

# **TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA PESSOA INDÍGENA NO BRASIL: UMA CONSTRUÇÃO EM SINTONIA COM O INTERCULTURALISMO**

## **PENAL LAW TREATMENT APPLIED TO THE INDIAN PERSON IN BRAZIL: A CONSTRUCTION IN TUNE WITH INTERCULTURALISM**

**Fabiano Teixeira de Sousa<sup>1</sup>**

**Mateus Henrique Araújo<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

O presente trabalho erige-se com a finalidade de promover reflexões acerca do tratamento jurídico-penal aplicado à pessoa indígena no Brasil. A Constituição Federal de 1988 trouxe dispositivos que sedimentaram a transição do paradigma integracionista para o paradigma interculturalista. De tal modificação, emana, em sua essência, o direito do índio de ser índio, o que repercute, entre outras, na seara penal. Todavia, referências normativas como o Código Penal e o Estatuto do Índio não foram atualizadas em harmonia com a nova ordem constitucional. Assim, o parâmetro da (in)imputabilidade – adotado, de forma preponderante, em casos que envolvem indígenas – continua sendo o mais aplicado por juízes e tribunais brasileiros, subsidiado, em diversas ocasiões, por critérios que dispensam ferramentas de suporte, tais como o laudo pericial antropológico. Diante disso, indaga-se, nesta pesquisa, se o tratamento jurídico-penal brasileiro vigente aplicado à pessoa indígena possibilita o seu reconhecimento etnocultural. Por outro lado, em razão das consequências da aplicação do parâmetro da (in)imputabilidade, cogita-se a adoção do critério do erro de comportamento culturalmente condicionado na aferição da responsabilidade criminal do índio no Brasil. Outrossim, no tocante às lacunas que a legislação infraconstitucional pátria apresenta, defende-se a convencionalização do direito, de forma que os diplomas internacionais, sobretudo a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, possam contribuir para a consolidação da segurança jurídica necessária e para a concretude do direito à alteridade desses povos originários. Quanto aos seus objetivos gerais, esta pesquisa pode ser classificada como exploratória – assumindo a forma de pesquisa bibliográfica –, inserida na vertente jurídico-sociológica, visto que a responsabilização

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Docente do curso de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras do Alto São Francisco (FASF). Endereço eletrônico: ftsousa@hotmail.com.

<sup>2</sup> Acadêmico de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras do Alto São Francisco (FASF). Endereço eletrônico: mateusha.mha@gmail.com.

criminal dos indígenas deve ser construída e avaliada em sintonia com os elementos culturais que os integram. Em tempo, cabe esclarecer que, nesta pesquisa, os termos “índio”, “indígena” e “povos originários” são tratados como sinônimos, significando natural do lugar onde vive.

**PALAVRAS-CHAVE:** Indígena. Direito Penal. Interculturalismo. Erro de comportamento culturalmente condicionado. Tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos.

### **ABSTRACT**

The present work is erected with the purpose of promoting reflections about the legal-penal treatment applied to the indigenous person in Brazil. The Federal Constitution of 1988 brought mechanisms that sedimented the transition from the integrationist paradigm to the interculturalist paradigm. From such a modification, emanates, in essence, the right of the Indian to be an Indian, which has repercussions, among others, in the criminal field. However, normative references such as the Penal Code and the Indian Statute were not updated in harmony with the new constitutional order. Thus, the parameter of (in)imputability – adopted, predominantly, in cases involving indigenous people – continues to be the most applied by Brazilian judges and courts, subsidized, on several occasions, by criteria that dispense with support tools, such as the anthropological expert report. In view of this, it is questioned, in this research, whether the current Brazilian legal-criminal treatment applied to the indigenous person enables their ethnocultural recognition. On the other hand, due to the consequences of applying the parameter of (in)imputability, the adoption of the criterion of culturally conditioned behavior error in the assessment of the criminal responsibility of the Indian in Brazil is considered. Furthermore, with regard to the gaps that the country's infra-constitutional legislation presents, the conventionalization of law is defended, so that international diplomas, especially Convention 169th of the International Labour Organization, can contribute to the consolidation of the necessary legal certainty and to the concreteness of the right to alterity of these native peoples. As for its general objectives, this research can be classified as exploratory – taking the form of bibliographic research –, inserted in the legal-sociological aspect, since the criminal responsibility of indigenous people must be constructed and evaluated in harmony with the cultural elements that integrate them. In time, it should be clarified that, in this research, the terms “Indian”, “Indigenous” and “original peoples” are treated as synonyms, meaning natural from the place where they live.

**KEYWORDS:** Indigenous. Criminal Law. Interculturalism. Culturally conditioned behavior error. International Human Rights treaties and conventions.

## **1 INTRODUÇÃO**

Este artigo de revisão representa a essência do trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras do Alto São

Francisco (FASF), localizada na cidade de Luz/MG, e tem o intento de analisar o tratamento jurídico-penal das pessoas indígenas no direito brasileiro. O Brasil possui mais de três centenas de etnias indígenas dispostas em seu território, ancoradas em um singular modo de vida em comunidade, cuja cosmovisão os diferencia da sociedade majoritária. Dessa complexa interação entre o índio e o “homem branco”, surgem problemas que envolvem as mais variadas áreas do conhecimento, a exemplo do campo jurídico, mais especificamente a seara penal, que traz à tona a discussão acerca da responsabilização criminal do indígena.

Dentre os fatores que ensejam a pesquisa sobre o tema, destaca-se que a Constituição Federal de 1988 representou um marco no Direito Indigenista, pois rompeu com o histórico modelo que visava à incorporação do indígena ao restante da sociedade e alçou, em âmbito constitucional, um protagonismo jurídico ao índio que fundamenta o seu reconhecimento etnocultural. Entretanto, a legislação infraconstitucional pátria relacionada ao assunto não foi atualizada pelo legislador. Nesse sentido, discute-se se o Estatuto do Índio e o Código Penal possuem a higidez necessária para embasar essas mudanças paradigmáticas, pois obsolescência e omissão, respectivamente, são elementos que têm sido apontados para tais referências normativas.

Ademais, há indicativos de que, na aferição da responsabilização criminal do indígena, o critério da imputabilidade é ainda aplicado de forma majoritária por juízes e tribunais brasileiros, conquanto existam questionamentos realizados por parte da doutrina, que apontam a impropriedade desse parâmetro, no sentido de que o mesmo estaria em dissonância com nova ordem constitucional. Nessa senda, a questão central desta pesquisa pode ser sintetizada na seguinte pergunta: o tratamento jurídico-penal brasileiro vigente aplicado à pessoa indígena possibilita o seu reconhecimento etnocultural?

Analisando os elementos da culpabilidade, de acordo com as diretrizes preconizadas pela doutrina especializada, este estudo objetiva indicar um critério mais adequado ao tratamento jurídico-penal das pessoas indígenas. Nessa esteira, o erro de comportamento culturalmente condicionado será analisado com o objetivo de verificar a sua adequação ao caldo cultural que diferencia o índio do “homem branco”. Além disso, parte desta pesquisa é dedicada ao exame da repercussão dos tratados e convenções internacionais de Direitos

Humanos, sobretudo nos casos em que estes são incorporados ao ordenamento jurídico pátrio.

Para atingir os objetivos propostos, realiza-se uma pesquisa exploratória, que assume a forma de pesquisa bibliográfica, inserida na vertente jurídico-sociológica, uma vez que esta investigação não se restringe ao âmbito interno do Direito. Neste ponto, vale salientar que um tratamento jurídico-penal em sintonia com o reconhecimento etnocultural da pessoa indígena exige uma estreita relação com a comunidade na qual o índio está inserido, a fim de obter elementos acerca da antijuridicidade da sua conduta na perspectiva dos seus próprios costumes, contexto em que assume um papel extremamente relevante o laudo pericial antropológico. Consequentemente, trata-se de pesquisa transdisciplinar, envolvendo estudos concernentes, entre outros, ao Direito, à sociologia e à antropologia. Em tempo, cabe esclarecer que, nesta pesquisa, os termos “índio”, “indígena” e “povos originários” são tratados como sinônimos, significando natural do lugar onde vive.

## **2 O RECONHECIMENTO ETNOCULTURAL DO ÍNDIO: A TRANSIÇÃO DO PARADIGMA INTEGRACIONISTA PARA O PARADIGMA DO INTERCULTURALISMO**

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

O jesuíta, encarregado do ministério da salvação junto aos índios, veio mandado pelo príncipe, irmanado aos homens do governo, aos projetos do governo, à ideologia do governo. Sua salvação vinha do alto, em duas instâncias: a divina e a régia/real. A crença na indissociabilidade das duas moldou os resultados de todo o seu trabalho de evangelização. Deste jesuíta o índio brasileiro não foi interlocutor: não tinha palavra. Diálogo intercultural não houve, nem mesmo se vislumbrava sua possibilidade. Sua pastoral compreendeu postulados totalitários: a ignorância profunda do índio, a substituição de suas crenças e costumes, a intimidação por conceitos doutrinários e pelo recurso à força, incluindo a sujeição; promessas messiânicas e a formação das novas gerações. (PAIVA, 2000, p. 19).

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

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

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

A doutrina integracionista serviu de esteio e influenciou diversas referências normativas no Brasil. O próprio Estatuto do Índio – Lei nº 6.001, de 1973, foi criado sob a égide desse paradigma. O art. 1º da supracitada lei é, em si, contraditório, conforme se verifica: “Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de **preservar**

**a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.”** (BRASIL, 1973, grifo nosso). Há incongruência nesse dispositivo, pois, ao integrar o índio à “comunhão nacional”, ocorrerá, conseqüentemente, a anulação da cultura indígena, e não a sua preservação. Outro ponto desse estatuto que reflete, de forma inequívoca, a proposta da doutrina integracionista é encontrado em seu art. 4º, *in verbis*:

Os índios são considerados: I – Isolados – Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II – Em vias de integração – Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos 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. (BRASIL, 1973).

Ao se fazer uma leitura atenta desse artigo e analisar a maneira como foi realizada a classificação do indígena, percebe-se que a pretensão do legislador era a incorporação desses povos à “comunhão nacional”, à medida que, paulatinamente, ocorresse o seu contato com a sociedade majoritária. Em outras palavras, a ideia era fazer o índio deixar de ser índio.

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

Neste ponto, é importante traçar as diferenças existentes entre multiculturalismo e interculturalismo. Conquanto esses termos pareçam sinônimos, não o são, como explica Heemann:

[...] de suma importância ressaltar a diferença entre o chamado multiculturalismo e o interculturalismo. Embora ambas as concepções reconheçam a existência e a autonomia de diversas culturas, o multiculturalismo representa a multiplicidade de culturas em um determinado locus, reconhecendo, no entanto, uma hegemonia da sociedade majoritária sobre as culturas minoritárias, flertando com o fenômeno denominado por Boaventura de Souza Santos de canibalização cultural. Já o interculturalismo pode ser definido como o contato e o intercâmbio entre culturas em condições de igualdade. É importante ressaltar que tais contatos e experiências não devem ser visualizados unicamente em termos étnicos, mas também como um processo de comunicação e aprendizagem permanente entre pessoas, grupos, conhecimentos, valores e tradições. (HEEMANN, 2017, p. 2).

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

A Constituição Federal de 1988, a despeito das constituições brasileiras anteriores, ficou conhecida por instituir e garantir aos índios importantes direitos, que lhes foram negados desde os primeiros contatos com os europeus. Tem-se, em seu artigo 215, *caput* e § 1º, a ratificação do Estado brasileiro pluriétnico. Em sua essência, esse artigo incentiva e protege o pleno exercício dos direitos culturais, dentre os quais se inclui a cultura indígena. É a garantia de algo que foi arrebatado desses povos por séculos: **o direito do índio de ser índio**. Ademais, foi construído um capítulo especial, denominado “DOS ÍNDIOS”, que, sobretudo, consubstancia o reconhecimento aos indígenas da sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (BRASIL, 1988).

Além disso, na qualidade de tratado internacional, vigora no país a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, que também contribuiu, significativamente, para superação do paradigma integracionista e assunção do paradigma do interculturalismo. Tal convenção possui quilate normativo supralegal e é considerada pela doutrina especializada uma das mais importantes referências ao Direito Indigenista no Brasil, pois visa a combater ações discriminatórias que possam afetar os povos indígenas, bem como assegura que estes contribuam para a tomada de decisões em questões que lhes são afetas. Verifica-se, então, que as referências normativas ora citadas contribuíram para a transição do paradigma integracionista para o paradigma do interculturalismo, que ensejou o **reconhecimento etnocultural dos povos originários**.

Assim, nas últimas décadas, o Direito Indigenista no Brasil foi marcado por um movimento de substituição do paradigma integracionista pelo paradigma do interculturalismo. Aquele vigorou por séculos, desde os primeiros contatos estabelecidos entre os índios e os europeus, e foi, sem dúvida, deletério para os povos originários, em virtude da forma como se desenvolveu. Este, em contrapartida, traz em seu cerne o reconhecimento etnocultural do indígena e garante o direito à alteridade, ou seja, o direito de o índio ser diferente. Logo, é inegável que estudos antropológicos e algumas referências normativas têm contribuído para essa positiva mudança de arquétipo. Todavia, a pergunta que se faz é: essas mudanças paradigmáticas têm sido suficientes para efetivar, na prática, os diversos direitos fundamentais dos índios? Essa é uma importante reflexão.

### **3 A IMPUTABILIDADE: ELEMENTO USUALMENTE EMPREGADO PARA AFERIR A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO ÍNDIO NO BRASIL**

Quanto à seara penal, é importante notar que, em razão do contato interétnico do indígena com a sociedade majoritária, algumas situações podem desencadear condutas praticadas pelos índios que são consideradas infrações penais à luz do Direito Penal brasileiro. Surge, assim, a necessidade de aferição da responsabilidade criminal do índio no Brasil, questão *sui generis*, que gera

calorosos debates na doutrina, acerca de qual critério seria o mais apropriado para o tratamento jurídico-penal desses povos.

A aferição da responsabilidade penal do índio é um tema que exige acuidade do operador do Direito. Segundo Rezende (2010), o Decreto nº 5.484, de 1928, trouxe, pela primeira vez, dispositivos que direcionaram a imputabilidade como preceito a ser adotado em questões penais envolvendo indígenas no país.

Verifica-se, por exemplo, que o legislador, na feitura do Código Penal de 1940, foi completamente omissivo no tocante aos povos originários. Essa omissão, conforme Hungria (1958, p. 336), foi intencional e não por esquecimento. Ao discorrer sobre o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o catedrático jurista esclarece que, à época, a Comissão Revisora entendeu que deveria se evitar uma menção expressa aos silvícolas, com o desiderato de não gerar uma impressão negativa do Brasil por parte dos estrangeiros.

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

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

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

senso moral) **dispensava alusão expressa aos surdos-mudos e silvícolas inadaptados**. (CAMPOS, 1969, p. 129, grifo nosso).

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

A adoção do parâmetro da inimputabilidade foi influenciada, sobremaneira, pelo paradigma integracionista que vigorava no Brasil. Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a transição para o modelo pluralista, paradigma que consagrou importantes direitos aos índios, cujos dispositivos ajudaram nessa manutenção de sua forma de viver. Dessa forma, com o reconhecimento etnocultural do indígena, parte da doutrina tem ponderado se esse critério se afigura como o mais adequado, atualmente, para aferir esse tratamento jurídico-penal. Paschoal é categórica ao se posicionar sobre o parâmetro da inimputabilidade nesses casos:

Daí toda discussão referente a Direito Penal e índio girar em torno da inimputabilidade. Com todo respeito a esse posicionamento, não obstante a intenção seja das melhores (proteger o índio do braço mais forte do Estado, qual seja, o Direito Penal), a meu ver, trata-se de visão desconforme com o basilar princípio de qualquer Estado Democrático de Direito: o da livre determinação dos povos, ou do respeito às diferenças. **Pertencer a uma cultura diferente não significa ser inimputável**. Ter costumes, crenças, hábitos próprios não implica desenvolvimento mental incompleto, ou retardado. O desenvolvimento mental do índio, independentemente de seu estágio de integração à sociedade “branca”, é completo. Tanto que ele é plenamente capaz de aprender as artes da caça, da pesca, de educar seus filhos nos termos da cultura de seu povo, bem como de internalizar os rituais referentes às suas crenças religiosas, sem contar as avançadas técnicas de curas das chamadas, de forma grosseira, sociedades primitivas. (PASCHOAL, 2010, p. 83, grifo nosso).

Outro ponto que vale a pena observar na análise desse critério diz respeito à necessidade do emprego da medida de segurança como consectário da absolvição de um agente em virtude da inimputabilidade. O art. 96 do Código

Penal estabelece como medida de segurança a internação e o tratamento ambulatorial. Tais medidas são impostas ao inimputável por tempo indeterminado e perduram até a cessação de periculosidade, segundo a avaliação da perícia médica. Essa ausência de limite temporal representa, muitas vezes, medida mais gravosa do que a pena. Rezende (2010) salienta que a finalidade, tanto da internação quanto do tratamento ambulatorial, seria o tratamento do inimputável. Logo, considerando-se que o índio possui desenvolvimento mental incompleto em virtude do pouco contato com a sociedade envolvente, essa intervenção objetivará perfazer esse desenvolvimento com a incorporação de valores da sociedade não-índia, uma vez que são fundamentos da doutrina integracionista que influenciaram a escolha de tal critério.

Ademais, é possível pressupor que, nos casos em que o indígena seja absolvido por essa dirimente, ainda exista um laço forte desse indivíduo com a sua comunidade. A absolvição por inimputabilidade estaria, *a priori*, atrelada a alguns critérios, tais como o baixo ou nenhum contato desse agente com as regras estabelecidas pela sociedade nacional. Conseqüentemente, nesses casos, é possível inferir que ainda exista um estreito contato desse indivíduo com os membros de sua etnia. Imagine, então, que esse indivíduo exerça uma função de patriarca em determinada comunidade e seja obrigado a cumprir uma medida de segurança em local distante. É patente que não só esse indivíduo, mas todos os seus pares ficarão prejudicados. No tocante à vida em uma comunidade indígena e às relações sociais ali estabelecidas, Luciano assim as descreve:

Cada povo indígena possui um modo próprio de organizar suas relações sociais, políticas e econômicas – as internas ao povo e aquelas com outros povos com os quais mantém contato. Em geral, a base da organização social de um povo indígena é a família extensa, entendida como uma unidade social articulada em torno de um patriarca ou de uma matriarca por meio de relações de parentesco ou afinidade política ou econômica. São denominadas famílias extensas por aglutinarem um número de pessoas e de famílias muito maior que uma família tradicional europeia. Uma família extensa indígena geralmente reúne a família do patriarca ou da matriarca, as famílias dos filhos, dos genros, das noras, dos cunhados e outras famílias afins que se filiam à grande família por interesses específicos. (LUCIANO, 2006, p. 45).

Além disso, o art. 8º, 1, da Convenção nº 169 da OIT, que versa sobre povos indígenas e tribais, estabelece que, “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989). Esse dispositivo reforça a necessidade de consideração da cultura indígena e, concomitantemente, manifesta a inadequação da utilização do parâmetro da imputabilidade em fatos que envolvam o índio.

Ainda no tocante à aplicação do critério da (in)imputabilidade aos índios, Zaffaroni e Pierangeli fazem duras críticas:

De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que comparte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com a imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica – biologista e racista – já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes. Nada tem de diferente do discurso de justificação, que produziu frequentíssimas destruições de grupos culturais originários e de perseguição religiosa, falando em delírios coletivos frente a atos e cerimônias que jamais compreenderam, e de relações culturais diferenciadas como simples e primitivas, quando a antropologia comparada nos mostra, hoje, a sua enorme complexidade. O homem da civilização industrial inventou, no seu gabinete de elocubração, uma “mentalidade primitiva”, que foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 559).

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

Sujeição do índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal, em geral, inexistindo razão para exames psicológico ou antropológico, se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade, a qual, de resto, nem chegou a ser alegada pela defesa no curso do processo. **Tratando-se, por outro lado, de “índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa” [...].** (BRASIL, 2000, grifo nosso).

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

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

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

Nessa mesma direção, Almeida explana com muita propriedade a necessidade do laudo antropológico, em razão da nova ordem constitucional:

Ora, é evidente que a própria legislação, representada pela sua norma maior, a Constituição Federal estabeleceu o dever de proteção das “manifestações das culturas populares, **indígenas** e afro-brasileiras, e

das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” externadas por suas “formas de expressão” e “modos de criar, fazer e viver.” **O Estado Pluriétnico rompeu, com a Constituição de 1988, a camada do projeto assimilacionista vigente que estabelecia “a integração do índio à comunhão nacional” como atribuição a ser plenamente exercida. É indubitável que cabe aos aplicadores do Direito o contato com as múltiplas identidades que colorem a realidade e não a variedade quase monocromática expressa no índio “aculturado” e no “caboclo”, pintados pelo verniz estatal.** Cabe conhecer os tikuna, os waimiri-atroari, os zoé, os fundos de pasto, as catadoras de babaçu, os pomeranos, os quilombolas e outros tantos e tantos. **Para tal diversidade, necessário auxílio e tradução.** (ALMEIDA, 2015, p. 28, grifo nosso).

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

#### **4 O ERRO CULTURALMENTE CONDICIONADO E A CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO INDÍGENA NO BRASIL**

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

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

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

Essa variedade étnica indígena encontrada no Brasil traz consigo direitos consuetudinários próprios das respectivas culturas, **resultado da diversidade cultural existente no país**. As normas morais presentes internamente nas comunidades indígenas, não se apresentam de forma escrita, mas são leis costumeiras e conhecidas por todos os integrantes do meio em que vivem, **sendo o resultado de culturas que perpassam os anos e continuam vivas em um ordenamento jurídico interno e tácito existente nesses aldeamentos**. (DORNELLES; BRUM; VERONESE, 2017, p. 118, grifo nosso).

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

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

**O erro de conhecimento** se alicerça na falta de noção que o sujeito tem de que sua ação é ilícita e reprovável. Quando invencível, tal erro impede o entendimento da antijuridicidade e tem o efeito de eliminar a culpabilidade. Zaffaroni e Pierangeli classificam o erro de conhecimento em direto e indireto:

O erro que afeta o conhecimento da antijuridicidade pode ser direto quando recai sobre o conhecimento da norma proibitiva (um sujeito ignora que trocar a fechadura de um imóvel para impedir a entrada do legítimo possuidor é delito); ou indireto, quando recai sobre a permissão da conduta podendo consistir na falsa suposição de

existência de um preceito permissivo não reconhecido pela lei (um sujeito crê que se alguém lhe entrega o automóvel para conserto e não o retira dentro de certo prazo por sua própria conta pode vendê-lo, para ressarcir-se do valor do serviço; outro crê que lhe é permitido vender a mercadoria do empregador para cobrar-se dos salários atrasados) [...]. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 552).

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

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

Nessa tragédia clássica, Creonte, rei de Tebas, ordena deixar insepulto o cadáver de Polínice, morto em guerra contra a pátria, isto é, por ter cometido o delito que, hoje, conhecemos como traição à pátria. Antígona, obediente à lei divina, apressa-se a dar sepultura ao cadáver

de seu irmão traidor, sendo surpreendida à noite por agentes de Creonte, e levada à presença deste. Condenada à morte, Antígona enforca-se na gruta em que era mantida prisioneira. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 219).

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

Muito embora exista delito que o silvícola pode entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender, e, em tal caso, não existe outra solução que não a de respeitar a sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões de tipo etnocentrista, que escondem, ou exibem, a pretendida superioridade de nossa civilização industrial, para destruir todas as relações culturais a ela alheias. As disposições da Lei 6.001, de 19.12.1973 (Estatuto do Índio), que mostra uma aparente atitude de benevolência para com o indígena, fazem uma constante referência a sua “integração”, esquecendo-se que o silvícola está integrado, só que está integrado na sua cultura, acerca da qual nós estamos tão desintegrados como ele da nossa. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 559).

No contexto do interculturalismo, edificado pela Constituição Federal de 1988, parte da doutrina tem defendido o critério do erro de proibição,

condicionado por elementos culturais, como o parâmetro mais apropriado para avaliar a responsabilidade criminal do indígena no Brasil.

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

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

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

No sentido do direito penal, “entendimento” é sinônimo de compreensão, não bastando o conhecimento da ilicitude, porque a ilicitude constitui uma valoração, e os valores não são adquiridos pelo conhecimento, mas pela compreensão. **A doutrina chama esta compreensão de “consciência da ilicitude”** (ou da antijuridicidade), muito embora tal denominação não seja exata, porque a lei exige, unicamente, a possibilidade exigível do entendimento da ilicitude. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 532, grifo nosso).

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

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

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

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

No legislativo brasileiro, tramitam dois projetos de lei que visam a substituir o obsoleto Estatuto do Índio vigente (Lei nº 6.001/73). Em ambos, é possível constatar que há intenção do legislador em implementar o critério do erro de proibição no tratamento jurídico-penal dos indígenas. No texto inicial do Projeto de Lei nº 2.057/1991, que dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas, estabelece o art. 90 que “nos processos criminais contra índios, o juiz

ordenará a realização de perícia antropológica, que determinará o grau de consciência da ilicitude do ato praticado, para efeito da aplicação do disposto no Artigo 21 do Código Penal.” (MERCADANTE, 1991). De forma análoga, o texto inicial do Projeto de Lei do Senado nº 169/2016, que dispõe sobre o Estatuto dos Povos Indígenas, institui o art. 151, *caput* e § 1º, que define parâmetros para a responsabilização criminal desses povos, sob o enfoque do erro de proibição e com a exigência de o juiz considerar peculiaridades culturais do réu, consoante se verifica *in verbis*:

Art. 151. Condenado o índio por infração penal cometida contra não-índio, a pena poderá ser atenuada, e na aplicação o **juiz considerará as peculiaridades culturais do réu**. § 1º Nos processos criminais contra índios, o juiz ordenará a realização de perícia antropológica, **a fim de determinar o grau de consciência da ilicitude do ato praticado**, para efeito da aplicação do disposto no art. 21 do Código Penal. [...]. (MOTA, 2016, grifo nosso).

Conquanto os projetos possam ser vistos como um avanço no tratamento jurídico-penal do índio, constata-se, pelo decurso do tempo, a necessidade de maior empenho do legislador nas suas tramitações. O Projeto de Lei nº 2.057/1991, por exemplo, completou mais de três décadas de tramitação.

Apesar de tudo, é possível identificar (ainda que de forma incipiente) decisões judiciais que sustentem o paradigma do interculturalismo. A título de exemplificação, verifica-se na Apelação Criminal julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 3 de março de 2015, uma decisão harmônica com o critério preconizado:

Resta claro, portanto, que o tratamento jurídico-penal dos povos indígenas não pode dar-se através da cláusula do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mas sim, em homenagem ao pluralismo e à diversidade cultural, pautar-se pela eventual incidência do erro de proibição, fundado no condicionamento cultural, justificado pela autonomia e diferença culturais da sociedade brasileira, que exclui, no caso, a possibilidade de conhecimento e de compreensão da antijuridicidade, e, por conseguinte, afasta a culpabilidade do fato. (BRASIL, 2015).

Entretanto, o critério da (in)imputabilidade continua sendo o mais utilizado, hodiernamente, em decisões judiciais prolatadas, inclusive, nos tribunais superiores. Todavia, sob o prisma do interculturalismo, o critério do erro de comportamento culturalmente condicionado se apresenta como um parâmetro

mais adequado no tratamento jurídico-penal dos indígenas, de forma a garantir-lhes o seu reconhecimento etnocultural.

Por outro lado, as lacunas na legislação infraconstitucional pátria repercutem de forma negativa no Direito Indigenista. Vale ressaltar que, sob a égide do interculturalismo, o Estatuto do Índio e o Código Penal não foram atualizados pelo legislador, de forma a promover o adequado tratamento jurídico-penal ao indígena. No entanto, embora seja patente o prejuízo, há, no ordenamento jurídico pátrio, uma forma de suprir as lacunas supracitadas: a convencionalização do direito.

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

No tocante à hierarquia dos tratados internacionais gerais, comparados com as normas domésticas brasileiras, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 não possui nenhum dispositivo expresso que determine essa gradação. Assim, subsidiado pelo art. 102, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988, há, majoritariamente, um entendimento na doutrina de que os tratados internacionais (aqueles que não versem sobre Direitos Humanos) possuem a mesma hierarquia jurídica das leis federais. Todavia, quando se fala em **tratados internacionais de Direitos Humanos**, há novos elementos que ampliam a discussão em torno do matiz que tais diplomas ocupam na pirâmide do ordenamento jurídico pátrio, os quais não serão objeto de discussão neste artigo. A respeito da convencionalização do direito, balizados autores a defendem, a exemplo de Heemann:

Em virtude do seu caráter alográfico, o direito passa atualmente por um estágio de convencionalização, no qual se buscam interpretar as normas domésticas à luz dos tratados internacionais. No âmbito do Direito dos Povos Indígenas, o movimento de interpretação das normas domésticas com base nos tratados e nas convenções internacionais

ratificados pelo Estado brasileiro é ainda mais forte e visível, visto que a principal norma acerca da matéria no Brasil foi editada há mais de quarenta anos. Ora, é evidente que, com o passar do tempo, toda e qualquer legislação interna acaba se tornando obsoleta, devendo, por isso, ser atualizada pelo Poder Legislativo. Ocorre que, no âmbito do Direito dos Povos Indígenas, o legislador brasileiro parece não demonstrar interesse ou preocupação em corrigir as assimetrias e as lacunas ocasionadas pelo decurso de mais de quatro décadas da edição do Estatuto do Índio. Desse modo, não restou outra opção aos aplicadores do direito senão se valer dos tratados e das convenções de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, para corrigir as assimetrias causadas ao Direito dos Povos Indígenas pela inércia do legislador brasileiro. (HEEMANN, 2017, p. 7).

Apenas a título de exemplificação – e no afã de demonstrar a aplicação da convencionalização do direito –, verifica-se que o art. 56, *caput*, do Estatuto do Índio estabelece que, “no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação **o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.**” (BRASIL, 1973, grifo nosso). Ora, a definição de graus de integração do indígena remete à doutrina assimilacionista, paradigma superado pela Carta Constitucional de 1988. Em contrapartida, o art. 10, 1, da Convenção nº 169 da OIT assim dispõe: “Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, **deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.**” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989, grifo nosso). Dessa forma, é possível constatar que o dispositivo convencional evidenciado, que possui quilate normativo supralegal, está em consonância com a doutrina interculturalista.

Portanto, considerando as lacunas da legislação doméstica brasileira no tratamento jurídico-penal do índio, é imperativo que os tratados e convenções internacionais que repercutem no Direito Indigenista ocupem o espaço necessário para a materialização dos direitos desses povos. Assim, faz-se mister que todos os envolvidos (advogados, promotores, juízes etc.) se balizem nesses diplomas internacionais, de modo a suprir esse hiato jurídico. Movimento que, frise-se, ainda se desenvolve de forma tímida no Brasil.

## 5 CONCLUSÃO

Neste estudo, percebeu-se que o Brasil possui uma pluriétnicidade indígena, sendo que parte considerável desses povos interage com a sociedade brasileira envolvente. Dessa relação, inexoravelmente, advêm repercussões na esfera jurídica que motivaram a análise do tratamento jurídico-penal dessas pessoas no direito pátrio.

Verificou-se que, de fato, a Constituição Federal de 1988 rompeu com a doutrina assimilacionista, que buscava integrar os índios, “progressiva e harmoniosamente à comunhão nacional”, e adotou a doutrina pluralista, no afã de reconhecer o Brasil como um país pluriétnico e intercultural. Todavia, confirma-se a hipótese, no tocante às lacunas presentes na legislação infraconstitucional pátria, que acarretam um tratamento jurídico-penal aos povos originários dissonante do reconhecimento etnocultural preconizado pela nova ordem constitucional. Nesse sentido, o Código Penal e o Estatuto do Índio não possuem uma higidez que garanta a segurança jurídica nos procedimentos que envolvem os índios. Enquanto o Código Penal é omissivo no tocante à temática, o Estatuto do Índio traz dispositivos discrepantes do modelo vigente, o interculturalista.

Em compensação, vislumbrou-se a importância da utilização dos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, em especial, a Convenção nº 169 da OIT, que foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Tal diploma internacional, que possui quilate normativo supralegal, não apenas pode, mas deve contribuir para suprir as lacunas da legislação infraconstitucional doméstica. Somando-se a isso, as atualizações legislativas, se ocorrerem, significarão um grande avanço.

No tocante à resposta ao problema, o tratamento jurídico-penal brasileiro aplicado à pessoa indígena ainda não possibilita o seu reconhecimento etnocultural. Isso porque o critério da (in)imputabilidade ainda é utilizado de forma preponderante por juízes e tribunais, em casos que envolvem indígenas. Nesse sentido, argumenta-se que tal parâmetro é inadequado, pois a (in)imputabilidade do indígena é estribada na ideia de desenvolvimento mental incompleto desses povos, e a completude desse desenvolvimento é firmada com a incorporação dos valores inerentes à sociedade majoritária, em detrimento

daqueles atinentes à cosmovisão indígena. Ou seja, de tal critério, emanam princípios da doutrina integracionista.

Por essa razão, propõe-se a adoção do erro de comportamento culturalmente condicionado, por ser o mais apropriado para a aferição da responsabilidade criminal da pessoa indígena, visto que a consideração do elemento cultural é um ponto fundamental nesse *standard*. Embora valha salientar que é um critério ainda pouco utilizado por juízes e tribunais brasileiros, a sua adoção sem a necessidade de alteração legislativa é perfeitamente adequada, pois o erro de comportamento culturalmente condicionado configura uma espécie do erro estabelecido no Código Penal pátrio. Destarte, se o índio praticou uma conduta considerada ilícita – de acordo com as regras da sociedade envolvente –, porém consonante com os valores inerentes à sua comunidade – nos moldes explicados neste artigo –, não há que se falar em pena, por estar ele amparado pela exculpante supracitada.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas corpus nº 79.530/PA**. Índio integrado à comunhão nacional. Condenação pelo crime do art. 213 do Código Penal. [...]. Relator: Min. Ilmar Galvão, 25 fev. 2000. Brasília: STF, 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78092>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (7. Turma). **Apelação criminal nº 5003891-29.2014.4.04.7008/PR**. Penal. Arts. 129, *caput*, e 329, *caput*, ambos do Código Penal. [...]. Relator: Des. Márcio Antônio Rocha, 3 mar. 2015. Porto Alegre: TRF4, 2015. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=7334804](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7334804). Acesso em: 10 out. 2021.

CAMPOS, Francisco Luís da Silva. Exposição de motivos do Código Penal de 1940. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, p. 120-153, out./dez. 1969. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 set. 2021.

CARVALHO, Isadora Chaves. A culpabilidade do indígena e o erro culturalmente condicionado. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5.568, 29 set. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69164>. Acesso em: 8 out. 2021.

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

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

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

HEEMANN, Thimotie Aragon. Por uma releitura do direito dos povos indígenas: do integracionismo ao interculturalismo. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, v. 109, n. 1, p. 1-14, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/164>. Acesso em: 29 ago. 2021.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958. v. 1.

INTEGRACIONISMO. *In*: MEU DICIONÁRIO.ORG. **Dicionário online**. [S. l.]: MEU DICIONÁRIO.ORG, 2021. Disponível em: <https://www.meudicionario.org/integracionismo>. Acesso em: 30 ago. 2021.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em:

[http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/indio\\_brasileiro.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/indio_brasileiro.pdf). Acesso em: 21 set. 2021.

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

MERCADANTE, Aloizio. **Projeto de Lei nº 2.057, de 1991**. Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas. Brasília: Câmara dos Deputados, 23 out. 1991. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>. Acesso em: 26 ago. 2021.

MOTA, Telmário. **Projeto de Lei do Senado nº 169, de 2016**. Dispõe sobre o Estatuto dos Povos Indígenas. Brasília: Senado, 19 abr. 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125563>. Acesso em: 09 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das nações unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Rio de Janeiro: UNIRIO, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169, de 27 de junho de 1989**. Dispõe sobre povos indígenas e tribais. Genebra: OIT, 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72). Acesso em: 22 ago. 2021.

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

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

PERU. **Decreto Legislativo nº 635, de 1991**. Código Penal del Perú. Lima: Congreso de la República, 1991. Disponível em: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL\\_actualizado\\_16-09-2018.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf). Acesso em: 08 out. 2021.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio**: tratamento jurídico-penal. Curitiba: Juruá, 2010.

WAGNER, Daize Fernanda. Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil: paradoxos insustentáveis. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 123-147, jan./abr. 2018. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/74844/71675>.  
Acesso em: 02 set. 2021.

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