15.

_____. **O renascer dos povos para o Direito**. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1998.

SOUZA, Estella Libardi de. **Povos indígenas e o direito à diferença**: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos. Trabalho apresentado no Grupo de Trabalho 4 – Diversidade, Identidade e Culturas Latino-Americanas no Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos, realizado na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 20 a 22 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.nepe.ufsc.br/control/artigos/artigo74.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2014.

STAVENHAGEM, Rodolfo. Cultos incultos e ocultos: as novas identidades. *In: CANCLINI, Nestor Garcia (Coord.). Culturas da Ibero-América: diagnósticos e propostas para seu desenvolvimento*. Trad. de Ana Venite Fuzato. São Paulo: Moderna, 2003.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudências**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 de dezembro de 2013.

_____. **Habeas corpus HC 85198 MA**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/acordao>. Acesso em: 23 jan. 2014.

_____. **Recurso Extraordinário n. 97064/AM**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/acordao>. Acesso em: 23 jan. 2014.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudências**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 de dezembro de 2013.

_____. **Recurso Especial 555151**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/acordaoacesso> em 23 de janeiro de 2014.

STJ. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1129637 SC 2009/0119988-8**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>. Acesso em: 10 mar. 2014.

TARÃO, Graciél Marques; SILVA, Fernando Milhomen da. Um novo olhar à inimizabilidade penal indígena. *In: Anuário da Produção Científica Discente*. Ano XII, v. XII, n. 14, 2009. pp. 207-217.

TAYLOR, C. A política de reconhecimento. *In: TAYLOR, Charles. Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Os povos indígenas e as sociedade nacionais: conflitos e superação. *In: LIMA, André. O direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Acórdão da Apelação Criminal n. 2012.019673-1**. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca>. Acesso em: 10 mar. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL. **Apelação criminal n. 14012MS 2008.014012-6**. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 23 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Recurso em Sentido Estrito n. 4818044 PR 0481804-4**. Disponível em: [http://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia/ busca](http://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia/busca). Acesso em: 10 mar. 2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. **Acórdão do processo n. 2000.72.05.005860-0/SC**. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/ inteiro_teor.php](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php). Acesso em: 12 mar. 2014.

_____. **Acórdão do processo n. 2004.70.06.001818-1/PR**. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php. Acesso em: 12 mar. 2014.

_____. **Acórdão Embargos Infringentes e de Nulidade n. 2006.71.15.000645-2/RS**. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php. Acesso em: 12 mar. 2014.

_____. **Apelação criminal nº 0002704-50.2009.404.7201/SC**. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php. Acesso em: 12 mar. 2014.

_____. **Jurisprudências**. Disponível em www.trf1.jus.br/jurisprudencias. Acesso em: 12 mar. 2014.

VEIGA-NETO, Alfredo. Cultura, culturas e educação. **Revista Brasileira de Educação**. Rio de Janeiro, maio/ago. 2003, n. 23. pp. 5-15.

VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

VILLARES, Luiz Fernandes. Direito penal na ordem jurídica pluriétnica. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1927 e 1929.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. *In*: SILVA, Tomaz T.; HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn (Orgs.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

YAMADA, Erika Magami; BELLOQUE, Juliana Garcia. Pluralismo jurídico: direito penal, direito indígena e direitos humanos – uma análise do art. 121 do Código Penal Brasileiro. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal**. Doc. inédito aparecido en publicación de Parte General. Anteproyecto de Reforma al Código penal de Bolivia. Disponível em: www.cienciaspenales.net. Acesso em: 14 mar. 2014.