

GUILHERME MADI REZENDE

CRITÉRIOS PARA O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ÍNDIO

MESTRADO EM DIREITO

PUC/SP

São Paulo, 2005

GUILHERME MADI REZENDE

CRITÉRIOS PARA O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ÍNDIO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para a obtenção do título de mestre em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Dirceu de Mello.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo, 2005

Banca examinadora:

Para Luciana, minha mulher, e para os meus pais e irmãos,
que sempre me incentivaram e souberam fazer com que eu
internalizasse o estudo como um valor a ser cultivado.

Agradeço ao Professor Doutor Dirceu de Mello, meu orientador, pela dedicação e paciência com que me conduziu ao longo dos últimos anos. Agradeço também a todos que colaboraram com a sua amizade e compreensão para que este objetivo pudesse ser alcançado.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo verificar se o critério da inimputabilidade, adotado para o tratamento jurídico-penal do índio no Brasil se afigura como a opção mais acertada, ou se há outros critérios que possam ser aplicados de forma mais adequada.

Para tanto, o trabalho aborda inicialmente o conceito de índio, identificando-o a partir de uma breve exposição acerca das diferenças culturais que são comuns aos diversos povos indígenas e que, ao mesmo tempo, contrastam com os demais integrantes da sociedade brasileira.

Em seguida o trabalho traça um histórico legislativo acerca do tratamento dado ao índio no Império, no Brasil Colônia, na República, chegando até os dias atuais em que o trabalho menciona dois diferentes aspectos: o direito dos povos indígenas à sua própria jurisdição e, de forma mais específica, o critério da inimputabilidade, adotado pela legislação brasileira para o tratamento jurídico-penal do índio.

O trabalho refere-se ao Projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados. A Jurisprudência brasileira também é abordada através de uma amostra não sistemática dos julgados que cuidam do tema.

No tópico posterior o trabalho aborda os diferentes critérios propostos pela doutrina para o tratamento jurídico-penal do índio, em especial os critérios da inimputabilidade, da individualização da pena considerando-se especificamente o fato do agente ser índio e o

critério do erro de proibição e do erro de compreensão culturalmente condicionado.

O Direito Comparado é tratado a partir da análise dos Códigos Penais de alguns países Latino-Americanos, com especial atenção ao Peru, Bolívia, Colômbia e México, que trazem dispositivos específicos acerca do índio.

Em seguida, o trabalho estuda os critérios da inimputabilidade, fazendo antes uma breve exposição sobre a imputabilidade penal, do erro, e do erro culturalmente condicionado.

Ao final, o trabalho propõe como uma solução possível, partindo da mesma premissa de que parte a doutrina do erro culturalmente condicionado, o tratamento jurídico-penal do índio através de uma eventual causa excludente de culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa, sempre que, no caso concreto, não se puder exigir do índio, em razão de seus valores culturais já internalizados, que atue de maneira conforme a norma penal violada.

ABSTRACT

The aim of this dissertation is to verify whether the non-imputability criterion adopted for the legal penal treatment of Brazilian Indians is the best option available or whether there are other criteria which may be applied more appropriately in this case.

For such purpose, this dissertation starts by examining the concept of being an Indian, which is analyzed with basis on a brief description of the cultural differences common to the various Brazilian Indian peoples, but which contrast with the cultural standards of the other members of Brazilian society.

Next, the dissertation traces a historical account of the legal treatment given to Brazilian Indians in Colonial, Imperial and Republican Brazil, which extends to the present time to mention two different aspects: the right of Indian peoples to a jurisdiction of their own and, more particularly, the non-imputability criterion adopted by Brazilian law for the penal treatment of Indian people.

This work refers to the Bill under procedure at the House of Representatives. There is also reference to Brazilian jurisprudence by means of a non-systematic sample of the judgments concerning the matter.

In the next topic, the dissertation discusses the different criteria proposed by the doctrine for the legal penal treatment of Indian people, specially the criteria of non-imputability, of the individualization of the sentence — specifically considering the fact

that the agent is a native Brazilian — and the criterion of the culturally conditioned. mistake of law

Comparative Jurisprudence is addressed based on the analysis of the Penal Codes of some Latin American countries, with special attention to Peru, Bolivia, Colombia and Mexico, which present specific provisions concerning Indian people.

After that, the dissertation studies the non-imputability criteria, starting with a brief description of criminal imputability, mistake and culturally conditioned mistake.

At the end, based on the premise that founds the doctrine of culturally conditioned mistake, this dissertation proposes as a possible solution the penal treatment of indigenous people through an eventual exculpatory cause, the non-requirement of diverse conduct, whenever one cannot require from the native Brazilians, due to their already internalized cultural values, in a concrete case, to act in accordance with the violated criminal law.

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. ÍNDIO.....	12
2.1. Definição de índio.....	12
2.2. Diferenças culturais.....	13
3. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DA QUESTÃO INDÍGENA NO BRASIL.....	16
3.1. Período colonial.....	16
3.2. Império.....	19
3.3. República.....	21
4. SITUAÇÃO ATUAL DO ÍNDIO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	27
4.1. Reconhecimento de jurisdição própria para o julgamento dos conflitos entre povos indígenas.....	27
4.2. Os critérios adotados pela legislação brasileira para o tratamento penal do índio.....	30
5. O PROJETO DE LEI EM TRAMITAÇÃO.....	34
6. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	39
7. CRITÉRIOS PARA O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ÍNDIO.....	44
7.1. O critério da inimputabilidade.....	45
7.2. O critério da análise da personalidade para a individualização da pena..	47
7.3. O critério do erro.....	48
8. DIREITO COMPARADO.....	51
8.1. Peru.....	51
8.2. Bolívia.....	53
8.3. Colômbia.....	55
8.4. México.....	56
9. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRITÉRIO DA INIMPUTABILIDADE.....	57
9.1. Imputabilidade.....	57
9.1.1. Critérios legislativos para o tratamento da imputabilidade.....	62
9.1.2. Doença mental.....	63
9.1.3. Desenvolvimento mental incompleto ou retardado.....	64
9.1.4. Conseqüências do reconhecimento da inimputabilidade.....	66
9.1.5 Semi-imputabilidade.....	67
9.1.6 Conseqüências do reconhecimento da semi-imputabilidade.....	69
9.2 Críticas ao critério da inimputabilidade para o tratamento jurídico-penal do índio no Brasil.....	70

10. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRITÉRIO DO ERRO.....	80
10.1. Erro.....	81
10.1.2. Erro de proibição.....	82
10.1.3 Conseqüências do erro de proibição.....	84
10.1.4. Erro culturalmente condicionado.....	85
10.1.5. Críticas ao critério do erro para o tratamento jurídico-penal do índio..	89
11. ALTERNATIVAS POSSÍVEIS.....	97
11.1. Inexigibilidade de conduta diversa.....	98
11.1.1. Causas legais de inexigibilidade de conduta diversa.....	99
11.1.2 Causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.....	103
11.1.3 O critério da inexigibilidade de conduta diversa para o tratamento jurídico-penal do índio.....	107
12. CONCLUSÃO.....	116
BIBLIOGRAFIA.....	119

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo VIII, cuida dos direitos dos índios, reconhecendo, no artigo 231, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, determinando a competência da União para demarcá-las e para proteger e fazer respeitar seus bens. O artigo 232, por sua vez, garante a legitimação dos índios, suas comunidades e organizações para o ingresso em juízo em defesa de seus direitos e interesses. De outro lado, o artigo 215, parágrafo primeiro, da Carta estabelece o dever do Estado de proteger as manifestações das culturas indígenas.

Assim, à luz da Constituição, conforme Ana Valéria Nascimento Araújo Leitão¹, os povos indígenas deixaram de ser considerados culturas em extinção, fadadas à incorporação na chamada comunhão nacional, nos moldes do que sempre fora o espírito a reger a legislação brasileira desde o início da colonização.

A política assimilacionista, segundo a qual, no decorrer do tempo, os índios iriam sendo integrados à comunhão nacional, cede espaço para uma política de respeito e garantia à diversidade cultural, mais plausível para um Estado que se pretende democrático e pluralista.

Esta mudança de enfoque condiz com a realidade em que se verificou nos últimos 25 anos, segundo dados mencionados pelo Instituto Socioambiental, crescimento

¹ LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos de seu reconhecimento. *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 228.

vegetativo da população indígena, estimada, atualmente em cerca de 350 mil habitantes. São 216 povos, dos quais somente 33 não falam a sua língua original e sim a língua portuguesa. Há evidências de 42 povos que vivem isolados, sem contato com a civilização brasileira, nos estados de Goiás, Acre, Amazonas, Amapá, Maranhão, Mato-Grosso, Pará, Rondônia e Roraima².

Esta nova política expressa na Constituição deve ecoar por toda a legislação infraconstitucional, produzindo efeitos inclusive no âmbito do direito penal, que já não pode tratar o índio como um ser tendente a ser integrado à comunhão nacional, mas sim como um ser pertencente a culturas, em muitos aspectos diferentes daquelas dos demais membros da sociedade nacional, mas que igualmente merecem ser respeitadas.

O direito penal deve buscar critérios para o tratamento jurídico-penal do índio que deixem de lado a premissa da superioridade da sociedade não-índia e que, num plano igualitário, de respeito à diversidade cultural, levem em consideração suas peculiaridades, reconhecendo-as como algo respeitável e constitucionalmente protegido.

Neste contexto, este trabalho busca, a partir da análise de alguns critérios utilizados para o tratamento jurídico-penal do índio, e da proposta de outro critério possível, contribuir de alguma forma para o debate deste tema que se afigura importante.

² “Como não há um censo indígena no Brasil, os cálculos globais têm sido feitos – seja pelas agências governamentais (Funai ou Funasa), pela Igreja Católica (CIMI) ou pelo ISA – com base numa colagem de informações heterogêneas, que apontam para estimativas globais entre 350 e 500 mil” in *Povos Indígenas no Brasil*, 1996/2000, Instituto Socioambiental.

2. ÍNDIO

O primeiro passo para tratar do tema objeto deste estudo é a definição do que se entende por índio, bem como uma breve análise de suas particularidades, características que justificam sua eventual diferenciação do indivíduo não-índio, para fins de tratamento do direito penal.

2.1. Definição de índio

Índio, segundo o dicionário Laudelino Freire, é o aborígine da América³, isto é, o habitante originário da América.

O vocábulo índio e o seu plural índios podem ser encontrados em diversos dispositivos da legislação brasileira, entre eles, vale citar a Constituição Federal em seu Capítulo VIII, intitulado “dos índios”, bem como a Lei 6.001/73, denominada Estatuto do Índio.

Também o vocábulo silvícola é utilizado pela legislação brasileira como sinônimo de índio.

A Lei 6.001/73 cuida de definir índio como sendo “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”.

³ FREIRE, Laudelino. *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, vol III, p. 2955.

Traço próprio do índio é, pois, a sua pertença a um grupo étnico com características culturais diferentes das dos demais indivíduos que compõem a sociedade nacional, tratados, neste trabalho, como não-índios.

2.2. Diferenças culturais

Há diferenças culturais seja entre os povos indígenas em relação à sociedade não indígena, seja em relação aos próprios povos indígenas entre si, de modo que, para um estudo de cunho antropológico, pode parecer um erro a generalização de todos os povos indígenas.

Todavia, para este estudo não se faz imprescindível uma análise específica das diferentes culturas dos diversos povos indígenas, mas tão-somente uma demonstração de que, para além destas diferenças, há aspectos mais ou menos comuns a todas elas e que são marcadamente diferentes daqueles relativos às culturas não indígenas, de forma que, o que se pretende aqui é, sucintamente, traçar alguns aspectos comuns às diversas culturas indígenas que as diferenciam daquelas não indígenas.

Segundo Omar Ribeiro Thomaz⁴, os povos indígenas não constituem um todo homogêneo, mas são marcados pelas particularidades culturais de cada povo, embora haja uma série de características que os aproximem em contraposição à sociedade não índia.

⁴ THOMAZ, Omar Ribeiro. A Antropologia e o Mundo Contemporâneo: Cultura e Diversidade in *A Temática Indígena na Escola*, org. SILVA, Aracy Lopes da. e GRUPIONI, Luis Donisete Benzi, Brasília: Ministério da Educação e Cultura, 1995, p. 426.

Também para Luis Donisete Benzi Grupioni⁵ as sociedades indígenas compartilham de um conjunto de traços e elementos básicos, que são comuns a todas elas e as diferenciam da sociedade não indígena. A lógica e o modelo de sociedade compartilhado pelos povos indígenas são diferentes do adotado pela sociedade não indígena. Segundo o mencionado autor, as sociedades indígenas são sociedades igualitárias, não estratificadas em classes sociais e sem distinções entre possuidores de meios de produção e possuidores de força de trabalho, são sociedades que se reproduzem a partir da posse coletiva da terra e dos recursos nela existentes e da socialização do conhecimento básico indispensável à sobrevivência física e ao equilíbrio sócio-cultural de seus membros.

Washington Novaes⁶, trabalhando como jornalista, conviveu com diversos povos indígenas brasileiros e aponta uma série de aspectos culturais comuns a estes povos e que os diferenciam da sociedade não indígena. Inicia sua narrativa contando que a organização política de muitos povos indígenas é marcada pela ausência de delegação de poderes, isto é, os indivíduos não delegam poder ao chefe que, bem por isso, não manda, apenas representa a tradição e a cultura, sendo depositário de experiência, lhe cabe dar conselhos, mas não ordens. Diz ainda o indigitado autor que nestes povos indígenas as relações entre os indivíduos são igualitárias, as informações são abertas, sendo que ninguém delas se apropria para transformá-las em poder político ou econômico.

O supracitado autor conta, ainda, que a relação desses povos indígenas com a terra

⁵ GRUPIONI, Luis Donisete Benzi. *As Sociedades Indígenas no Brasil Através de uma Exposição Integrada, Índios no Brasil*, org. GRUPIONI, Luis Donisete Benzi. Brasília: Ministério da Educação e do Desporto, 1994, p. 18.

⁶ NOVAES, Washington. *O Índio e a modernidade*. In: GRUPIONI, Luis Donisete Benzi (org.). *Índios no Brasil*. Brasília: Mec, 1994. p. 182.

não costuma ser uma relação patrimonial, a terra é coletiva e os indivíduos raramente trabalham para produzir excedentes comerciáveis, sendo que sequer circula dinheiro entre eles.

Também as relações intrafamiliares dos povos indígenas são bastante diferentes das da sociedade não indígena. Inúmeros relatos dão conta de que a monogamia não é o regime familiar adotado em grande parte dos casos. Mesmo quando este é o regime adotado não há, ou há poucos, empecilhos a separações e novos casamentos. A criação dos filhos em muitos casos não é tarefa exclusiva dos pais, mas de todo o povo.

A relação dos povos indígenas com o sobrenatural, com os mitos e tabus, os seus rituais, seu modo de se vestir, de se pintar, de se alimentar, de curar as doenças, são marcadamente diferentes das sociedades não indígenas e denotam uma outra forma de compreender o mundo.

Enfim, há uma série de aspectos culturais próprios dos povos indígenas que contrastam com aspectos das sociedades não indígenas. Todos estes aspectos estão permeados por valores que são adquiridos pelos indivíduos e lhes norteiam a forma de conduzir a sua vida.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DA QUESTÃO INDÍGENA NO BRASIL

3.1. Período colonial

Beatriz Perrone-Moisés⁷ faz um inventário da legislação indigenista entre os anos de 1500 e 1800, no qual, entre Regimentos, Alvarás, Leis, Cartas, há um elenco de aproximadamente mil disposições. Não é objetivo deste trabalho a análise destas disposições, mas tão-somente uma visão geral de como os índios eram tratados no período colonial.

A obra de Hans Staden⁸, publicada em meados do século XVI, deixa entrever que havia desde os primeiros anos do descobrimento, em relação aos europeus, índios amigos e inimigos, que também o eram entre si. O autor, alemão que veio ao Brasil em expedições marítimas, passou um tempo entre os índios Carijós, aliados dos espanhóis, fazendo-os plantar mandioca para o mantimento das embarcações que por ali passavam; depois viveu em um povoado português, aliado dos índios Tupiniquins; até que foi aprisionado pelos índios Tupinambás, que viviam um pouco mais ao norte e que eram inimigos dos portugueses, dos Tupiniquins e dos Carijós, e comiam carne humana.

Ao comentar a legislação e a política indigenista do período colonial, Beatriz Perrone-Moisés⁹, afirma ser a mesma, a princípio, contraditória e oscilante, na medida em que por vezes determina o aprisionamento e a manutenção de índios em cativeiro, e por

⁷ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Inventário da Legislação Indigenista. *História dos Índios no Brasil*, org. CUNHA, Manuela Carneiro da. São Paulo: Companhia das Letras, p. 529-588.

⁸ STADEN, Hans. *A Verdadeira História dos Selvagens Nus e Ferozes Devoradores de Homens*, trad. SUSSEKIND, Pedro, Rio de Janeiro: Dantes Livraria Editora, 1999.

⁹ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios Livres e Índios Escravos, Os Princípios da Legislação Indigenista no Período Colonial, *História dos Índios no Brasil*, ob. cit. p. 116-132.

outras, busca restaurar-lhes a liberdade, citando, neste sentido, três grandes leis de liberdade absoluta em 1609, 1680 e 1755.

Manuel Miranda e Alípio Bandeira, em memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena, ao analisarem as disposições relativas ao tratamento dado aos índios no período colonial, demonstram a ocorrência destas contradições, ora impedindo o aprisionamento e a escravidão dos índios, ora legitimando esta situação. Abaixo, a transcrição de um trecho que bem demonstra isso:

A provisão de 9 de março de 1718, tomada por J. F. Lisboa e Perdigão Malheiro como tipo de legislação hesitante e contraditória de Portugal em relação aos índios, principiava reconhecendo a liberdade e terminava recomendando a servidão. Enquanto afirmava que, sendo os índios ‘livres e isentos da jurisdição de El-Rei não podiam ser obrigados a deixar suas terras para tomar um modo de vida que não lhes agradasse’ declarava, absurdamente, que os que andassem nus, atropelassem as leis da natureza, não reconhecessem rei nem governador, etc., esses podiam baixar à força, somente não se devendo fazer-lo tanto a força que houvesse morte.¹⁰

Estas contradições, segundo Beatriz Perrone-Moisés¹¹, quando bem analisadas, mostram que havia duas linhas de política dirigidas aos índios, uma voltada aos índios aldeados e aliados, e outra aos inimigos, gentios bravos espalhados pelos sertões.

Aos índios aldeados, que eram os aliados, era garantida a liberdade durante todo o período colonial, cabendo-lhes trabalhar em troca de recompensas, além de defender as vilas e plantações do ataque de gentios e estrangeiros. Para a defesa de seus direitos eram nomeados procuradores, a quem cabia “requerer a justiça por quem não a pode requerer

¹⁰ MIRANDA, Manuel e BANDEIRA, Alípio. Memorial Acerca da Antiga e Moderna Legislação Indígena, *Textos Clássicos Sobre os Direitos e os Povos Indígenas*, org. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés, Curitiba: Juruá, 1992, p. 35.

¹¹ PERRONE-MOISES, Beatriz, Beatriz. Índios Livres e Índios Escravos, Os Princípios da Legislação Indigenista no Período Colonial, *História dos Índios no Brasil*, ob. cit. p. 117.

por si”¹².

Já os gentios bravos, índios inimigos, eram escravizados nas guerras justas, assim chamadas aquelas motivadas pela recusa à conversão ou o impedimento de propagação da fé, a prática de hostilidades contra vassalos e aliados dos portugueses e a quebra de pactos celebrados. E, uma vez escravizados, tinham os mesmos direitos e tratamento destinados aos escravos negros.

O trecho abaixo transcrito, extraído da supracitada obra de Manuel Miranda e Alípio Silveira, bem demonstra, já quase no final do período colonial, este modo de tratamento do índio não aldeado:

Na carta régia de 13 de maio de 1808, mandando ao Governador de Minas-Gerais que ‘fizesse guerra aos Botocudos, tal é a aspereza dos conceitos, tal a vivacidade da frase e tais os pormenores no aconselhar o extermínio, que nada distingue os processos preferidos então dos adotados pelo mais vigoroso ódio pessoal. É esta a impressão que fica da leitura desse triste documento em que assim fala o governo: desde o momento em que receberdes esta minha carta deveis considerar como principiada contra estes índios antropófagos uma guerra ofensiva que continuareis sempre em todos os anos na estação da seca e que não terá fim senão quando tiverdes a felicidade de vos senhorear de suas habitações, etc.’ Dividindo em seis distritos ‘todo o terreno infestado pelos índios Botocudos’ mandou a carta régia dar a cada distrito um comandante, cujos vencimentos seriam regulados pelo seguinte princípio: ‘que terá mais meio soldo aquele comandante que no decurso de um ano mostrar não somente que no seu distrito não houve invasão alguma dos índios Botocudos, nem de outros quaisquer índios bravos de que resultasse morte de português, ou destruição de suas plantações, mas que aprisionou e destruiu no mesmo tempo maior número do que qualquer outro comandante’.

E depois desse convite direto à chacina remunerada, determina que os índios aprisionados sejam dados aos respectivos comandantes por 10 anos e ‘todo o mais tempo que durar sua ferocidade, podendo empregá-los em serviços particulares durante esse tempo e conservá-los com a devida segurança, mesmo em ferro’¹³

¹² Idem, p. 121.

¹³ MIRANDA, Manuel e BANDEIRA, Alípio. Memorial Acerca da Antiga e Moderna Legislação Indígena, *História dos Índios no Brasil*, ob. cit. p. 40.

Estas poucas considerações já são suficientes para se ver que desde o descobrimento havia índios aldeados e aliados, que se deixavam catequizar e trabalhavam para os colonizadores para, em troca, receberem algo em pagamento e a garantia de respeito aos seus direitos, tendo, inclusive, procuradores nomeados para lhes defender; e índios inimigos, gentios bravos, que eram, em boa parte, capturados nas chamadas guerras justas e escravizados.

3.2 Império

Se durante os primeiros séculos da colonização o índio constituía importante mão-de-obra, tanto para o trabalho como para a guerra, no Império a questão indígena fica adstrita basicamente ao problema das terras ocupadas. Debate-se, então, segundo Manuela Carneiro da Cunha¹⁴, se se devem exterminar os índios bravos, “desinfestando” os sertões, ou se cumpre civilizá-los e incluí-los na sociedade.

Os índios eram subdivididos em bravos e domesticados.

A inclusão e civilização do índio bravo parece ter sido a opção. Apesar da Constituição de 1824 não fazer referência ao índio, o projeto da Constituinte de 1823, segundo notícia a supracitada autora, continha determinação para que fossem criados estabelecimentos para a catequese e civilização dos índios, emancipação lenta dos negros, e sua educação religiosa e industrial.¹⁵ José Bonifácio apresentou à Comissão de Colonização e Catequização projeto denominado: Apontamentos para a Civilização dos

¹⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política Indigenista no Século XIX, *História dos Índios no Brasil*, ob. cit. p. 134.

¹⁵ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos do Índio*, São Paulo: ed. Brasiliense, 1987 p. 65.

Índios Bárbaros do Império do Brasil, em que uma das propostas era a compra de suas terras e não o esbulho.

Se o índio bravo precisava ser catequizado, o índio já domesticado, todavia, apesar de assimilado não era considerado cidadão brasileiro. Manuela Carneiro da Cunha traz o seguinte trecho de discurso do deputado Montesuma que, segundo ela, representava a opinião geral: “os índios não são brasileiros no sentido político em que se toma; eles não entram conosco na família que constitui o império”¹⁶.

Manuel Miranda e Alípio Silveira noticiam que a lei de 27 de outubro de 1831 exonerava de servidão todos os índios e mandava considera-los órfãos. Concluem os autores:

(...)estava assim legalmente definida a situação jurídica do aborígine brasileiro, considerado como órfão, com todos os resguardos que a ordenação do livro um, título 88, assegura a esta classe de tutelados, e com diversas disposições especiais relativas à administração de seus bens.¹⁷

Na esteira do pensamento integracionista, vale ainda destacar o regulamento de 1845 que trazia uma série de medidas tendentes a proteger e incluir o índio. Oliveira Sobrinho¹⁸ menciona, dentre outras, a criação de escolas para os índios, a promoção de casamentos dos índios, seja entre eles, seja com pessoas de outras raças, a determinação para a realização de festas civis pomposas e com músicas a fim de tentar atrair o interesse indígena, a distribuição de remédios.

¹⁶ Idem, p. 64

¹⁷ MIRANDA, Manuel e BANDEIRA, Alípio. Memorial Acerca da Antiga e Moderna Legislação Indígena, *História dos Índios no Brasil*, ob. cit., p. 45.

¹⁸ SOBRINHO, Oliveira. O Silvícola Brasileiro e a Legislação Pátria. O Decreto Legislativo 5484 de 1928, *Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas*, ob. cit. p. 109-111.

3.3 República

A exemplo da Constituição do Império, a Primeira Carta da República não fez nenhuma referência à questão indígena, o que não quer dizer que o tema não fosse objeto de discussão.

Manuela Carneiro da Cunha noticia proposta apresentada pelo Apostolado Positivista à Constituinte de 1890, segundo a qual se reconhecia a soberania das nações indígenas. Segundo a autora, nos termos do projeto, seria assim o primeiro artigo da Carta:

Art. 1º A República dos Estados Unidos do Brasil é constituída pela livre federação dos povos circunscritos dentro dos limites do extinto Império do Brasil. Compõe-se de duas sortes de estados confederados, cujas autonomias são igualmente reconhecidas e respeitadas segundo as fórmulas convenientes a cada caso, a saber:

I. Os Estados Ocidentais Brasileiros sistematicamente confederados e que provêm da fusão do elemento europeu com o elemento africano e o americano aborígine.

II. Os Estados Americanos Brasileiros empiricamente confederados, constituídos pelas ordas fetichistas esparsas pelo território de toda a República. A federação deles limita-se à manutenção das relações amistozas hoje reconhecidas como um dever entre nações distintas e simpáticas, por um lado; e, por outro lado, em garantir-lhes a proteção do Governo Federal contra qualquer violência, quer em suas pessoas, quer em seus territórios. Estes não poderão jamais ser atravessados sem o seu prévio consentimento pacificamente solicitado e só pacificamente obtido.¹⁹

Essa proposta, no entanto, “tão humanitária e generosa quanto reparadora e justa”, nas palavras de Manuel Miranda e Alípio Bandeira, “perdeu-se no meio da indiferença geral”²⁰.

¹⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos do índio*, ob. cit. p. 71-72

²⁰ MIRANDA, Manuel e BANDEIRA, Alípio. Memorial Acerca da Antiga e Moderna Legislação Indígena, *História dos Índios no Brasil*, ob. cit., p. 50.

A questão voltou à tona logo em seguida, no início do século XX quando von Ihering, então diretor do museu paulista, conforme noticia Manuela Carneiro da Cunha, “defendera o extermínio dos índios que resistissem ao avanço da civilização”.²¹

Em resposta, em 1910, pelo decreto 8.072, foi criado o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais, cuja ideologia, conforme se extrai da Exposição de Motivos, seria: “Não aldear, nem pretender governar as tribos; deixá-las com seus costumes, sua alimentação, seu modo de vida”.

O Código Civil de 1916 considerava o índio relativamente incapaz. O parágrafo único do artigo 6º dava o tom da doutrina integracionista: “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em lei e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país”.

O Decreto 5.484 de 1928, segundo Oliveira Sobrinho, constitui cópia quase fiel do projeto apresentado por Manuel da Costa Miranda e Alípio Bandeira, “abnegados e apaixonados defensores dos nossos aborígenes”²², o que faz pressupor a sua ideologia. Referido decreto classifica os índios em quatro categorias: nômades, arranchados ou aldeados, pertencentes a povoações indígenas e pertencentes a centros agrícolas (incorporados). As três primeiras categorias estão sujeitas a regime especial e têm respeitados os seus usos costumes e tradições, a quarta categoria, apesar de excluída do regime de exceção, tem em seu favor alguns dispositivos protetores. Indigitado decreto ainda retira dos Juízes de Órfãos a jurisdição sobre os índios.

²¹ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos do índio*, ob. cit., p. 78.

²² SOBRINHO, Oliveira. *O Silvícola Brasileiro e a Legislação Pátria. O Decreto Legislativo 5484 de 1928, Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas*, ob. cit., p. 118.

No que toca ao direito penal, o decreto em tela trouxe, em seus artigos 23 a 32, uma série de disposições acerca dos crimes praticados contra os índios e dos crimes praticados pelos índios, sendo que aqui, pela primeira vez, há um tratamento específico dado à questão da sua imputabilidade.

Tais disposições foram reproduzidas na Consolidação das Leis Penais, de 1932, compondo o capítulo VII do título IV, com os artigos 205 e 206.

O artigo 205 e seus parágrafos cuidam dos crimes cometidos contra os índios, considerando-os sempre como “praticados por superior contra inferior e como tais, terão suas penas agravadas”.

Já o artigo 206 cuida dos crimes praticados pelos índios. Por ser exatamente o primeiro texto a cuidar especificamente da imputabilidade do índio, vale a sua transcrição integral:

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

§ 1º – O índio de qualquer das três categorias acima, que tiver praticado qualquer infracção, obrando com discernimento, será recolhido, mediante requisição do inspector competente, a colônias correccionaes, ou estabelecimentos industriaes disciplinares, pelo tempo que o mesmo inspector parecer, comtanto 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 á selva.

§ 3º – Os indios que tiverem mais de cinco annos de residencia em povoação indígena, quando commetterem qualquer infracção prevista na legislação penal commum, serão punidos com a metade sómente das penas nella instituídas.

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

§ 5º - As circunstâncias atenuantes do art. 42 influem para a diminuição das penas impostas aos índios das mencionadas categorias.

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

§ 7º - Ficam desde logo sujeitos, como qualquer cidadão, ao regime comum de direito, os índios que passarem para os centros agrícolas, de que trata o decreto n. 9.214 de 15 de dezembro de 1911.

As Constituições de 1934 e de 1937, no tocante aos silvícolas, limitaram-se a garantir-lhes a posse das terras que ocupam, vedando-lhes a alienação.

O projeto Alcântara Machado, em seu artigo 15, inciso III, estabelecia a inimputabilidade do silvícola não adaptado, isentando-o de pena, mas sujeitando-o à medida de segurança e, em seu artigo 16, inciso III, previa a diminuição da pena e a aplicação desta conjuntamente com medida de segurança ao silvícola incompletamente adaptado. A medida de segurança para os silvícolas, consoante se lê na exposição de motivos do projeto, seria cumprida no “instituto de trabalho obrigatório que os adaptará ao ambiente civil”²³.

O Código Penal de 1940 não cuidou especificamente do índio, porém, segundo a doutrina mencionada no transcrito deste trabalho, o seu artigo 22 com a cláusula “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” tratou da questão da imputabilidade do índio.

A Carta de 1946 também se limitou a assegurar aos silvícolas a posse da terra que ocupam, e a de 1967, além disso, lhes garante o usufruto dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes.

²³ MACHADO, Alcântara. *Projeto do Código Criminal Brasileiro*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1938, p. 19.

O Código de 1969, tal qual o de 1940, não fez nenhuma referência expressa à imputabilidade do índio, deixando pressupor que continuasse sendo tratada pela cláusula “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, transportada para o seu artigo 31.

Em 1973 sobreveio a Lei 6.001, o Estatuto do Índio, cuja política exposta já no artigo 1º é a de integrar, progressiva e harmoniosamente, o índio à comunhão nacional.

O artigo 4º do Estatuto classifica os índios em isolados, em vias de integração e integrados. São considerados isolados os índios que vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; em vias de integração são aqueles em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, que 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, por fim, são considerados integrados os índios incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos de sua cultura.

O título VI do Estatuto cuida de questões atinentes ao direito penal. O artigo 56 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”. E o seu parágrafo único: “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”.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 dedicou o capítulo VIII aos índios. Além de garantir os direitos originários às terras ocupadas, o artigo 231 da Carta reconhece aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições.

4. SITUAÇÃO ATUAL DO ÍNDIO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Relativamente ao direito penal, a situação do índio pode ser estudada a partir de dois enfoques distintos: O primeiro deles diz respeito ao reconhecimento da existência de uma jurisdição própria para o julgamento dos conflitos entre as populações indígenas, seja entre índios de um mesmo povo, seja entre povos distintos; o segundo enfoque está relacionado com os critérios utilizados para o julgamento do índio, quando colocado no pólo ativo de um conflito de interesse penal em que não estão envolvidos apenas índios.

O objeto deste trabalho é a análise deste segundo enfoque, ou seja, quais os critérios utilizados pela legislação brasileira para o tratamento penal do índio, o acerto ou desacerto destes critérios e a sua adequação.

Todavia, para uma melhor análise desta questão, faz-se necessário, ainda que de forma sucinta, o enfrentamento da questão anterior.

4.1. Do reconhecimento de jurisdição própria para o julgamento dos conflitos entre povos indígenas

A existência de um direito indígena próprio, inclusive quanto aos aspectos penais, é relatada por diversas obras, dentre as quais podemos mencionar “O Direito Penal Indígena À Época do Descobrimento do Brasil”, de João Bernardino Gonzaga.

Apesar destas obras fazerem referências a tempos antigos, não há dúvidas de que ainda hoje as povoações indígenas têm normas próprias, na maioria das vezes de direito

consuetudinário.

A questão que se impõe analisar neste tópico é se estas normas são reconhecidas pelo direito brasileiro.

A Constituição Federal, como exposto acima, reconhece aos povos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Em consonância com a Carta Magna, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143/2002 e sancionada em 19 de abril de 2004, ingressando, assim, no ordenamento jurídico pátrio, estabelece, dentre outras coisas, a política com que devem ser tratados os povos indígenas.

Faz parte desta política, conforme estabelecido nos artigos 8º e 9º da indigitada Convenção, o direito dos povos indígenas de conservar seus costumes e instituições próprias, bem como ter respeitados os métodos através dos quais “recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos por seus membros”, desde que tais métodos não sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional e nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

O Estatuto do índio, Lei 6.001/73, anterior, portanto, à Carta Magna e à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, já previa em seu art. 57 não o reconhecimento, mas sim a tolerância à aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as suas instituições, de sanções penais ou disciplinares para os seus membros, desde que não se revistam de caráter cruel ou infamante, proibindo também a pena de morte.

Assim, parece ter havido, seja em face da Constituição Federal, seja em razão da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, uma ampliação em relação à compreensão do Estatuto do Índio no que tange ao reconhecimento da jurisdição penal indígena.

Esta jurisdição, todavia, está limitada aos casos de conflitos penais internos aos grupos indígenas, não vigendo, pois, nos casos de sanções penais ou disciplinares que afrontam os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, bem como que aplicam a pena de morte.

O reconhecimento desta jurisdição própria se coaduna com o pensamento dos doutrinadores que modernamente vêm estudando o problema do índio frente ao direito penal.

Raul Cervini, ao estudar tema relativo ao respeito às autonomias culturais, no qual se enquadra a questão do índio, formula algumas propostas, entre as quais a de que “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 feita aos casos de extrema gravidade, em que as normas e valores vigentes nessas culturas resultem diretamente lesivas a bens fundamentais (vida, integridade física, ordem pública)”²⁴

Para Gladys Yrureta²⁵ também há de se reconhecer, da forma mais ampla possível,

²⁴ CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 159.

²⁵ YRURETA, Gladys. *El Indígena ante La Ley Penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1981, p. 118.

as normas de conduta social dos povos indígenas.

4.2. Os critérios utilizados pela legislação brasileira para o tratamento penal do índio

A opção brasileira para a diferenciação do tratamento penal do índio parece ter se dado através do reconhecimento de sua imputabilidade a partir de seu grau de integração, bem como da consideração, em não sendo o índio inimputável, de suas peculiaridades para o fim de fixação da pena.

A primeira assertiva, apesar de não ser legalmente expressa, encontra, segundo a doutrina, respaldo na conjugação do Estatuto do Índio com o disposto no artigo 26 do Código Penal.

Por um lado, do ponto de vista normativo e não antropológico, os índios são divididos em três categorias: isolados, em vias de integração e integrados, conforme artigo 4º do Estatuto do Índio.

Por outro, o artigo 26 do Código Penal, sob a rubrica “inimputáveis”, estabelece: “É isento de pena o agente que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

A exposição de motivos, do Ministro Francisco Campos, ao fazer referência ao artigo 22, transportado na reforma da Parte Geral de 1984 para o supra transcrito artigo 26, esclarece que a expressão “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” abrange os

silvícolas inadaptados:

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, congênicas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava alusão expressa aos surdos-mudos e silvícolas inadaptados.²⁶

A explicação para a ausência de expressa referência ao índio no Código Penal é dada por Nelson Hungria. Após dizer que “não há dúvida que entre os deficientes mentais é de se incluir também o *homo silvester*, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado *homo medius* que a lei penal declara responsável”, ele afirma:

Dir-se-á que, tendo sido declarados, em dispositivo à parte, irrestritamente irresponsáveis os menores de 18 anos, tornava-se desnecessária a referência ao ‘desenvolvimento mental incompleto’; mas, explica-se: a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os *silvícolas*, evitando que uma expressa alusão a estes fizesse supor, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio.²⁷

Carlos Frederico Marés de Souza Filho, comentando o tratamento dado ao índio pelo Código Penal, assim expõe o seu pensar:

Não se pode dizer que não seja ardiloso o Código Penal Brasileiro, ao mesmo tempo que prega uma peça aos estrangeiros (curiosa preocupação ao se elaborar uma lei nacional), que não poderão imaginar a existência de índios ‘infestando’ a civilização, garantem aos ‘infestadores’ um escondido direito, de difícil aplicação e singularmente inútil. Esta vergonha do Direito Penal brasileiro de 1940 tem a mesma cor e fundamento da vergonha da lei em relação aos escravos no século XIX, o temor de mostrar ao mundo a realidade nacional, suas mazelas injustiças e defeitos. Está presente neste esconderijo da lei penal a idéia de que os índios acabarão

²⁶ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*, Bauru: Jalovi, 1980, p. 421.

²⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Forense, vol. I, tomo 2º, p. 324.

num futuro próximo, quando encontrarem a alegria de viver na ‘pacífica, doce, justa e humana’ sociedade dos civilizados, e então o direito penal ser-lhes-á aplicado em plenitude, e os juristas não se envergonharão mais nos congressos internacionais. É transparente neste episódio jurídico a idéia etnocêntrica e monista de que o sonho de todo índio é deixar de sê-lo. É presente a incompreensão do direito dos povos indígenas de continuarem a ser índios ainda que em contato longo e até mesmo amistoso com a sociedade não-índia.²⁸

Seja como for, o fato é que não há clareza na aplicação, relativamente ao índio, do disposto no artigo 26 do Código Penal. Não há nada seguro a indicar que o índio integrado seja imputável, bem como que o índio isolado seja inimputável, pois se lhe presume o desenvolvimento mental incompleto. O problema é ainda maior no que diz respeito ao índio em vias de integração.

A par deste problema, e aqui o segundo critério utilizado pela legislação brasileira, está, na hipótese de ser imputável o índio, na consideração de sua condição pessoal para a individualização da pena.

A supracitada Convenção da Organização Internacional do Trabalho em seu artigo 8º dispõe que ao se aplicar a legislação nacional aos povos indígenas deverão ser levados em consideração seus costumes e o direito consuetudinário, e em seu artigo 10, que a imposição de sanções penais aos índios deve levar em conta suas características econômicas, sociais e culturais, devendo-se dar preferência a tipos de punição outros que não o encarceramento.

O Estatuto do Índio, por sua vez, em seu artigo 56 prevê a atenuação da pena aplicada ao índio, bem como o seu cumprimento, em caso de reclusão ou detenção, se

²⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos indígenas para o direito*, Curitiba: Juruá, 2004, p. 111.

possível, em regime de semiliberdade.

Tanto o disposto pela Organização Internacional do Trabalho, quanto o pelo Estatuto do Índio encontram pleno respaldo na Constituição Federal, no princípio da individualização da pena.

Destarte, pode-se dizer que também se encontra presente, ao menos no plano legislativo, em nosso direito, o princípio da individualização da pena, levando-se em conta, em especial, as características próprias dos indígenas para a fixação da pena.

5. O PROJETO DE LEI EM TRAMITAÇÃO

Atualmente está em tramitação, aguardando votação na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei apresentado em 1991 pelo deputado Aloizio Mercadante, sob o número 2.057, dispondo sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas.

Os objetivos e a ideologia do projeto estão expressos logo de início na sua justificativa:

O presente projeto visa a reformulação da Lei nº 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 à 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, 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.²⁹

No tocante aos aspectos que interessam a este trabalho vale citar o artigo 6º que reforça o reconhecimento da jurisdição própria dos povos indígenas, cuidada no tópico acima, ao dispor que “as relações internas a uma sociedade indígena serão reguladas por seus usos costumes e tradições”.

O *caput* do artigo 90 cuida do critério proposto pelo projeto para o tratamento jurídico-penal do índio: o erro de proibição. Estabelece o artigo 90 que “nos processos

²⁹ Diário do Congresso Nacional, Seção I, 9 de novembro de 1991, p. 22527.

criminais contra índios, o juiz ordenará a realização de perícia antropológica, que determinará o grau de consciência da ilicitude do ato praticado, para efeito de aplicação do disposto no Artigo 21 do Código Penal”.

Tal proposta bem demonstra o que será mais adiante sustentado neste trabalho: a inadequação do critério da inimputabilidade à nova política de tratamento do índio.

O parágrafo único do mencionado artigo reforça o princípio da individualização da pena, também mencionado no tópico acima, ao estabelecer que “as penas de detenção e reclusão serão cumpridas em regime aberto, preferencialmente na aldeia em que vive o índio”.

A este projeto de lei foram apresentados diversos substitutivos.

Em 1994, o deputado Luciano Pizzanoto, relator do Projeto, deu parecer favorável à sua aprovação, desde que com os substitutivos.

Acerca da questão da jurisdição própria dos povos indígenas, assim dispunha o substitutivo de 1994:

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 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 da Justiça Federal.³⁰

³⁰ Disponível em www.socioambiental.org/inst/docs/download/comp-estatuto.pdf. Acesso em 18/07/2005.

Em 2001 o deputado Luciano Pizzanoto apresentou nova versão de substitutivo, assim cuidando desta questão:

Art. 106 – Será respeitada a aplicação, pelas sociedades e comunidades indígenas, de sanções de natureza coercitiva ou disciplinar contra os seus membros, de acordo com suas instituições, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a tortura e a pena de morte, observado 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.³¹

No tocante ao critério para o tratamento jurídico-penal do índio, o substitutivo mantém, com redação diferente do original, o critério do erro e da individualização da pena.

Sobre o critério do erro, a versão de 1994, em seu artigo 151, parágrafo primeiro, mantém exatamente a mesma redação do *caput* do artigo 90 do projeto original.

O artigo 152, no entanto, traz uma inovação:

Art. 152 – 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.³²

Apesar da impropriedade técnica – mais apropriado talvez fosse consignar não haver pena, em referencia à exclusão da culpabilidade, ao invés da expressão “não há crime”, utilizada na nossa legislação para as causas excludentes de ilicitude -, tal dispositivo significa um grande avanço no respeito aos valores culturais dos povos

³¹ Disponível em www.socioambiental.org/inst/docs/download/comp-estatuto.pdf. Acesso em 18/07/2005.

³² Idem, ibidem.

indígenas, o que vem ao encontro da proposta formulada neste trabalho.

Todavia, na versão de 2001, este dispositivo foi excluído.

O critério do erro está assim cuidado na versão de 2001 do substitutivo:

Art. 107 – Nos processos criminais contra índios, o juiz, ao proferir a sentença, considerará o grau de consciência da ilicitude do ato praticado.³³

Já quanto ao critério da individualização da pena, o substitutivo de 1994 assim dispunha:

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

Parágrafo segundo – As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas sempre que possível em regime aberto, no local de funcionamento da unidade administrativa do órgão indigenista federal mais próxima do domicílio do condenado.³⁴

Na versão de 2001, assim está disposta a questão nos parágrafos do artigo 107:

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

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

Parágrafo terceiro – No caso das penas restritivas de direitos, elas deverão ser cumpridas no interior da terra indígena ocupada pela comunidade de origem do réu.³⁵

³³ Disponível em www.socioambiental.org/inst/docs/download/comp-estatuto.pdf Acesso em 18/07/2005.

³⁴ Idem, ibidem.

³⁵ Idem, ibidem..

No tocante aos critérios utilizados para o tratamento jurídico-penal do índio, a redação original do projeto avança ao propor o critério do erro como alternativa ao critério ainda vigente da inimputabilidade. O substitutivo de 1994 traduz um avanço ainda maior quando prevê a possibilidade do indígena agir sem consciência do caráter delituoso de sua conduta em razão dos valores culturais de seu povo. Porém, a versão de 2001, ao excluir esta previsão, traz retrocesso.

Relativamente ao critério da individualização da pena, há também na redação original um grande avanço, ao garantir ao indígena o direito de cumprir a pena privativa de liberdade em regime aberto. O substitutivo de 1994, por um lado, vai mais adiante, ao prever as peculiaridades culturais do condenado como atenuantes, por outro, porém, retrocede, ao não garantir sempre, mas somente “sempre que possível” o cumprimento em regime aberto. A versão de 2001, por sua vez, retrocede ao não garantir esse direito, mas tão-somente o cumprimento da pena em local próximo ao domicílio do condenado.

O projeto, destarte, em alguns pontos vai ao encontro da proposta deste trabalho, em outros, dela se distancia. Mas, de qualquer forma, se aprovado, representará um avanço em relação à legislação hoje vigente.

6. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A jurisprudência brasileira tem sistematicamente negado ao índio o reconhecimento de sua inimputabilidade, fato que, somado à ausência de outro critério para o seu tratamento jurídico-penal, que não seja o da individualização da pena, aplicado com muita timidez, deixa-o em uma situação extremamente difícil, pois acaba por ser julgado tal qual os demais membros da sociedade, sem que se lhe reconheça, no processo, particularidades que não poderiam ser ignoradas.

A constante negativa da inimputabilidade, por outro lado, bem demonstra a impropriedade deste critério.

Curioso notar que, de certa forma e com os conceitos da época, na segunda década do século passado já se debatia, antes mesmo do decreto 5.484 de 1928, que pela primeira vez cuidou do tema imputabilidade do índio, qual seria o critério mais adequado.

A apelação nº 6.771, julgada em Belo Horizonte, pela Câmara Criminal da Relação, cujo acórdão foi publicado em 1914, debate a questão sob o título “responsabilidade criminal do selvagem”. No caso julgado, o magistrado de primeiro grau impronunciou dois índios acusados de homicídio, ao argumento de que eles eram absolutamente incapazes de imputação por imbecilidade nativa. Ao recurso de ofício foi negado provimento. Argumentou o relator: “pelo simples fato de serem selvagens não se pode concluir que sejam imbecis, porque nem todo selvagem é imbecil”. Neste mesmo acórdão há um voto vencido em que se argumenta com o fato dos índios, por não falarem português, não

conhecerem a lei, já que não a puderam ler, não podendo, por isso, ser condenados.³⁶

Extrai-se deste acórdão debate que, entendidos de acordo com os conceitos atuais, gira em torno do critério a ser utilizado para o tratamento do índio, se o da inimputabilidade ou se o do erro.

De toda forma, com o entendimento doutrinário firmado após a edição do Código de 1940, segundo o qual o índio, inserto na cláusula desenvolvimento mental incompleto ou retardado, dever ser tratado a partir do critério da inimputabilidade, é em torno deste tema que se debate.

Em pesquisa feita no Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir de publicações de seus julgados na RJTJESP, nos últimos vinte e cinco anos, foram encontrados dois acórdãos versando sobre aspectos penais relativos ao índio. O pequeno número se justifica pela ínfima quantidade de índios que habitam o Estado.

Um acórdão relatado pelo Desembargador Dirceu de Mello, publicado em 1982, em que a Quarta Câmara Criminal, por unanimidade, sufragou o entendimento segundo o qual para que se considere o índio integrado na comunhão nacional e, portanto, capaz processual e penalmente, não bastam aspectos sugestivos de integração de fato, como destribalização, possível casamento, exercício do comércio, etc, é necessário, nos termos do Estatuto do Índio, que se cumpram as providencias ali prescritas, sejam as atinentes à liberação judicial do regime tutelar, seja a declaração formal sobre a integração, firmada

³⁶ Revista Forense, 1914, v. 2, p. 151-153.

pela FUNAI³⁷.

O outro acórdão, também do mesmo ano, de relatoria do Desembargador Onei Raphael, da Segunda Câmara Criminal, fazendo referencia ao acórdão supra mencionado, relatado pelo Desembargador Dirceu de Mello, manteve o mesmo entendimento ali esposado³⁸.

Relativamente a outros tribunais, uma pesquisa assistemática feita a partir de acórdãos publicados na Revista dos Tribunais, apontou para a tendência mencionada no primeiro parágrafo deste tópico: a de que os acórdãos não vêm reconhecendo a inimputabilidade do índio, prescindindo, inclusive, de laudo antropológico, havendo, pois, ao contrário da posição firmada nos julgados do Tribunal Paulista, quase que uma presunção de integração.

O Tribunal de Justiça do Maranhão, em acórdão da Primeira Câmara, relatado pelo desembargador Julio Araújo Alves manifestou entendimento assim ementado: “O índio integrado à sociedade, inclusive alfabetizado, não pode ser considerado inimputável, de molde a excluir sua responsabilidade penal pela prática de ato delituoso.”³⁹

Importa frisar que no caso em comento os índios acusados não foram submetidos a exame antropológico a fim de se constatar a sua compreensão acerca dos fatos ou até mesmo o seu nível de integração cultural. Foram considerados integrados à civilização por mera presunção, assim fundamentada: “afasta-se a tese da inimputabilidade dos apelantes,

³⁷ RJTJESP nº 81, p. 428.

³⁸ RJTJESP nº 83, p. 446.

³⁹ RT nº 797, p. 642.

que são índios, mas já bem integrados à civilização, o que se comprova inclusive pelo fato de um deles já saber até escrever. Consoante se verifica quando o mesmo assina os seus depoimentos.”⁴⁰

O Tribunal de Justiça do Paraná, também, de forma semelhante ao acórdão supracitado assim ementou acórdão de sua Segunda Câmara, relatado pelo Desembargador Lima Lopes: “Silvícola, condição que por si só não exclui a imputabilidade – indígenas já integrados e adaptados ao meio civilizado – Falta, ademais, de comprovação pericial do desenvolvimento mental incompleto ou retardado – Pronuncia mantida – Aplicação do art. 26 do CP.”⁴¹

Também o Superior Tribunal de Justiça vem repetindo este posicionamento. Em recente julgado, publicado em 2003, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Paulo Medina, foi mantido o entendimento assim ementado: “Imputabilidade penal – Índio – Dispensa da realização de laudo antropológico em face das provas de aculturação – Admissibilidade”. Lê-se no corpo do acórdão: “É possível dispensar a realização da perícia antropológica, desde que evidenciado nos autos a aculturação do indígena denunciado”⁴².

No caso deste acórdão, ao que se infere de sua leitura, a defesa do acusado requereu a realização de laudo antropológico, o que foi negado, ensejando o seu inconformismo que, inobstante, foi rechaçado sob o argumento de que tal fato não caracteriza cerceamento de defesa na medida em que há outras provas de aculturação nos autos.

⁴⁰ RT nº 797, p. 644.

⁴¹ RT nº 621, p. 339.

⁴² RT nº 825, p. 536.

O Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, em acórdão da Primeira Turma publicado em 2000, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, entendeu serem suficientes informações constantes dos autos que davam conta da integração do índio acusado, prescindindo de laudo antropológico. Assim se manifesta o relator: “Sujeição do índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal em geral, inexistindo razão para exame psicológico ou antropológico, se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre a sua imputabilidade”⁴³.

Note-se, pois, que vem sendo constante o entendimento segundo o qual se faz desnecessária a realização de exame antropológico para a verificação da integração do índio, o que tem feito com que, em regra, os elementos constantes dos autos sejam suficientes para aferir esta integração, mesmo o simples fato do acusado ser alfabetizado e saber assinar o seu nome tem servido de justificativa para concluir pela integração e, como se fosse sua consequência lógica – e não deixa de ser na medida em que a inimputabilidade está fundamentada num suposto desenvolvimento mental incompleto ou retardado, quase nunca verificável – o reconhecimento de sua imputabilidade.

⁴³ STF HC nº 79530/PA, DJ 25/02/2000.

7. CRITÉRIOS PARA O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ÍNDIO

O problema do índio em relação à lei penal é objeto de discussão em vários países da América Latina, havendo uma série de posições diferentes, propondo critérios para o tratamento da questão.

Alírio Sanguino Mandarriaga⁴⁴ refere-se à existência de dois grandes grupos. O primeiro que considera que a questão indígena deve ser tratada e resolvida a partir das normas gerais estabelecidas para todas as pessoas. O segundo que propõe soluções diversas e específicas para o problema do índio em relação ao direito penal.

Entre os defensores da primeira posição estariam segundo o supracitado autor: Duran, Lopez-Rey, José Angel Ceníceros e Luis Jimenez de Asua.

Todavia, ao contrário de José Angel Ceníceros, Luis Jimenez de Asua não se coloca veementemente entre os defensores do tratamento igualitário, afirmando não ser fácil decidir em um tema tão árduo.

Luis Jimenez de Asua⁴⁵ pondera que, se por um lado, construir um direito penal próprio para os indígenas implicaria em modificar um axioma democrático segundo o qual deve haver uma igualdade das pessoas perante a lei, por outro lado, não é menos certo que tratar igualmente os desiguais não pode ser a verdadeira igualdade.

⁴⁴ MADARRIAGA, Alírio Sanguino. El Indígena ante el Derecho Penal, Testimonio de una Afrenta Sócio-cultural, *Studios de Derecho*, vol. XLVIII, Medelim: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Antioquia, 1990, p. 215-216.

⁴⁵ ASUA, Luis Jimenez de. *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires: Losada 2ª ed. s/d. p. 891.

Com relação ao segundo grupo acima mencionado – aqueles que propõe soluções específicas para a questão penal do índio -, podem-se distinguir, segundo Gladys Yrureta⁴⁶, basicamente três critérios diferentes: o reconhecimento da inimputabilidade; o de que as particularidades do índio devem ser levadas em conta somente como um dado para a individualização da pena; e, por fim, o de que o problema deve ser analisado dentro do campo de outros aspectos da culpabilidade.

A utilização de tais critérios, todavia, não significa necessariamente a aplicação aos grupos indígenas de um direito próprio e específico, podendo, em alguns casos, estar em perfeita harmonia com os institutos aplicados a todos, índios e não-índios.

7.1. O critério da inimputabilidade

O critério de reconhecer no índio a sua inimputabilidade, consoante exposto no tópico 4.2 deste trabalho, parece ter sido a posição adotada pela legislação brasileira.

Segundo Gladys Yrureta⁴⁷ a tendência geral dos penalistas até agora tem sido buscar dentro do conceito da inimputabilidade a solução para o problema penal do índio.

Grande parte dos autores que propõe esta solução, no entanto, a sustentam partindo da premissa de que o índio possui desenvolvimento mental incompleto, situação esta que justificaria a sua inclusão, juntamente com os surdos-mudos, dentre aqueles incapazes de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

⁴⁶ YRURETA, Gladys. *El Indígena ante La Ley Penal*, ob. cit. p. 57.

⁴⁷ Idem p. 57.

Para Aníbal Bruno⁴⁸ os selvagens não ajustados ao nível cultural da vida civilizada, devem ser considerados inimputáveis, pois a ausência de adaptação à vida social da sociedade não índia, às normas complexas que a regulam e aos critérios de valor de seus julgamentos, além da existência de certas tonalidades de seus processos psíquicos e de certos complexos afetivos que os dirigem, os põe em condição de incapacidade de entendimento e orientação volitiva na qualidade e grau exigidos pelo Código.

Nelson Hungria, conforme já mencionado no tópico 4.2, e Francisco Campos, como se vê da Exposição de Motivos, também tratada no mencionado tópico, colocam o índio entre aqueles que têm desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Na mesma esteira o pensar de César da Silveira⁴⁹, para quem, os silvícolas, como os surdos-mudos, se compreendem no antigo artigo 22, atual artigo 26 do CP, quando irresponsabiliza os que, por desenvolvimento mental incompleto eram, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapazes de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Sustenta o referido autor que o pensamento indígena e o infantil se coassocia no sentido da concretização da linguagem, absolutamente desprovidos dos caracteres de abstração, que são os que superiorizam o mesmo pensamento, razão pela qual, conclui não haver nos “silvícolas aqueles fatores crimino-repulsivos que contraimpilam a proclividade ao delito”.

Há autores estrangeiros, no entanto, que sustentam a inimputabilidade do índio não em razão de seu desenvolvimento mental incompleto, mas sim em razão de uma suposta inferioridade social, econômica e educacional que, em regra, o atinge.

⁴⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral*, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 137-138.

⁴⁹ SILVEIRA, César da. *Tratado da Responsabilidade Criminal*, São Paulo: Saraiva, 1955, p. 607-608.

Noticia Gladys Yrureta⁵⁰ que entre estes autores estão Ibrahim Garcia, Manuel Lopez Rey e Francisco Olesa, argumentando, em resumo, que esta inferioridade social e econômica poderia redundar na incapacidade de compreender o sentido da norma penal ditada pela sociedade não indígena, a antijuridicidade das condutas por ela tipificadas.

A doutrina brasileira parte do pressuposto de que o índio tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que está a fundamentar o reconhecimento de sua inimputabilidade. Já a doutrina estrangeira, além desta abordagem, sustenta a inimputabilidade em razão de uma inferioridade social e econômica. Seja por uma ou por outra causa, há de se notar que a utilização do critério da inimputabilidade para o tratamento jurídico-penal do índio parte sempre do pressuposto de sua inferioridade.

7.2. O critério da análise da personalidade para a individualização da pena

O critério segundo o qual se levará em conta a análise da personalidade da pessoa para a individualização da pena, pode tanto ter aplicação específica ao índio, como também estar entre as normas gerais do direito penal.

De outro lado, também não há qualquer contradição entre a aplicação deste critério, conjunta ou separadamente dos demais critérios.

Assim sendo, este critério não tem merecido qualquer tipo de crítica, na medida em que é absolutamente coerente com o princípio da individualização da pena adotado pela grande maioria, senão pela totalidade dos países da América Latina.

⁵⁰ YRURETA, Gladys. *El Indígena ante La Ley Penal*, ob. cit., p. 58.

Não parte ele, necessariamente, do pressuposto de inferioridade do índio, como ocorre no caso do critério da inimputabilidade, mas sim de que o índio tem valores diferentes, não somente aqueles que o motivam à prática do ato delitivo, como também aqueles que fazem aumentar o seu sofrimento pela imposição por longo tempo de sua privação de liberdade.

7.3. O critério do erro

Os autores que mais recentemente têm cuidado da questão penal do índio vêm se posicionando no sentido de que a solução mais adequada está em tratá-la a partir de outros elementos excludentes da culpabilidade que não a inimputabilidade, em especial, a partir do erro de proibição.

Partem, para tanto, da crítica formulada à premissa de que o índio não pode ser considerado com um ser que tem desenvolvimento mental incompleto, principal embasadora da tese da inimputabilidade.

Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁵¹ sustentam que a solução para o tratamento da questão penal do índio pode estar no erro culturalmente condicionado, segundo o qual o indivíduo que tenha sido educado numa cultura diferente e tenha internalizado as regras de conduta desta cultura diferente tem dificuldade de internalizar a regra de cultura dada pela norma. Assim, mesmo conhecendo a ilicitude do fato, o indivíduo tem dificuldades de se portar de acordo com a norma.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 647.

Gladys Yrureta assume ter posição semelhante à de Eugenio Raul Zaffaroni, dizendo ser ele o único autor que ela conhece que enfoca a questão do índio através da inculpabilidade.

Segundo Gladys Yrureta⁵² a solução tecnicamente apropriada para eximir de pena um indígena que no caso concreto não estava em condições de saber que a sua ação era reprovada pelo ordenamento jurídico nacional, está na inculpabilidade, mais especificamente, na ausência do conhecimento da antijuridicidade da conduta, vale dizer, no erro de proibição. Para a indigitada autora, conforme a amplitude com que se opera o erro de proibição, pode ser reconhecido tanto quando o indígena não integrado ignorava que sua ação contrariava as regras penais vigentes, como também quando ele supôs que as circunstâncias de fato permitiam a realização legítima da ação que se lhe imputa.

Conclui a autora dizendo que a isenção de responsabilidade penal pela inculpabilidade terá que ser aquilatada sempre em relação ao fato concreto e não poderá estender-se aos demais fatos que o indígena possa praticar.

Hernan Dario Benítez Naranjo⁵³, em obra posterior à de Gladys Yrureta, também apresenta como solução apropriada a inculpabilidade em razão do erro de proibição.

Em linha algo semelhante, Bruno Heringer Júnior⁵⁴ critica a adoção do critério da inimputabilidade do índio pelo direito penal brasileiro, entendendo que este critério não se

⁵² YRURETA, Gladys. *El Indígena ante La Ley Penal*, ob. cit., p. 130.

⁵³ NARANJO, Hernan Dario Benitez. *Tratamiento Juridicopenal del Indígena Colombiano ¿inimputabilidad o inculpabilidad?*. Bogotá: Temis, 1988, p. 172-174.

⁵⁴ HERINGER JUNIOR, Bruno. A imputabilidade penal do índio. In: *AJURIS – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ano XXV, nº 73, 1998, p 150-157.

coaduna com os preceitos trazidos pela Constituição de 1988, afirmando ser a melhor alternativa a solução através do erro de proibição.

René Ariel Dotti⁵⁵ compartilha desta opinião, sustentando que diante do universo de características peculiares do índio, não se lhe pode exigir comportamento segundo os princípios e as regras de outro tipo de cultura para as quais é editada a lei penal, concluindo, assim, que deve-se reconhecer em seu favor a hipótese típica do erro inevitável sobre a ilicitude do fato.

⁵⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 422.

8. DIREITO COMPARADO

Da análise dos Códigos Penais da Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, México, Paraguai, Peru e Venezuela, em especial nos pontos pertinentes à imputabilidade, ao erro e à fixação da pena, que constituem os três critérios estudados, ficou constatado que somente as legislações boliviana, colombiana e mexicana fazem expressa referência ao índio.

A legislação peruana, apesar de não se referir expressamente ao índio, mereceu especial atenção em razão de prever, como excludente de culpabilidade, o erro culturalmente condicionado, instituto que tem aplicação para o tratamento da questão penal do índio.

As demais legislações, por não fazerem menção à situação do índio, deixam a critério da doutrina e da jurisprudência a aplicação da solução mais adequada. A doutrina, conforme visto acima, nestas situações, tem se dividido entre procurar a solução a partir da inimputabilidade ou a partir do erro.

8.1 Peru

A legislação peruana merece especial atenção em face das alterações havidas nos critérios para o tratamento do índio perante o direito penal.

O antigo Código Penal, datado de 1924, trazia disposições expressas relativamente ao índio em seus artigos. 44 e 45.

O artigo 44 estabelecia que, tratando-se de delitos perpetrados por selvagens, o juiz deveria levar em conta sua situação especial, podendo substituir a pena de prisão por colocação em colônia penal agrícola, por tempo indeterminado, não excedendo de 20 anos. A segunda parte do indigitado artigo permitia ao juiz, desde que cumpridos dois terços da pena que seria prevista ao crime cometido por um homem civilizado, e desde que o selvagem houvesse assimilado os valores da vida civilizada, conceder a liberdade condicional. A terceira parte do artigo 44 previa que o poder executivo deveria estabelecer condições para que os selvagens colocados em colônias penais pudessem ser organizados de forma a, no menor tempo possível, adaptarem-se ao meio jurídico do país.

O artigo 45, por sua vez, cuidava dos crimes perpetrados por índios semicivilizados ou degradados pela servidão e pelo alcoolismo, determinando ao juiz que levasse em conta o desenvolvimento mental, o seu grau de cultura e costumes para reprimi-los, ou ainda, para substituir a pena por colocação em colônia penal agrícola.

Da análise dos artigos 44 e 45 fica clara a política integracionista, segundo a qual o índio deveria se integrar à sociedade não índia, entendida como civilizada. Parece, ainda, ter sido intenção do legislador utilizar-se do direito penal como meio capaz de promover esta integração.

O atual Código Penal, de 1991, no entanto, promoveu profunda alteração no tocante aos critérios para o tratamento do índio. Houve uma mudança na própria política com que o legislador trata o índio, deixando de ser uma política integracionista para reconhecer e respeitar as suas diferenças.

O seu artigo 15, acolhendo a posição sustentada por Eugenio Raul Zaffaroni, dispõe sobre o erro de compreensão culturalmente condicionado, estabelecendo que aquele que, em razão de 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 de responsabilidade penal, ou ainda, terá a sua pena atenuada se, pelas mesmas razões, tiver diminuída a sua possibilidade de compreensão ou autodeterminação.

Além deste dispositivo, o artigo 45 também aproveita ao índio ao estabelecer que o juiz, no momento de fundamentar e determinar a pena, deverá levar em conta a cultura e os costumes do condenado.

A atual legislação peruana parece ter abandonado o critério da inimputabilidade do índio para tratá-lo através do erro culturalmente condicionado, e também a partir do critério de individualização da pena considerando aspectos próprios da cultura indígena.

8.2 Bolívia

Também a legislação penal boliviana trouxe alterações na forma com que trata o índio.

O Código Penal Boliviano de 1973 cuidava expressamente do índio em seus artigos. 17, nº 5, 18 e 40, nº 4. O nº 5 do artigo 17 estabelecia ser inimputável o índio selvagem que não tivesse tido nenhum contato com a civilização. O artigo 18, por sua vez, cuidando da semi-imputabilidade, facultava ao juiz atenuar a pena ou aplicar a medida de segurança mais conveniente ao índio cuja incapacidade derivasse de sua inadaptação ao

meio cultural boliviano e de sua falta de instrução. Já o nº 4 do artigo 40 estabelecia uma atenuante ao indígena carente de instrução que ignorasse a lei.

Gladys Yrureta⁵⁶ critica a posição deste Código argumentando, dentre outras coisas, quanto à inimizabilidade, que grande parte da população boliviana é indígena e que é surpreendente que a lei considere uma apreciável parte da população como incapaz de querer e compreender os seus atos.

A atenuante do artigo 40, nº 4, também não passou ilesa às críticas de Gladys Yrureta⁵⁷. Segundo ela, com este dispositivo, chega-se ao absurdo de se aplicar a qualquer indivíduo não-índio que atue em situação de ignorância da lei, imaginando que seu ato não seja punível, o instituto do erro de proibição, que redundará na sua absolvição, enquanto que para o índio, nas mesmas circunstâncias, somente se lhe aplicará esta atenuante.

Curioso notar que crítica semelhante à da inimizabilidade, não passou despercebida de um dos autores do anteprojeto do Código Boliviano, Raul Calvimontes⁵⁸. Em trabalhos para o Congresso Penal e Penitenciário Hispano-luso-americano e filipino, ocorrido em São Paulo em 1955, referido autor afirmou ser a solução mais adequada considerar o índio como inimputável, sem embargo do fato de se declarar incapaz a maioria da população da Bolívia. Todavia, para o referido autor, o indígena que sabe o idioma espanhol, que passou pela escola e pelo serviço militar, que trabalha em fábrica, cidade ou plantação, deixa de ser índio e pode considerar-se incluído na vida jurídico-cultural de seu país.

⁵⁶ YRURETA, Gladys. *El Indígena ante La Ley Penal*, ob. cit., p. 94.

⁵⁷ Idem, p. 96.

⁵⁸ CALVIMONTES, Raul. *Estudio Jurídico-Penal y Penitenciário del Índio*, Madrid: ediciones cultura hispánica, 1956, p. 59.

Fica claro, tanto pelos textos legais do Código de 1973, quanto pelo pensamento de um dos autores do anteprojeto, que a exemplo do que ocorrera em vários outros países da América Latina, a política era assimilacionista, deixando o índio de sê-lo à medida que vai se integrando à comunidade não índia.

A lei 1.768 de 1993 alterou algumas disposições do Código de 1973, dentre elas, aquelas que dispunham especificamente sobre a imputabilidade do índio. Manteve, no entanto, o disposto no artigo 40, nº 4, atenuando a pena do índio carente de instrução e que desconhece a lei.

Assim, parece que a legislação boliviana deixou, desde 1993, de tratar o índio como inimputável em razão de sua condição de índio, permitindo apenas a atenuação de sua pena na hipótese em que se comprovar o seu desconhecimento da lei.

8.3 Colômbia

O Código Penal colombiano, de 1980, faz menção ao índio somente em seu artigo 96, inciso III. O artigo 96, intitulado “das outras medidas aplicadas aos inimputáveis”, está no título V, denominado “das medidas de segurança”, e dispõe em seu inciso III que quando se tratar de indígena inimputável por imaturidade psicológica, a medida consistirá na sua reintegração ao seu meio ambiente natural.

Hernán Dario Benitez Naranjo⁵⁹ analisa este dispositivo fazendo um retrospecto legislativo e conclui que apesar de muitos autores sustentarem que o tratamento penal ao

⁵⁹ NARANJO, Hernan Dario Benitez. *Tratamiento Jurídico Penal del Indígena Colombiano*, ob. cit., p. 107-123.

índio colombiano deve se dar através do reconhecimento de sua inimputabilidade, o mais correto seria tratá-lo a partir do erro como excludente de culpabilidade.

Argumenta o indigitado autor que o código penal não faz referencia nem direta e nem indireta ao indígena no capítulo da inimputabilidade, e o artigo 96, que contém a única referencia concreta, resulta insuficiente para regular a casuística resultante e qualquer tentativa de estender a sua interpretação poderia gerar teorias arbitrárias, sendo melhor entender o seu sentido literal e mais restrito, para não comprometer a segurança jurídica, concluindo, assim, que a alternativa viável, em interpretando-se restritivamente o dispositivo comentado, é a solução através de uma excludente de culpabilidade⁶⁰.

8.4 México

O Código Penal Federal do México, em seu artigo 52, reformado em 1994, cuida da fixação da pena, estabelecendo que o juiz fixará as penas e medidas de segurança que entender justas, dentro dos limites fixados para cada delito, considerando a gravidade do ilícito e o grau de culpabilidade do agente.

No inciso V do indigitado artigo, está previsto que quando processado pertencer a um grupo étnico indígena se levará em conta, também, seus usos e costumes.

O Código Mexicano, com esta previsão, parece ter adotado especificamente o critério segundo o qual devem ser levadas em conta, no caso específico do índio, as suas peculiaridades para o fim de se fixar a pena.

⁶⁰ Idem, p. 123.

9. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRITÉRIO DA INIMPUTABILIDADE

Como visto, um dos critérios utilizado para o tratamento penal do índio é o da inimputabilidade, critério este adotado pela legislação brasileira.

Um dos primeiros aspectos que merecem análise, então, já nesta parte do trabalho, é se a adoção deste critério se afigura como a opção mais acertada ou não.

Antes, porém, faz-se importante tecer algumas considerações acerca da imputabilidade, o que se fará no tópico imediatamente abaixo, com a abordagem voltada às situações previstas no artigo 26 do Código Penal, deixando de lado a questão da menoridade e da embriaguez.

9.1. Imputabilidade

O termo imputabilidade admite interpretação em dois sentidos distintos. Pode-se dizer, em referencia ao primeiro sentido, como lembra Francisco de Assis Toledo⁶¹, que imputar é atribuir algo a alguém. Assim, imputabilidade é a atribuíbilidade de algo a alguém, o que designa, segundo Basileu Garcia⁶², “a qualidade da ação em atinência ao indivíduo”, havendo aí, pois, segundo este autor, impropriedade em falar-se que uma pessoa é imputável, já que imputável é o ato que se lhe pode atribuir, imputar.

Esta impropriedade de que fala Basileu Garcia parece ter sido o motivo para que

⁶¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 312.

⁶² GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1977, vol. I, tomo I, p. 324.

Nelson Hungria⁶³, mesmo entendendo haver certa sinonímia entre os conceitos que encerram juridicamente os termos imputabilidade e responsabilidade, ter sustentado a utilização, na redação original do Código Penal de 1940, do termo responsabilidade, termo que acabou sendo o empregado. Para Nelson Hungria, lexicamente, imputabilidade refere-se mais à ação do que ao agente, sendo, então, a qualidade do que é imputável, do que pode ser atribuído a alguém, concluindo indigitado autor que, dizer-se imputável a uma pessoa, para quem se fia em dicionários, é tão impróprio e inteligível quanto dizê-la atribuível.

Não obstante a posição de Nelson Hungria, o Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor, e a reforma de 1984 da Parte Geral do Código Penal adotaram o termo imputabilidade em substituição a responsabilidade, havendo nesta alteração, segundo se infere da exposição de motivos do projeto, assinada por Ibrahim Abi-Ackel, necessária correção terminológica.

Empregado então desta forma, apesar de se afastar da interpretação léxica, o termo imputabilidade assume outro sentido, que, aliás, conforme lição de Basileu Garcia⁶⁴, já era pacificamente aceito tanto na doutrina quanto na prática, seja no Brasil seja no estrangeiro.

O sentido do termo imputabilidade, tal qual está empregado no Código Penal, é o de aptidão para ser culpável, referindo-se assim não mais ao fato, mas sim ao agente. Dizer-se que uma pessoa é imputável, segundo Francisco de Assis Toledo⁶⁵, é dizer-se que ela tem capacidade para ser penalmente responsável. Nesse sentido, conforme Basileu

⁶³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, ob. cit., p. 308-309.

⁶⁴ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, ob. cit., p. 324.

⁶⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios de direito penal*, ob. cit. p. 313.

Garcia⁶⁶, imputabilidade é a aptidão do indivíduo para praticar determinados atos com discernimento. Também para Flamínio Fávero imputabilidade é “a condição de quem tem aptidão para realizar com pleno discernimento um ato.”⁶⁷

A doutrina se debate sobre ser a imputabilidade elemento ou pressuposto da culpabilidade.

Jorge Figueiredo Dias sustenta ser a imputabilidade pressuposto da culpabilidade, na medida em que “ela surge materialmente numa vertente diversa daquela em que se inscrevem a falta de consciência do ilícito não censurável e a inexigibilidade nas suas manifestações legalmente positivadas”⁶⁸. Para o referido autor a inimputabilidade, mais do que uma causa de exclusão, constitui um verdadeiro obstáculo à determinação da culpabilidade, pois “destrói as conexões reais e objetivas de sentido que ligam o fato à pessoa do agente, a tal ponto que o seu ato pode ser (causalmente) ‘explicado’, mas não pode ser ‘compreendido’ como ‘fato de uma pessoa’”⁶⁹.

Também para Francisco de Assis Toledo⁷⁰ a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade.

Já para Cezar Roberto Bitencourt⁷¹ a imputabilidade é elemento da culpabilidade.

⁶⁶ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, ob. cit., p. 324.

⁶⁷ FÁVERO, Flamínio. *Medicina legal*. Belo Horizonte: Vila Rica, 1991, p. 879.

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 272.

⁶⁹ Idem p. 272.

⁷⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios de direito penal*, ob. cit., p. 314.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 306.

Hans-Heinrich Jescheck⁷² sustenta ser a imputabilidade capacidade de culpabilidade que constitui o primeiro elemento sobre o qual repousa o juízo de culpabilidade. Para que haja, segundo o mencionado autor, esta capacidade de culpabilidade, se faz necessária a presença de dois elementos: em primeiro lugar a idade, já que é ela que reflete a maturidade biológica sem a qual não pode haver reprovabilidade penal; havendo idade suficiente – e esta parece ser uma questão de política criminal seguida de maneira diversa em cada país – passasse-se ao segundo elemento: a saúde psíquico mental do agente.

Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli afirmam que “a imputabilidade é a capacidade psíquica de ser sujeito de reprovação, composta da capacidade de compreender a antijuridicidade da conduta e da de adequá-la de acordo com esta compreensão”⁷³.

Francisco Muñoz Conde⁷⁴, por sua vez, chama imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, expressão que ele diz ser mais moderna, às faculdades psíquicas e físicas mínimas possuídas pelo agente para poder ser motivado, em seus atos, pelos preceitos normativos.

De fato, conforme dito por Jorge Figueiredo Dias⁷⁵, a imputabilidade tem vertente diferente da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa, outros

⁷² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal parte geral*. Barcelona: Bosh, 1981 vol. I, p. 595-596.

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte gera.*, ob. cit., p. 628.

⁷⁴ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 137.

⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, ob. cit., p. 272.

elementos da culpabilidade, tanto é que as conseqüências jurídico-penais de uma situação em que excluída a imputabilidade diferem daquela em que presente outra causa de exclusão da culpabilidade.

Todavia, a imputabilidade como pressuposto da culpabilidade, implica em que, afastada esta, não se chegue sequer a analisar os demais elementos da culpabilidade, situação que pode gerar algum problema. Entender, como o faz, Jorge de Figueiredo Dias⁷⁶, que a conduta de um inimputável não pode ser compreendida como conduta de uma pessoa, ou ainda como Miguel Reale Junior para quem “o inimputável não age, pratica fatos”⁷⁷, faz com que não se possa reconhecer na conduta de um inimputável uma causa excludente de ilicitude, por exemplo.

Outro problema decorrente desta premissa está na situação da semi-imputabilidade ou, mais precisamente, da diminuída capacidade de culpabilidade, que melhor se encaixa como uma circunstância que afeta a própria culpabilidade, diminuindo-a.

Assim, parece adequado o entendimento segundo o qual a imputabilidade é elemento da culpabilidade, porém um elemento diferenciado, com conseqüências próprias, que serão mais abaixo analisadas.

Como elemento diferenciado da culpabilidade, a imputabilidade pressupõe higidez mental e maturidade.

⁷⁶ *Idem*, p. 272.

⁷⁷ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. I, p. 209.

9.1.1. Critérios legislativos para o tratamento da imputabilidade

A doutrina se refere a três critérios distintos para o reconhecimento da imputabilidade: o critério biológico, o psicológico e o biopsicológico.

O critério biológico leva em consideração a saúde mental, em ela existindo, será o indivíduo imputável. Havendo enfermidade ou grave deficiência mental, independentemente de indagação acerca da relação entre esta enfermidade ou grave deficiência e o fato, estará afastada a imputabilidade.

O critério psicológico, de outro lado, reconhece a imputabilidade desde que o agente tenha a faculdade de compreensão do caráter ilícito do fato ou de autodeterminação de acordo com este entendimento, afastando-a se, por qualquer razão – independentemente de haver enfermidade ou deficiência mental -, no momento do fato, estava abolida no agente a capacidade de compreensão do seu caráter ilícito ou de autodeterminação de acordo com este entendimento.

O critério biopsicológico consiste na união dos dois critérios acima mencionados, sendo imputável o agente se, no momento da conduta, ele tinha capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato e de autodeterminação de acordo com este entendimento, afastando-se, de outro lado, a imputabilidade se, no momento da ação ou da omissão, em razão da enfermidade ou retardamento mental, o agente era incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

A legislação brasileira adotou o critério biopsicológico. Não dispôs de forma expressa sobre a imputabilidade, mas o fez a contrario senso, ao tratar da inimputabilidade, entendendo ser inimputável o agente que ao tempo da conduta, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

Assim, de acordo com o artigo 26 do Código Penal, a imputabilidade do agente está afastada se ele for doente mental ou tiver desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, se esta doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado se manifestarem no momento da conduta, incapacitando-o inteiramente de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

É necessário, pois, para o afastamento da imputabilidade, na hipótese ora estudada, que o que esteja a incapacitar a compreensão, por parte do agente, do caráter ilícito do fato ou da autodeterminação de acordo com esta compreensão, seja doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

9.1.2. Doença mental

A expressão doença mental, explica Nelson Hungria⁷⁸, é abrangente de todas as psicoses, sejam orgânicas, tóxicas ou funcionais. Isto quer significar, segundo o mencionado autor, que se entende por doença mental tanto aquelas resultantes de processo patológico instalado no cérebro precedentemente são, de que são exemplos a paralisia geral progressiva, a sífilis cerebral, a demência senil, psicose traumática, etc; quanto aquelas

⁷⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, ob. cit., p. 322-323.

causadas pelo que ele chama de venenos, de que são exemplos o alcoolismo, o morfínismo, o cocainismo, etc; bem como também aquelas decorrentes de transições graduais que atingem a função do tecido nervoso ocasionando desvios da normal conduta psíquica, de que são exemplos a esquizofrenia, a histeria, a paranóia, etc.

9.1.3. Desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Ao lado da doença mental, como causa a afastar a imputabilidade, desde que manifestada no momento da conduta e capaz de abolir no agente a capacidade de compreensão da ilicitude ou de autodeterminação, está o desenvolvimento mental incompleto e o retardado, hipóteses em que, como visto, pode se inserir na legislação brasileira o tratamento dado ao índio.

Desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado se diferenciam, segundo Nelson Hungria⁷⁹, na medida em que aquele trata da hipótese em que o desenvolvimento mental ainda não se concluiu, de que são exemplos os infantes e os adolescentes, ao passo que este cuida da hipótese em que o indivíduo não pôde chegar à maturidade psíquica, caso dos oligofrênicos e dos surdos-mudos.

Fernando Capez também cuida de diferenciar o desenvolvimento mental incompleto do retardado, fazendo-o de maneira bastante semelhante à de Nelson Hungria. Expõe Fernando Capez⁸⁰ que desenvolvimento mental incompleto é aquele que ainda não se concluiu devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade, o que faz com que com a evolução da idade ou com o incremento das relações

⁷⁹ Idem p. 324.

⁸⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 287.

sociais, a tendência seja a de se atingir a plena potencialidade, enquanto que, por outro lado, o desenvolvimento mental retardado é aquele incompatível com o estágio de vida normal para aquela idade cronológica, significando que a plena potencialidade jamais será atingida.

Parece haver razão nesta distinção. Desenvolvimento mental incompleto é aquele que ainda não se completou, mas que tem como tendência natural a sua complementação, a sua maturidade, como acontece no caso das crianças e adolescentes, cuja tendência natural, em perfeitas condições, é a de que crescendo, venham a atingir a maturidade psicológica; enquanto desenvolvimento mental retardado é aquele que não pôde chegar à maturidade em razão de anomalias.

Desenvolvimento mental retardado, segundo Almeida Junior⁸¹ está, vinculado às oligofrenias, que compreenderiam a debilidade mental, a imbecilidade e a idiotia. Também Cezar Roberto Bitencourt⁸² relaciona desenvolvimento mental retardado às oligofrenias, mencionando da mesma forma a idiotia, a imbecilidade e a debilidade mental.

Sobre as oligofrenias compreendidas pela expressão desenvolvimento mental retardado, diz Aníbal Bruno que “são figuras teratológicas, que degradam o homem de sua superioridade psíquica normal e criam, no Direito punitivo, problemas de inimputabilidade ou de imputabilidade diminuída em vários graus”⁸³.

⁸¹ ALMEIDA JUNIOR, A. e COSTA JUNIOR, J. B. de O. *Lições de medicina legal*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1998, p. 583-585.

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*, .ob. cit., p. 311.

⁸³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral*, tomo II, ob. cit., p. 135.

9.1.4. Conseqüências do reconhecimento da inimputabilidade

Afastada a imputabilidade, não se pode aplicar pena ao agente que comete um ilícito penal, não se pode, ademais disso, condenar o agente pela prática de seu ato já que o mesmo agiu, em decorrência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto, sem a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato ou, ainda, sem a capacidade de autodeterminação de acordo com este entendimento. Assim, sendo inimputável o agente, deverá ele ser absolvido.

Se a absolvição se der exclusivamente em razão da inimputabilidade, isto é, se estiver comprovada a prática de fato típico e antijurídico, de modo que, em sendo imputável, o agente sofreria a pena, há de se lhe aplicar a medida de segurança. Se, por outro lado, conforme sustenta Cezar Roberto Bitencourt⁸⁴, apesar da inimputabilidade, o agente tiver em seu favor uma causa justificante ou exculpante de outra natureza, deverá ser absolvido sem que lhe acarrete qualquer conseqüência jurídico-penal, vale dizer, nem pena, nem medida de segurança.

Assim, a conseqüência do reconhecimento da inimputabilidade, desde que presentes todos os demais pressupostos que ensejariam, num agente imputável, a imposição de pena, é a absolvição do agente com a aplicação da medida de segurança.

O fundamento da medida de segurança é a periculosidade do agente, presumida na hipótese da prática de um ilícito penal.

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*, .ob. cit., p. 313.

As medidas de segurança são de duas espécies: internação e tratamento ambulatorial, ambas por tempo indeterminado, sujeitas à cessação da periculosidade, avaliada por perícia médica.

A internação é a regra para os fatos previstos como crimes apenados com reclusão e o tratamento ambulatorial é cabível, consoante se extrai do artigo 97 do Código Penal, quando o fato ensejador da sua aplicação seja previsto como crime apenado com detenção. A internação deve se dar em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico enquanto a medida ambulatorial em local com dependência médica adequada.

A imposição de medida de segurança é, pois, a consequência jurídico-penal atribuída ao agente inimputável que praticou um injusto penal e foi absolvido exclusivamente em razão da sua incapacidade de compreensão do caráter ilícito do fato ou de autodeterminação de acordo com este entendimento, decorrente de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; tem como pressuposto a periculosidade do agente, presumida em razão da prática do ilícito penal e visa à, além de proteger a sociedade, isolando o agente que apresenta esta certa periculosidade, fazê-la cessar através de tratamento que pode se dar tanto em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, nos casos de internação, quanto em outros locais com dependência médica adequada, nos casos de tratamento ambulatorial.

9.1.5. Semi-imputabilidade

O parágrafo único do artigo 26 do Código Penal cuida da semi-imputabilidade, situação em que a imputabilidade não está afastada, mas sim diminuída se o agente, em

virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, tem diminuída a sua capacidade de compreensão do carácter ilícito do fato ou de autodeterminação de acordo com esse entendimento.

Alguns autores criticam a utilização da locução semi-imputabilidade, afirmando-a imprópria, e preferindo referir-se à hipótese como diminuição da capacidade de censura, ou ainda pelo termo culpabilidade diminuída. Porém, tão comum e aceito o seu emprego que parece não haver óbice em utilizá-la.

Duas são as diferenças entre a semi-imputabilidade e a inimputabilidade: a primeira é que esta se refere a perturbação da saúde mental, enquanto aquela a doença mental; a segunda é que, na inimputabilidade o agente está inteiramente incapacitado de compreender a ilicitude de seu ato ou de agir em conformidade com este entendimento, ao passo que na semi-imputabilidade esta capacidade está apenas diminuída.

A expressão perturbação mental é mais abrangente do que doença mental. Como explica Nelson Hungria⁸⁵, toda doença mental é uma perturbação mental, mas a recíproca não é verdadeira, na medida em que nem toda perturbação mental chega a constituir uma nítida doença mental.

Explica o mencionado autor que, de modo geral, os estados mentais que condicionam a semi-imputabilidade, seja sob a rubrica de perturbação mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, constituem a zona limítrofe entre a doença mental ou a oligofrenia e a normalidade psíquica, compreendendo “os casos

⁸⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, ob. cit., p. 325.

benignos de certas doenças mentais, as formas menos graves de debilidade mental, os estados incipientes, estacionários ou residuais de certas psicoses, os estados interparoxísticos dos epiléticos e histéricos, certos intervalos lúcidos ou períodos de remissão, certos estados psíquicos decorrentes de especiais estados fisiológicos (gravidez, puerpério, climatério), etc., e sobretudo o vasto grupo das chamadas personalidades psicopáticas (psicopatias em sentido estrito).”⁸⁶

9.1.6 Conseqüências do reconhecimento da semi-imputabilidade

A semi-imputabilidade está tratada no Código Penal como uma causa de diminuição de pena, facultando ao juiz, nesta hipótese, a redução de um a dois terços da pena.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt “a culpabilidade diminuída dá como solução a pena diminuída, na proporção direta da diminuição da capacidade”⁸⁷.

Ao contrário do que ocorre quando o agente é considerado inimputável, na hipótese ora tratada, não se há falar em absolvição, mas sim em condenação com a pena reduzida.

O artigo 98 do Código Penal possibilita ainda ao juiz, se entender que o condenado necessita de especial tratamento curativo, substituir a pena privativa de liberdade pela internação ou tratamento ambulatorial.

Importa frisar, por fim, que em sendo reconhecida a semi-imputabilidade, desde

⁸⁶ Idem., p. 327.

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*, .ob. cit., p. 313.

que obviamente presentes os demais pressupostos para a condenação, o agente deverá ser condenado com a pena reduzida, podendo ainda, na hipótese do artigo 98, ser substituída a pena por medida de segurança. Porém, desde a reforma de 1984 da Parte Geral do Código Penal, que aboliu o sistema chamado duplo binário que permitia a aplicação de medida de segurança após o cumprimento da pena, isto já não é mais possível. Pelo atual sistema, denominado vicariante, há a possibilidade, como dito, de substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança, mas não a aplicação sucessiva de pena e medida de segurança.

9.2. Críticas ao critério da inimputabilidade para o tratamento jurídico-penal do índio no Brasil.

O tratamento dado ao índio pelo reconhecimento de sua inimputabilidade ou de sua semi-imputabilidade parte do pressuposto de que ele possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Porém, pouca clareza há nesta pressuposição. Basileu Garcia⁸⁸, ao referir-se ao artigo 22 da redação original do Código Penal afirma que a cláusula desenvolvimento mental incompleto ou retardado, com maior clareza do que ao surdo-mudo e ao selvagem, alude aos oligofrênicos de toda a espécie: idiotas, imbecis e débeis mentais de acentuada debilidade.

Se, apesar da pouca clareza reconhecida por Basileu Garcia, boa parte da doutrina admite - e o faz, ao que tudo indica, com base na Exposição de Motivos de Francisco

⁸⁸ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, ob. cit., p. 330.

Campos, esta sim bastante expressa -, estar o índio selvagem inserido na cláusula desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sobram, por outro lado, dúvidas quanto à parte desta cláusula em que ele estaria inserido, se na do desenvolvimento mental incompleto, ou se na parte do retardado.

Vale perquirir então se o eventual reconhecimento da inimputabilidade ou da semi-imputabilidade do índio se dá, segundo o entendimento doutrinário, em razão de seu desenvolvimento mental incompleto ou em razão de seu desenvolvimento mental retardado.

Nelson Hungria parece ser contraditório neste particular. Ao afirmar inicialmente que “não há dúvida 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”⁸⁹, deixa transparecer que entende estar o índio inserido na cláusula desenvolvimento mental retardado.

Porém, linhas abaixo, ao explicar o entendimento da Comissão Revisora que teria ensejado a necessidade da referência ao desenvolvimento mental incompleto, apesar de já haver expressa previsão relativamente aos menores de dezoito anos, diz que “sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas”⁹⁰, o que leva a crer que o índio estaria inserido na cláusula desenvolvimento mental incompleto, lançando, assim, dúvidas sobre em qual destas rubricas, efetivamente, estaria inserido o índio selvagem.

Alguns autores, ao cuidar da questão ora em comento, referem-se ao fato do índio

⁸⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, ob. cit., p. 324.

⁹⁰ Idem, p. 324.

selvagem estar inserido, juntamente com o surdo-mudo, na cláusula desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sem, no entanto, especificar em qual de suas partes. Dentre eles Francisco de Assis Toledo⁹¹ e Paulo José da Costa Junior⁹².

Para Magalhães Noronha⁹³ os silvícolas não ajustados à vida civilizada estão compreendidos na cláusula desenvolvimento mental incompleto. Também este é o entendimento, dentre outros, de Álvaro Mayrink da Costa⁹⁴, Cezar Roberto Bitencourt⁹⁵, Damásio Evangelista de Jesus⁹⁶, Julio Fabbrini Mirabete⁹⁷, Fernando Capez⁹⁸ e Flavio Augusto Monteiro de Barros⁹⁹, sem, no entanto, explicarem este posicionamento.

Por outro lado, Miguel Reale Junior¹⁰⁰ entende que os silvícolas não aculturados estão referidos na cláusula desenvolvimento mental retardado. Porém, também não se estende sobre a matéria.

Assim, apesar de alguma divergência e de boa dose de imprecisão, a doutrina se posiciona no sentido de estar o índio selvagem inserido na primeira parte do dispositivo, ou seja, como tendo desenvolvimento mental incompleto.

De fato, se o desenvolvimento mental retardado está relacionado com as

⁹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, ob. cit., p. 317.

⁹² COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 115.

⁹³ NORONHA, Magalhães. *Direito penal*, vol I, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 164.

⁹⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – parte geral*, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 761.

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*, .ob. cit., p. 311.

⁹⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – parte geral*. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 504.

⁹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – parte geral*. Vol. I, São Paulo: Atlas, 2005.p. 211-212.

⁹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*, ob. cit., p. 287.

⁹⁹ BARROS, Flavio Augusto Monteiro de. *Direito penal – parte geral*. Vol I, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 365.

¹⁰⁰ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal – parte geral*. Vol. I, ob. cit., p. 210.

oligofrenias, e se com relação ao índio não há nada de patológico, como reconhecem, dentre outros, Aníbal Bruno¹⁰¹ e Cezar Roberto Bitencourt¹⁰², não se pode afirmar que seja nesta parte da cláusula que esteja inserido o índio selvagem.

Assim, por exclusão, e este parece ter sido o caminho trilhado por boa parte da doutrina, o índio estaria inserido na cláusula desenvolvimento mental incompleto.

Helena Cláudio Fragoso¹⁰³, ao admitir que os silvícolas estão inseridos nesta cláusula, reconhece, no entanto, que é impróprio dizer que tenham desenvolvimento mental incompleto.

Além de impróprio, não parece correto afirmar que o silvícola tenha desenvolvimento mental incompleto.

Desenvolvimento mental incompleto é aquele que naturalmente se completará, como ocorre com as crianças e os adolescentes que, com a vivência em seu próprio meio, com a experiência aí adquirida, com a internalização dos valores da sociedade em que vive, chegam à completude de seu desenvolvimento mental.

Não se pode dizer, por outro lado, que o índio selvagem – excluindo-se, obviamente, da mesma forma, as crianças e os adolescentes -, possa, vivendo ainda em seu próprio meio, com seus valores já internalizados, com a sua forma própria de compreender o mundo, completar o seu desenvolvimento mental. Evidente que o mesmo já está

¹⁰¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral*, tomo II, ob. cit., p. 137.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*, ob. cit., p. 311.

¹⁰³ FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 246.

completo.

A menos que, e este é o problema que ora se impõe, se tenha como paradigma de desenvolvimento mental completo, aquele do homem dito civilizado.

Assim, está implícita na conceituação de que o índio tem desenvolvimento mental incompleto, a idéia assimilacionista de que a tendência do índio é a de se integrar à sociedade não índia, assimilando seus valores, sua cultura, seu modo de compreender o mundo, etc. Ou seja, à medida que o índio vai se integrando à sociedade não índia, vai completando o seu desenvolvimento mental.

Abordando o tema, Carlos Frederico Marés de Souza Filho afirma haver nesta conceituação “a idéia etnocêntrica e monista de que o sonho de todo o índio é deixar de sê-lo”¹⁰⁴, de que “os índios acabarão num futuro próximo, quando encontrarem a alegria de viver na ‘pacífica, justa, doce e humana’ sociedade dos civilizados, e então o Direito penal ser-lhes-á aplicado em plenitude.”¹⁰⁵

Também acerca desta conceituação severa é a crítica de Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli que vêm aí “pretensões do tipo etnocentrista, que escondem, ou exibem, a pretendida superioridade da nossa civilização industrial”¹⁰⁶. Vale a transcrição integral do trecho em que se formula a crítica.

¹⁰⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos indígenas para o direito*, ob. cit., p. 111.

¹⁰⁵ Idem p. 111.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*,. ob. cit., p. 649.

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 freqüência. 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 freqüentíssimas 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 elucubração, uma ‘mentalidade primitiva’, que já foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas.¹⁰⁷

Com razão a crítica formulada. Não se há falar, em relação ao índio selvagem, em desenvolvimento mental incompleto na medida em que, biologicamente, tal afirmação não se sustenta. O desenvolvimento mental de um índio se volta para as suas coisas, aí compreendidos o seu modo de vida, o seu meio ambiente, os seus valores, enfim, os mais variados aspectos de sua cultura, na mesma proporção em que a mente de um não-índio se desenvolve voltada para o seu modo de vida, para o seu meio ambiente, para os seus valores, etc. Nada há hoje, de científico, que desmintam isso.

Se do ponto de vista biológico não há diferença entre o desenvolvimento mental do índio e do não-índio, esta diferença pode ser buscada no que diz respeito ao sentido em que este desenvolvimento mental se dirige. Tanto o índio se desenvolve no sentido da sua cultura quanto o não-índio se desenvolve no sentido da sua, sendo que, em muitos aspectos, as culturas podem ser representadas através de vetores, senão em sentido contrário, ao menos em sentidos desencontrados, o que pressupõe o desencontro entre a completude do desenvolvimento do índio e do não-índio, o que não significa, todavia, que num ou noutro caso não se tenha chegado à completude do desenvolvimento mental.

¹⁰⁷ Idem, p. 649.

Se não que se há falar, relativamente ao índio selvagem, em desenvolvimento mental incompleto – e muito menos em doença mental ou desenvolvimento mental retardado -, e se a legislação brasileira adotou, no tocante ao reconhecimento da inimputabilidade, o critério biopsicológico, é insustentável, já por esta premissa, o tratamento jurídico-penal do índio através do critério da inimputabilidade.

Pode-se objetar esta conclusão, como fazem alguns autores estrangeiros, argumentando, segundo sintetiza Gladys Yrureta¹⁰⁸, que a inferioridade do índio não é mental nem biológica, mas derivada das circunstâncias ambientais em que o índio desenvolve sua vida primitiva, reforçadas pelo seu baixo nível econômico, social e educacional.

Não há na doutrina nacional esta objeção. E nem poderia, já que, pelo critério adotado, o que causa a incapacidade de entendimento do caráter ilícito do fato ou de autodeterminação de acordo com este entendimento é a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e não qualquer outra causa que seja.

Pudesse hoje ser levado em conta, para a aferição da inimputabilidade, o baixo nível econômico, social e educacional e, talvez muito mais do que o índio, boa parte da população brasileira estaria nesta condição.

Mas não é este o argumento a rebater a objeção, e sim o fato de que ela parte, também, do pressuposto de que há relação de superioridade do não-índio para com o índio. Vale dizer, ainda que o que esteja a fundamentar a tese da inimputabilidade do índio seja,

¹⁰⁸ YRURETA, Gladys. *El Indígena ante La Ley Penal*, ob. cit., p. 126.

não o seu desenvolvimento mental incompleto, mas sim a sua suposta inferioridade econômica, social e educacional, há o pressuposto da sua inferioridade, o que não pode ser admissível, já que falar em superioridade do não-índio em relação ao índio, considerando que há aí um critério valorativo, é superiorizar os valores da sociedade não índia em detrimento daqueles cultivados pelas sociedades indígenas, o que implica, em última análise, no retorno à ideologia assimilacionista, que já não faz mais sentido.

Gladys Yrureta¹⁰⁹ rechaça esta objeção afirmando que ainda assim, tanto quanto quando se fala em desenvolvimento mental incompleto, parte-se de um pressuposto de que o índio carece de algo que, insensivelmente e sem esforço, todos os homens adquirem, que é a capacidade de apreciar a ilicitude de certos fatos socialmente danosos e de conduzir-se de acordo com esta apreciação o que significa reconhecer no índio deficiências que não se reconhecem no que ela chama de raças dominantes.

Portanto, as premissas de que partem os defensores do tratamento jurídico-penal do índio a partir do critério da inimputabilidade, seja a do desenvolvimento mental incompleto, seja a da inferioridade econômica, social e educacional, já não mais se sustentam, implicando, necessariamente, na conclusão de que este critério não mais encontra espaço na sistemática atual.

Porém, não são somente estas as críticas que se pode formular ao critério da imputabilidade. Se suas premissas são equivocadas, também é equivocada a consequência de sua aplicação.

¹⁰⁹ Idem, p. 126.

A consequência jurídica do reconhecimento da inimputabilidade como excludente da culpabilidade, com visto, é a aplicação da medida de segurança a partir da presunção de periculosidade do agente que cometeu um ilícito penal.

A medida de segurança consistente seja na internação seja no tratamento ambulatorial objetiva, além de afastar o agente de seu meio social, trata-lo.

O reconhecimento da inimputabilidade do índio que pratica um ilícito penal implica, necessariamente, na aplicação de uma medida de segurança, cuja finalidade, então, seria tratá-lo.

Se a inimputabilidade é reconhecida em função de um suposto desenvolvimento mental incompleto, o tratamento deveria consistir em fornecer condições ao índio para que ele pudesse complementar o seu desenvolvimento mental, ou seja, adequar-se ao modo de vida da sociedade não índia.

É possível, seja através de um tratamento ambulatorial, seja através de internação, fazer com que o índio que cometeu um ilícito penal possa deixar de lado seus valores para internalizar os valores da sociedade não índia, deixando, assim, de ser considerado perigoso? Parece que não.

Porém, ainda que fosse possível e que, por isso, não se dissesse totalmente inócua a aplicação da medida de segurança, restaria a pergunta: É legítimo? E aqui a resposta é negativa. É evidente que não.

Não pode ser legítimo obrigar o índio a internalizar valores que não lhe são próprios, assim como não pode ser legítimo que o índio imponha a um não-índio que estivesse passeando pela floresta amazônica e que praticasse qualquer conduta contrária à ordem jurídica de uma determinada tribo, que lá ficasse detido até aprender a falar a língua, a caçar, a pescar, enfim, a internalizar os valores próprios de sua cultura.

Assim, seja pela improbabilidade de que a aplicação da medida de segurança venha a fazer com que o índio forçosamente internalize valores da cultura não índia, seja principalmente pela completa ilegitimidade de tal pretensão, a medida de segurança está muito longe de ser medida adequada ao índio.

Em vias de conclusão deste tópico, pois, pode-se afirmar que o critério da imputabilidade, adotado pela legislação brasileira para o tratamento jurídico-penal do índio é inadequado, tanto porque parte de premissa falsa, qual seja, de que o índio tem desenvolvimento mental incompleto, tanto porque traz como consequência necessária a aplicação de medida de segurança, inócua no meio e ilegítima no fim a que se propõe.

10. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRITÉRIO DO ERRO

Os autores que criticam o critério da inimputabilidade para o tratamento jurídico penal do índio apontam como solução viável o critério do erro, em especial, do erro de proibição.

O erro de proibição, tanto quanto a inimputabilidade, atuam sobre a culpabilidade, já que tanto a imputabilidade como a potencial consciência da ilicitude são elementos da culpabilidade. Posto que são seus elementos, são diferentes entre si, tanto na essência, quanto nas conseqüências.

A diferença, na essência, entre a inimputabilidade e as demais causas excludentes da culpabilidade está em que, segundo Luis Jimenez de Asua¹¹⁰, o inimputável é psicologicamente incapaz e o é para todas as classes de ações, enquanto que o inculpável é completamente capaz, porém uma sua conduta específica não é reprovada em razão do erro ou por não se poder exigir naquelas circunstâncias outro modo de agir.

As conseqüências previstas no Código Penal brasileiro também são bastante diferentes. Se a conseqüência da inimputabilidade é a absolvição com a imposição de medida de segurança, como exposto acima, a conseqüência da inculpabilidade pelo erro é outra, conforme será exposto mais abaixo.

As diferenças, sejam na essência, sejam nas conseqüências, justificam a busca, no tocante ao índio, do critério mais adequado.

¹¹⁰ ASUA, Luis Jimenez de. *Princípios de Derecho Penal- La Ley y el Delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot editorial sudamericana, s/d p. 389.

Assim, neste tópico o trabalho visa a analisar se a adoção do critério do erro se apresenta como uma alternativa viável ao critério da inimputabilidade que, como visto no tópico acima, se mostra inadequado.

10.1. Erro

Erro, segundo Luis Jimenez de Asua¹¹¹, é a representação errônea de um objeto certo. O erro supõe uma falsa idéia, um conhecimento falso, sendo, pois, um estado positivo.

A doutrina antiga dividia o erro em dois tipos fundamentais: o erro de direito e o erro de fato, sendo este, em princípio escusável e aquele, também em princípio, já que havia exceções, inescusável.

Modernamente, fruto principalmente da doutrina alemã, o estudo do erro ganhou um novo enfoque, fato que, segundo Francisco de Assis Toledo¹¹², deve-se ao reconhecimento da existência de elementos normativos na culpabilidade, como a consciência da ilicitude, já que havia situações de erro de direito que incidiam exatamente sobre este elemento, não podendo mais ser tratado como inescusável.

O novo enfoque, inserido no Código Penal brasileiro com a reforma da Parte Geral de 1984, trata a questão do erro sob duas vertentes: o erro de tipo e o erro de proibição. Não houve apenas alteração das nomenclaturas, mas sim nova conceituação acerca do erro.

¹¹¹ Idem p. 390.

¹¹² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, ob. cit., p. 257.

Considerando que relevante para o objeto deste trabalho é o erro de proibição, hipótese em que os alguns autores entendem adequada para o tratamento jurídico-penal do índio, dele se cuidará no próximo tópico e, mais adiante, do erro culturalmente condicionado, também relevante para este trabalho.

10.1.2 Erro de proibição

Um dos elementos da culpabilidade é a consciência da ilicitude do fato.

Para que haja a consciência da ilicitude do fato, segundo Hans Welzel¹¹³, o agente tem que poder ser consciente da contradição da sua conduta com a ordem da comunidade em que se baseia a proibição penal. Ressalta o mencionado autor que não há a necessidade de conhecimento jurídico, ou seja, o agente não precisa conhecer a lei, mas também não basta a mera consciência da imoralidade de sua conduta, há a necessidade de, ao menos, se poder conhecer a ilicitude.

A doutrina refere-se à potencial consciência da ilicitude que consiste no fato do agente, ainda que não tendo a efetiva consciência do ilícito, a tem potencialmente, vale dizer, nas palavras de René Ariel Dotti, “quando o agente, embora não tendo a percepção da ilicitude do fato, deveria tê-la em face de sua capacidade de culpa resultante da idade e da integração no meio social”¹¹⁴.

Importante frisar que, conforme anota o supracitado autor, a integração no meio

¹¹³ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman – parte geral*. Santiago do Chile: Editorial Jurídica del Chile, 1993, p. 202.

¹¹⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, ob. cit, p. 347.

social é um dos fatores que determinam a potencialidade do agente de perceber o caráter ilícito do fato, o que, de certo modo, fundamenta a tese, relativamente ao índio não integrado, de que a ele pode-se aplicar o critério do erro.

Assim, para que haja culpabilidade é imprescindível que haja potencial consciência da ilicitude, já que esta é elemento daquela.

O erro de proibição atua sobre a culpabilidade, incidindo exatamente nesse seu elemento: potencial consciência da ilicitude, podendo, ao afastá-la, isentar de pena, por ausente a culpabilidade, o agente que pratica um fato típico e antijurídico.

O erro de proibição pode ser direto ou indireto. Será direto, quando o erro recair sobre o conhecimento da norma proibitiva; e indireto, quando recair sobre a permissão da conduta.

No primeiro caso, erro de proibição direto, o agente desconhece a norma proibitiva que trata do fato e, por isso, tem a sua conduta como lícita, ou ainda a conhecendo, a supõe não vigente ou a interpreta equivocadamente.

No segundo caso, erro de proibição indireto, o agente conhece a norma proibitiva, mas supõe erroneamente estar presente uma causa excludente de ilicitude, ou por desconhecer os limites jurídicos desta excludente ou ainda por supor a existência de uma causa não acolhida pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, o erro de proibição, seja direto seja indireto, pode ser vencível ou

invencível, dependendo da possibilidade do agente, naquela circunstância, de evitá-lo ou não.

Conforme anotam Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹¹⁵, não é possível estabelecer-se regras fixas para se aferir a evitabilidade ou não do erro.

A aferição deve se dar no caso particular, a partir da análise sobre a possibilidade do agente, em adotando as diligências que lhe poderiam ser exigíveis, alcançar ou não a consciência da ilicitude do fato. Se lhe era possível, cuida-se de erro vencível, também chamado evitável, se não, é caso de erro invencível ou inevitável.

10.1.3. Conseqüências do erro de proibição

O erro de proibição incide sobre a consciência da ilicitude, elemento da culpabilidade.

Se invencível, o erro exclui a consciência da ilicitude e, conseqüentemente, a culpabilidade. Sem culpabilidade, não há pena. Portanto, a conseqüência do reconhecimento do erro de proibição invencível é a absolvição do agente, por inculpável.

Importa ressaltar que, ao contrário do que ocorre com a absolvição decorrente da inimputabilidade, em que há a aplicação da medida de segurança, a absolvição pelo erro de proibição, de acordo com a legislação pátria, não acarreta qualquer conseqüência penal.

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*,. ob. cit., p. 651.

Se o erro for vencível, isto é, se o agente pudesse, no caso concreto, em sendo diligente, evita-lo, não estará afastada a consciência da ilicitude e, conseqüentemente remanescerá a culpabilidade, ensejando a sua condenação.

Todavia, ainda que não excluída, a consciência da ilicitude é afetada, afetando, via de conseqüência a culpabilidade. Diminuída a culpabilidade, reduzida também deverá ser a pena. Assim é que, o artigo 21 do Código Penal brasileiro estabelece, para a hipótese, a diminuição da pena, de um sexto a um terço. Destarte, o erro de proibição vencível encerra causa de diminuição de pena.

10.1.4. Erro culturalmente condicionado

A doutrina do erro culturalmente condicionado idealizada por Eugenio Raul Zaffaroni e abraçada, posteriormente, por José Henrique Pierangeli na obra que escreveram conjuntamente – Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral -, parte do reconhecimento de que, além do erro que afeta o conhecimento da ilicitude, há o erro que afeta a compreensão da ilicitude, ambos redundam no erro de proibição.

Compreensão, explica Eugenio Raul Zaffaroni¹¹⁶, é algo diferente de conhecimento, é mais abrangente. O conhecimento é pressuposto da compreensão. Pode haver conhecimento sem compreensão, mas não pode haver compreensão sem conhecimento.

Se a não compreensão da norma, a não internalização de seu valor, se dá em razão do condicionamento cultural do agente, está-se diante de um erro de compreensão

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal, parte general*. vol IV. Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 190.

culturalmente condicionado.

Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli assim explicam e exemplificam o erro de compreensão culturalmente condicionado:

Se visitamos a casa de um esquimó e seu ocupante quer agradar-nos, oferecendo-nos sua mulher perfumada com urina, para nós será muito difícil aceitar o presente, e, embora saibamos que o anfitrião tomará isto como uma ofensa, será extremamente árduo internalizar a regra de conduta que evite a injúria que lhe fazemos. Se um juiz esquimó tivesse que julgar-nos pela injúria cometida, dificilmente poderia exigir-nos que tivéssemos internalizado esta regra de conduta. Da mesma maneira, o indígena de uma comunidade que tem seus próprios ritos para funerais e sepultamentos, talvez incorra numa tipicidade contravencional ao violar as regulamentações sobre inumações, mas é muito duro exigir-lhe que abandone todas estas regras para acolher as nossas e reprovar-lhes porque não o tenha feito. Nós, cometendo injúrias ao rejeitar a mulher perfumada com urina na sociedade esquimó, e o indígena, violando disposições sobre sepultamentos em nossa sociedade, estaremos em situações de erro de compreensão, porque não era de nós exigível a possibilidade de entender a antijuridicidade da conduta, no sentido de internalizar as normas. Nestes casos, estaremos diante de um erro de proibição invencível, na forma de erro de compreensão.¹¹⁷

Pode-se dizer, então, que o erro de compreensão culturalmente condicionado se apresenta na situação em que o agente, mesmo conhecendo a ilicitude do fato, não a compreende, por não internalizar os valores contidos na norma que o rege. E, não internaliza estes valores porque desconhecidos ou incompatíveis com aqueles que pertencem à sua cultura.

O respeito à diversidade cultural e, conseqüentemente, aos valores das diversas culturas, garante ao agente o direito de não se deixar contaminar por valores culturais que não sejam os seus. Ou, melhor dizendo, não se pode obrigar, e muito menos sob a ameaça

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*,. ob. cit., p. 646.

do direito penal, que o agente internalize valores diferentes ou incompatíveis com os valores de sua cultura. Não se pode exigir do agente que atue em conformidade com os valores culturais que lhe são desconhecidos ou incompatíveis com os seus.

Esta parece ser a premissa de que se parte para sustentar a inculpabilidade do agente em razão da incompreensão dos valores culturais contidos na norma, valores estes que se distanciam dos seus.

O erro de compreensão culturalmente condicionado, apesar de não ser direcionado especificamente à questão indígena, podendo ter aplicação em qualquer situação em que haja um conflito cultural, como o próprio exemplo dos esquimós acima transcrito, é apresentado pelos supracitados autores como um critério para o tratamento jurídico-penal do índio.

Especificamente quanto à questão do índio, argumentam Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, concluindo pelo acerto do critério do erro de compreensão culturalmente condicionado:

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 senão a de respeitar a sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões do tipo etnocentrista, que escondem, ou exibem, a pretendida superioridade da 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 à 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.¹¹⁸

¹¹⁸ Idem, p. 649.

O erro de compreensão culturalmente condicionado foi expressamente acolhido pelo Código Penal peruano de 1991, que em seu artigo 15 estabelece que aquele que, em razão de 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 de responsabilidade penal, ou ainda, terá a sua pena atenuada se, pelas mesmas razões, tiver diminuída a sua possibilidade de compreensão ou autodeterminação.

Comentando este dispositivo, Teresa Manso Porto¹¹⁹ o afirma ser um preceito especial que encontra seu sentido em um Estado que se constitui como uma nação pluricultural em que convivem diferentes grupos étnicos e culturais, com línguas, costumes e identidades culturais próprias.

Em sentido semelhante a opinião de Raul Peña Cabrera¹²⁰, para quem a previsão do erro de compreensão culturalmente condicionado atende à heterogeneidade étnico-cultural do Peru e se faz necessária na medida em que ressalta o respeito aos valores culturais distintos - nem melhores nem piores que os da sociedade ocidental -, ressalta o autor.

Em vias de conclusão deste tópico, pode-se afirmar que a doutrina do erro de compreensão culturalmente condicionado se constrói sobre a premissa de que um Estado plural e democrático deve respeitar a diversidade cultural.

O respeito à diversidade cultural implica na impossibilidade de se exigir de

¹¹⁹ PORTO, Teresa Manso. La regulación del error en el Código Penal peruano. *Revista Peruana de Ciencias Penales* n° 12, Lima: Idemsa, 2002, p. 76.

¹²⁰ CABRERA, Raúl Pena. El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2° parágrafo) y 15 del código penal peruano. *Revista de derecho penal y criminología* n° 3. Madrid: Universidad nacional de educacion a distancia – facultad de derecho, 1993, p. 608.

membros pertencentes a culturas diversas, que já têm internalizados os seus valores próprios, que ajam em desconformidade com estes valores para, ao contrário, seguirem os valores contidos na norma, quando houver conflito entre eles.

Destarte, se não se pode exigir a conduta em conformidade com os valores da norma e desconformidade com os valores culturais internalizados no agente, não se pode culpá-lo por não ter assim agido, de forma que o erro de compreensão culturalmente condicionado, segundo sustentam seus idealizadores, afasta a potencial consciência da ilicitude e, conseqüentemente, a culpabilidade.

10.1.5. Críticas ao critério do erro para o tratamento jurídico-penal do índio

Muito mais do que críticas, a adoção do critério do erro para o tratamento jurídico-penal do índio merece elogios. Parece ser um grande avanço em relação ao critério da inimputabilidade por buscar romper com a ideologia etnocentrista e integracionista em que este se baseia para, por outro lado, procurar mecanismos de respeito à diversidade cultural.

A premissa de que partem os autores que sustentam a adoção do critério do erro é digna de encômios por ser condizente com um estado pluralista e democrático, consoante já exposto acima.

Por outro lado, as conseqüências jurídico-penais decorrentes do erro, ou seja, a afetação da culpabilidade, seja afastando-a, no caso do erro invencível, seja diminuindo-a, na hipótese do erro vencível, também parecem adequadas. Com efeito, não merece reprovação penal e tampouco tratamento, o indígena que em razão de sua condição não

tem consciência da ilicitude do fato que vem a praticar.

Assim, a adoção do critério do erro para o tratamento jurídico-penal do índio parte de uma premissa acertada e tem como consequência uma solução adequada: a inculpabilidade.

Estes fatos, por si só, já são o bastante para que o critério do erro possa ser visto de forma positiva. Um avanço que merece aplausos. Aplausos que têm vindo, em especial quanto ao erro de compreensão culturalmente condicionado, de boa parte da doutrina estrangeira.

Raul Cervini, ao comentar o erro de compreensão culturalmente condicionado como critério a ser aplicado para o tratamento jurídico-penal do índio, diz que, com isso, “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”¹²¹.

Todavia, ainda que mereça aplausos, a adoção do critério do erro apresenta alguns problemas que devem ser apontados e que, talvez, façam com que ele deixe de ser o mais adequado.

A primeira questão que se impõe, então, é saber se de acordo com o direito positivo brasileiro o critério do erro para o tratamento jurídico-penal do índio encontra amparo legal.

¹²¹ CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 155.

O artigo 21 do Código Penal que dispõe sobre o erro de proibição, utiliza-se da expressão “erro sobre a ilicitude do fato”, expressão esta que, interpretada em conjunto com o parágrafo primeiro do indigitado dispositivo, significa falta de consciência da ilicitude do fato.

Assim, se o índio desconhece o caráter ilícito do fato, incide em erro e tem em seu favor a excludente de culpabilidade do erro de proibição.

Até aqui nenhum problema. Neste plano a exculpante do erro de proibição se aplica ao índio, assim como se aplica a qualquer pessoa que desconheça o caráter ilícito do fato.

Todavia, como já dito, há situações em que o índio conhece o caráter ilícito do fato, mas não o compreende em razão dos valores próprios de sua cultura, exatamente a hipótese do erro de compreensão culturalmente condicionado.

O que se procura saber, então, é se o erro de compreensão culturalmente condicionado encontra amparo no dispositivo penal que cuida do erro de proibição. Se a expressão “consciência da ilicitude” abarca “compreensão da ilicitude” ou somente “conhecimento da ilicitude”.

Como já dito, o idealizador da doutrina em comento é Eugenio Raul Zaffaroni, autor argentino. Segundo ele, não há dúvida de que o erro de compreensão culturalmente condicionado é espécie do erro de proibição. Em quadro sinótico de sua obra escrita em

conjunto com José Henrique Pierangeli¹²² ele demonstra haver duas hipóteses de erro: uma que incide sobre o conhecimento da norma e outra que incide sobre a compreensão da norma, esta mais abrangente, já que compreensão compreende conhecimento.

Tal afirmação, todavia, pode ter como base o próprio Código Penal argentino que, ao cuidar do erro em seu artigo 34, o mesmo que cuida da inimputabilidade, usa a expressão “*comprender la criminalidad del acto*”. Assim, considerando a legislação argentina, parece claro que o erro de compreensão culturalmente condicionado se enquadra como erro de proibição.

A afirmação de Eugenio Raul Zaffaroni, destarte, parece incontestável diante da legislação argentina, mas o problema é se também o será diante da legislação brasileira.

Outro fator que está a lançar dúvidas sobre o enquadramento do erro de compreensão na redação do artigo 21 do Código brasileiro é a analogia ao Código peruano.

O fato do Código peruano ter feito expressa referencia ao erro de compreensão culturalmente condicionado pode ser significativo de que o mesmo não estava abarcado pelo dispositivo que cuidava do erro de proibição, ensejando, assim, a necessidade de uma redação específica. O dispositivo que cuida do erro de proibição utiliza-se da expressão “*error sobre la ilicitud del hecho*”, expressão semelhante à do Código brasileiro “erro sobre a ilicitude do fato”.

Se o erro de compreensão não estava abarcado pelo dispositivo que cuida do erro de

¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, ob. cit. p. 640.

proibição e, se este tem redação semelhante à do Código brasileiro, pode-se objetar que também o Código brasileiro, ao cuidar do erro de proibição, não chega a abranger o erro de compreensão.

A doutrina brasileira, de modo geral, fala em conhecimento da ilicitude e não em compreensão. Mas não chega a diferenciar conhecimento de compreensão, de modo que, pouca reflexão há, entre autores brasileiros, acerca do erro de compreensão, o que não permite um maior avanço por este caminho acerca da indagação em análise.

O único autor brasileiro a sustentar abertamente a hipótese de erro de compreensão como espécie de erro de proibição parece ser José Henrique Pierangeli que o faz, no entanto, na obra escrita conjuntamente com Eugenio Raul Zaffaroni.

René Ariel Dotti¹²³, mesmo sem cuidar do erro de compreensão culturalmente condicionado, ao contrário da maior parte dos autores, não conceitua consciência da ilicitude como conhecimento da ilicitude, mas sim como compreensão ou percepção da ilicitude, o que vai ao encontro da posição de José Henrique Pierangeli e Eugenio Raul Zaffaroni.

A questão – estar o erro de compreensão culturalmente condicionado abarcado pelo dispositivo do Código Penal brasileiro que cuida do erro de proibição – é de certa forma duvidosa.

Esta dúvida, que talvez possa se constituir num obstáculo, ainda que transponível, à

¹²³ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, ob. cit, p. 347.

aplicação de forma mais ampla do critério do erro para o tratamento jurídico-penal do índio no Brasil, pode ser apontada, aqui, como a primeira crítica.

Vale dizer, a aplicação do erro de proibição em virtude do não conhecimento da ilicitude do fato não apresenta grandes problemas já que encontra expressa previsão legal. Porém, não chega a ser satisfatória, pois não atinge uma situação que igualmente merece atenção, que é aquela em que o agente, em razão de seu condicionamento cultural conhece, mas não compreende a ilicitude do fato, situação esta abarcada pelo erro de compreensão culturalmente condicionado, cuja dúvida acerca da sua subsunção à descrição normativa do erro de proibição é o que compõe a crítica ora formulada.

De todo modo, há de ser dito, a dificuldade de aplicação do critério do erro de compreensão culturalmente condicionado como espécie do erro de proibição, não será maior do que a de outras soluções que este trabalho possa propor, já que neste terreno não parece haver a possibilidade de um critério de fácil aplicação e imune a críticas.

Porém, a crítica acima formulada não parece ser a única cabível.

Se erro é a falsa representação de um objeto verdadeiro, se é a falsa suposição de algo, não é disso que se cuida.

Nada há de falso na representação de um indivíduo que age de acordo com os valores culturais que lhe foram internalizados desde a sua infância e que são absolutamente condizentes com o meio em que vive.

Se a grande crítica que se faz à utilização do critério da inimputabilidade é que ele parte de uma suposta superioridade da sociedade não índia, ainda que com menor carga, esta crítica aqui também é válida, na medida em que ao se falar em erro, supõe-se como certos os valores contidos na norma, cuja não internalização provocou a conduta e errados os demais.

Luis Francia Sanchez¹²⁴, apesar de entender que o critério do erro de compreensão culturalmente condicionado é o que mais se aproxima de uma solução adequada, não deixa de formular crítica algo semelhante à acima exposta. Sustenta o indigitado autor que o índio não atua por erro, mas sim por um condicionamento cultural e que seus valores e padrões culturais não são uma forma errônea de perceber o mundo, mas uma forma própria, tão válida quanto as outras. Conclui, ainda, o autor em comentário dizendo que a percepção dos valores culturais indígenas como erro não deixa de ser uma forma de visão etnocêntrica da sociedade.

Destarte, pode-se concluir este tópico dizendo que, se por um lado o critério do erro, e em especial do erro de compreensão culturalmente condicionado, se apresenta como um grande avanço para o tratamento jurídico-penal do índio, na medida em que procura romper com a ideologia assimilacionista e etnocentrista em que se baseia o critério da inimputabilidade, para respeitar a diversidade cultural e os valores próprios das diferentes culturas; por outro, apresenta alguns pequenos problemas, o que o torna suscetível a críticas. Entre estes problemas, menciona-se a eventual dificuldade de sua aplicação em razão da forma com que está posto no nosso Código o erro de proibição - dificuldade esta que também se manifestará na aplicação de outro critério -, o que minimiza a crítica, bem

¹²⁴ SANCHEZ, Luis Francia. Comentários. KALINSKY, Beatriz. *Justicia, Cultura y Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 159.

como menciona-se também, e aqui com mais severidade, a impropriedade de se falar em erro o que, na verdade erro não é, a menos que se entendam como errados os valores próprios das culturas indígenas, entendimento este que não deixa de ser etnocêntrico e, bem por isso, também passível de ser criticado.

11. ALTERNATIVAS POSSÍVEIS

Partindo da mesma premissa de que parte Eugenio Raul Zaffaroni quando propõe a doutrina do erro de compreensão culturalmente condicionado e chegando nas mesmas conseqüências, porém, procurando no caminho evitar algumas impropriedades, este trabalho propõe, como uma possível solução para o tratamento jurídico-penal do índio a adoção do critério da inexigibilidade de conduta diversa.

A proposta deste critério parte também da constatação de que, ao lado da imputabilidade e da potencial consciência da ilicitude, como elemento da culpabilidade, está a exigibilidade de conduta diversa.

Se para afastar ou a atenuar a consciência da ilicitude, o Código Penal brasileiro prevê o erro de proibição, seja invencível, seja vencível, incidindo na culpabilidade para excluí-la ou diminuí-la; para afastar este outro elemento da culpabilidade, a exigibilidade de conduta diversa, o Código prevê, em seu artigo 22, as hipóteses de coação moral irresistível e obediência hierárquica.

Além das causas legais que excluem a culpabilidade em razão da inexigibilidade de conduta diversa, há as causas supralegais, entre as quais este trabalho propõe seja incluída a situação do índio que age em conformidade com os seus valores culturais.

Antes, no entanto, de se abordar a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente da culpabilidade e como critério adequado ao tratamento jurídico-penal do índio, cabe a este trabalho procurar entender o porquê de não ter Eugenio Raul Zaffaroni

cuidado disso, já que tendo avançado no tema como o fez, sua omissão poder-se-ia justificar por duas hipóteses: entender ele ser absurda por si só esta proposição, o que a desmereceria sobremaneira, ou não admitir, em sua sistemática, a inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade.

E esta última parece ter sido a justificativa. O autor em comento, bem como José Henrique Pierangeli, apenas reconhecem “que a inexigibilidade de uma conduta diversa e adequada ao direito é a natureza última de todas as causas de ausência de culpabilidade”¹²⁵, isto é, o próprio reconhecimento de uma situação de erro, em última análise, implica em não se poder reprovar a conduta por não se poder exigir do agente que se porte de maneira diversa da que se portou, já que não compreende a ilicitude do fato. Mas, ditos autores se negam “a reconhecer que haja uma causa de inculpabilidade – legal ou ‘supralegal’- de ‘inexigibilidade de outra conduta’”¹²⁶. Afirmam que “a coação e a obediência hierárquica, não têm autonomia doutrinária, embora a tenham legal.”¹²⁷

Destarte, em se reconhecendo a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente da ilicitude, a proposição deste trabalho passa a ser plausível.

11.1 Inexigibilidade de conduta diversa

Ao lado da consciência da ilicitude e da imputabilidade, como elemento da culpabilidade, está a exigibilidade da conduta conforme ao direito. Ou seja, para que se possa dizer da existência de culpabilidade é imprescindível que se possa exigir do agente,

¹²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, ob. cit. p. 653.

¹²⁶ Idem, p. 653.

¹²⁷ Ibidem, p. 654.

nas circunstâncias em que se dá a conduta, que ele se porte de acordo com a norma. Se, por alguma razão – inclusive o condicionamento cultural -, não se puder exigir do agente que se comporte de acordo com a norma, não se poderá culpá-lo por não tê-lo feito, ou ainda, não se poderá culpá-lo pelo que fez em desacordo com a norma.

Assim, se por um lado é elemento da culpabilidade a exigibilidade de conduta conforme o direito, por outro, a inexigibilidade de conduta diversa (diversa da conduta típica e antijurídica adotada pelo agente) é causa excludente da culpabilidade.

Apesar de haver posições contrárias, a inexigibilidade de conduta diversa é reconhecida por grande parte da doutrina como uma causa excludente da culpabilidade.

Para Hans Welzel¹²⁸, com a confirmação da imputabilidade e da possibilidade de conhecimento da ilicitude, se encontra estabelecida materialmente a culpabilidade, porém, isto não significa que o ordenamento jurídico terá que fazer um juízo de reprovabilidade desta culpabilidade, podendo, ao contrário, renunciar a este juízo e exculpar o agente, absolvendo-o nas hipóteses em que se encontrar fortemente diminuída a possibilidade do agente motivar-se de acordo com a norma, ou seja, nas hipóteses em que não se puder exigir do agente que atue conforme a norma.

Luis Jimenez de Asua¹²⁹, por seu turno, entende haver duas grandes causas de inculpabilidade: o erro, com suas espécies e variedades, e a não exigibilidade de outra conduta. Para o mencionado autor, apesar de alguns códigos trazerem algumas causas legais em que se reconhece a inexigibilidade de outra conduta, “*la importância, y hasta la*

¹²⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman – parte geral*, ob. cit., p. 210.

¹²⁹ ASUA, Luis Jimenez de. *Princípios de Derecho Penal- La Ley y el Delito*, ob. cit., p. 390.

*esencia, de esta causa genérica de inculpabilidad, radica justamente en ser supralegal*¹³⁰.

Francisco Muñoz Conde¹³¹ também reconhece a inexigibilidade de conduta diversa com causa excludente da culpabilidade, trazendo à colação as três hipóteses previstas no Código espanhol: o estado de necessidade entre bens de igual valor, o medo insuperável e o favorecimento entre parentes.

Importa notar que, à exceção do estado de necessidade entre bens de igual valor, que alguns doutrinadores brasileiros, chamando-o de estado de necessidade exculpante, entendem também ser aqui uma causa de exclusão da culpabilidade, e não da ilicitude, as demais hipóteses trazidas pelo Código espanhol diferem das mencionadas pelo direito brasileiro, sejam as legais, sejam as supraleais, o que, de certa forma, permite pressupor a possibilidade de extensão das causas de inexigibilidade de conduta diversa.

Já Francisco de Assis Toledo não só reconhece a inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade, como também a eleva a condição de princípio fundamental do direito penal:

A contrario sensu, chega-se à conclusão de que não age culpavelmente – nem deve ser, portanto, responsabilizado pelo fato – aquele que, no momento da ação ou da omissão, não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência, não lhe era exigível comportamento diverso. A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.¹³²

¹³⁰ Idem, p. 415.

¹³¹ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*, ob. cit., p. 162.

¹³² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, ob. cit., p. 328.

René Ariel Dotti também entende ser a inexigibilidade de conduta diversa uma causa excludente da culpabilidade, referindo-se à existência tanto de hipóteses legais, como supralegais desta excludente.

Portanto, pode-se dizer que a doutrina, de um modo geral, reconhece a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente da culpabilidade, presente sempre que, em razão das circunstâncias, não se puder exigir do agente que atue em conformidade com o disposto na norma penal, não se podendo, bem por isso, culpa-lo por ter agido do modo com que agiu.

A doutrina também reconhece a existência de causas legais e supralegais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

11.1.1 Causas legais de inexigibilidade de conduta diversa

As causas legais de inexigibilidade de conduta diversa variam de código para código. Há causas legais previstas no Código espanhol, por exemplo, que não são previstas aqui, o que não significa que, aqui, não possam ser tratadas como causas supralegais. Esta variação de causas legais parece servir para reforçar a possibilidade de ampla aceitação de causas supralegais.

O Código Penal brasileiro traz duas hipóteses de causas legais de inexigibilidade de conduta diversa: coação irresistível e obediência hierárquica, ambas previstas no artigo 22.

A coação pode se dar, tanto pelo emprego de força física, quanto por grave ameaça,

sujeitando o agente à prática do fato em situação tal que não se lhe poderia exigir que adotasse conduta diversa.

A coação pode ser irresistível, hipótese, dependente de verificação no caso concreto, em que o agente não a poderia superá-la. Neste caso, exclui-se a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Todavia, a coação pode ser resistível, hipótese, também dependente de verificação no caso concreto, em que se conclui pela possibilidade do agente de superá-la. Isto é, em razão da pouca intensidade da força física ou ainda da pouca intensidade do mal prometido no caso da ameaça, se poderia exigir do agente, ainda que isto lhe custasse um maior esforço, que resistisse a coação e se abstivesse da conduta.

Nesta hipótese, ainda que se possa exigir do agente que adote conduta diversa da adotada e aja em conformidade com a norma, se reconhece que esta conduta lhe será mais pesada, lhe custará um maior esforço, o que diminui o grau de sua exigibilidade, diminuindo, via de consequência, a reprovabilidade pelo não atuar em conformidade com a norma, isto é, a culpabilidade.

Diminuída a culpabilidade, há também de se diminuir a pena. Por isso é que a coação resistível é atenuante, prevista no artigo 65, inciso III, alínea c do Código Penal.

A segunda causa legal de inexigibilidade de conduta diversa é a obediência hierárquica, denominação para a hipótese em que o agente atua em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico.

Não se pode exigir de alguém que, em face de uma ordem de superior hierárquico, desde que não seja manifestamente ilegal, deixe de obedecê-la. Assim, o agente, por não se lhe poder exigir que se abstenha da conduta ordenada por seu superior, deixa de ser culpável, incidindo aí a excludente em comento.

Da mesma forma, ainda que ilegal a ordem, apesar de se poder exigir do agente que se abstenha da conduta, esta exigibilidade resta diminuída, afetando a culpabilidade e ocasionando a atenuação da pena, como previsto no artigo 65, inciso III, alínea c.

Estas as duas causas legais que incidem sobre o elemento exigibilidade de conduta diversa. Importa frisar que a consequência de seu reconhecimento, quando preenchidos todos os requisitos previstos, é a exclusão da culpabilidade. Todavia, há situações em que, mesmo quando não preenchidos todos os requisitos, estas causas se apresentam de forma incompleta, atuando sobre a culpabilidade, diminuindo-a e provocando, em razão do menor grau de exigibilidade da conduta conforme ao direito, uma atenuação da pena.

11.1.2 Causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa

Os autores que reconhecem a inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade referem-se sempre à existência, além das causas legais, de causas supralegais, sendo este, aliás, um dos pontos altos desta excludente.

Por serem supralegais, não há um rol taxativo destas causas, mas a doutrina acaba por elencar algumas, sem que isso signifique, no entanto, a possibilidade de que outras venham a ampliar este rol.

René Ariel Dotti¹³³ refere-se a existência de quatro grupos de causas supralegais de exculpação: cláusula de consciência, provocação da legítima defesa, desobediência civil e conflito de deveres.

Não é objeto deste trabalho a análise destas causas supralegais, mas apenas para ilustrar, interessa tecer alguns comentários a respeito da consciência dissidente.

A cláusula de consciência, diz Juarez Cirino dos Santos, “constitui a experiência existencial de um sentimento interior de obrigação incondicional, cujo conteúdo não pode ser valorado como certo ou errado pelo juiz, que deve verificar, exclusivamente, a correspondência entre decisão exterior e mandamentos morais da personalidade”¹³⁴.

Como exemplos de cláusula de consciência a doutrina traz a recusa de prestação de serviço militar, a recusa de transfusão de sangue no filho, por motivos religiosos, o médico que deixa de salvar a vida da gestante em perigo por recusar-se a fazer o aborto, etc.

Não necessariamente a cláusula de consciência será uma excludente de culpabilidade, mas poderá sê-lo, sustenta René Ariel Dotti, “se houver proteção concreta do bem jurídico por uma alternativa neutra”¹³⁵.

A cláusula de consciência é tratada por Eugenio Raul Zaffaroni e por José Henrique Pierangeli sob a denominação de consciência dissidente, sendo, para eles, uma das hipóteses que poderá redundar no erro de compreensão e, conseqüentemente, na

¹³³ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, ob. cit, p. 427.

¹³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Renavan, 2002, p. 226.

¹³⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, ob. cit, p. 427.

inculpabilidade. Sustentam os indigitados autores que “quem age com consciência dissidente, ou seja, quem assume sua conduta como resultado de um esquema geral de valores distintos do nosso, tem ao menos em algo reduzida a sua capacidade de entender a ilicitude”¹³⁶.

Interessa notar, em abono à alternativa proposta por este trabalho, que a cláusula de consciência, tratada por parte da doutrina como uma possível causa supralegal de excludente da culpabilidade decorrente da inexigibilidade de conduta diversa, é tratada por Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, como uma causa que pode redundar num erro de compreensão, tal qual a hipótese do erro de compreensão culturalmente condicionado.

Vale dizer, se para Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a consciência dissidente se aproxima do condicionamento cultural, ambas podendo desembocar no erro de compreensão; e se, para René Ariel Dotti, a consciência dissidente pode ser uma causa supralegal de excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, é plausível propor também o condicionamento cultural, hipótese relacionada aos valores das sociedades indígenas, como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Além destas causas mencionadas por René Ariel Dotti, a jurisprudência vem reconhecendo, em uma série de situações não previstas em lei, a inexigibilidade de conduta diversa.

¹³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, ob. cit. p. 647.

Francisco de Assis Toledo¹³⁷ traz à colação acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, de que foi relator, no qual se decidiu pela possibilidade, em caso de homicídio, de se quesitar aos jurados fatos e circunstâncias que digam respeito à inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de excludente de culpabilidade.

Em casos de apropriação indébita previdenciária também se tem acolhido esta excludente nas situações em que o motivo da falta de recolhimento das contribuições tenha sido dificuldade financeira apresentada pela empresa.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão da Sexta Câmara Criminal relatado pelo Desembargador Eduardo Mayr, reconheceu haver inexigibilidade de conduta diversa na hipótese de agente, trabalhador rural, possuidor de arma sem marca e sem numeração, que não a tenha apresentado à autoridade policial para registro¹³⁸.

Em caso de homicídio culposo, a Décima Terceira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em acórdão relatado por Roberto Mortari, reconheceu a excludente em tela, tendo ficado assim a ementa: “Inadmissível a condenação de motorista de ônibus, pelo crime do art. 121, par. 3º do CP., no caso de queda de policial militar no leito carroçável por teimar o meliciano em permanecer nos degraus da porta dianteira do veículo, impedindo seu fechamento, e obrigando o condutor, por inexigibilidade de conduta diversa, a tocar adiante o veículo”¹³⁹.

Vale ainda a transcrição da ementa de acórdão da Segunda Câmara do Tribunal de

¹³⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, ob. cit., p. 329.

¹³⁸ ACr. nº 3.335/00 – Paraíba do Sul, RJ – *Boletim da AASP*, 2272 p. 576e de 15/07/2002.

¹³⁹ Apelação nº 712595, acórdão de 10/05/1994, rolo-flash 834/201.

Alçada Criminal de São Paulo, relatado por Haroldo Luz, em que se decidiu pela absolvição do agente, em crime contra a economia popular, com base na inexigibilidade de conduta diversa: “Sendo admitida, no direito brasileiro, a inexigibilidade de outra conduta como causa de exclusão da culpabilidade, nos fatos dolosos inclusive, quando houver colisão de deveres e circunstâncias excepcionais que alterem a orientação da vontade do agente, mantém a absolvição dos réus de delito do art. 2º, inciso VI, da Lei de Economia Popular, cuja conduta constituiu na transgressão do tabelamento de gênero alimentício por ele já adquirido com o preço majorado pelo fabricante.”¹⁴⁰

Portanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem várias situações em que a inexigibilidade de conduta diversa afasta a culpabilidade.

11.1.3. O Critério da inexigibilidade de conduta diversa para o tratamento jurídico-penal do índio

O presente trabalho propõe como uma alternativa possível à utilização dos critérios da inimputabilidade e do erro, o critério da inexigibilidade de conduta diversa para o tratamento jurídico-penal do índio, seja isoladamente, em casos onde é suficiente para afastar a culpabilidade, seja combinado com o critério da individualização da pena, onde a inexigibilidade não tiver força suficiente para afastar a culpabilidade, mas tão somente para atenuá-la.

Importa mencionar que este critério se apresenta como uma alternativa plausível para algumas hipóteses, mas não afasta a possibilidade de ser o índio considerado inimputável, quando de fato o seja pelas mesmas razões que o não-índio, bem como não

¹⁴⁰ Apelação nº 771043, acórdão de 01/04/1993, rolo-flash 734/529.

afasta a possibilidade de utilização do critério do erro de proibição, quando o agente desconhecer o caráter ilícito do fato.

A inexigibilidade de conduta diversa deve ser utilizada seja para afastar a culpabilidade, seja para atenuá-la, nas hipóteses em que o índio, sendo imputável e podendo conhecer a ilicitude do fato, encontra dificuldade de se portar de acordo com a norma de regência em razão do conflito existente entre os seus valores e os valores da norma.

Adaptando o que sustentam Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli quando cuidam da consciência dissidente, pode-se aqui afirmar que o indígena quando age de acordo com seus costumes e hábitos próprios de seu povo, assume sua conduta como resultado de um esquema geral de valores, muitas vezes distintos do nosso. À medida em que esquema geral de valores deve ser respeitado e é inclusive protegido, não se pode reprovar esta conduta.

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 de conduta diversa. Se não, não se há falar nesta excludente.

Thais Luzia Colaço¹⁴¹ noticia que a eutanásia era uma prática aceita pelos índios Guarani. Considerando que ainda seja e que, provavelmente também o seja em vários

¹⁴¹ COLAÇO, Thais Luzia. *A incapacidade indígena*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 185.

outros povos, isto quer significar que este fato, dentro do quadro geral de valores desses povos, é aceito. Assim, se um índio de um desses povos, ainda que tenha conhecimento de que este fato é considerado criminoso pelo Código Penal, refletindo assim os valores da sociedade não índia, vier a praticar a eutanásia, estará acobertado pela excludente de inexigibilidade de conduta diversa, já que agiu em conformidade com os valores que regem o comportamento de seu povo.

Se, por outro lado, um índio, cujo povo não aceite a eutanásia, vier a praticá-la, não estará acobertado por esta excludente, já que não terá atuado em conformidade com os valores que regem o comportamento de seu povo.

Da mesma maneira, o adultério, o aborto, a prática do 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 de culpabilidade em comento.

Importante frisar que o fator determinante não é o fato da conduta não ser considerada criminosa pelos valores de tal ou qual povo indígena. Este fato até pode originar uma conduta exculpável em razão do erro de proibição, mas só o será se o índio agente não tiver consciência da ilicitude.

A hipótese aqui é outra. Diz respeito ao agente que conhece a ilicitude do fato, mas não consegue se portar de maneira diferente em razão dos seus valores, em razão dos valores de seu povo, que lhe estão já internalizados e que são conflitantes com os valores

da norma.

Assim, não basta que a conduta simplesmente não seja considerada criminosa por determinado povo, é importante que ela esteja em conformidade com os valores deste povo, que ela reflita estes valores.

A conformidade da conduta com os valores do povo a que pertence o índio deve, necessariamente, ser objeto de perícia antropológica.

Vale dizer, o ponto central para a aplicação do critério ora proposto está na conformidade entre os valores que motivaram a conduta do agente indígena e os valores do povo a que pertence, conformidade esta que não prescinde da realização de um exame antropológico.

Pode ocorrer, no entanto, que ainda que não haja esta conformidade entre o valor da conduta e o valor aceito pelo povo a que pertence o índio, haja dificuldade na assimilação, não da norma, hipótese em que haveria erro de proibição, mas sim do valor que a permeia.

Nesta hipótese, ainda que se possa exigir do agente que atue em conformidade com a norma, já que os valores que a permeiam não são incompatíveis com aqueles que lhe estão internalizados, esta conduta lhe é mais difícil, já que se lhe exige um comportamento em conformidade com valores que não estão assimilados. Vale dizer, diminui a exigibilidade da conduta conforme ao direito.

Francisco Muñoz Conde admite a possibilidade de variação dos níveis de exigência.

Diz: “Os níveis de exigência desse cumprimento variam segundo o comportamento exigido, as circunstâncias em que ele se realize, os interesses em jogo, etc”¹⁴².

A não assimilação dos valores da norma é uma das circunstâncias que, conjuntamente com as outras mencionadas pelo supracitado autor, diminuem a exigibilidade do comportamento conforme o direito, tornando menos reprovável a conduta que se distancia da exigível.

Neste aspecto, o critério proposto pode funcionar não como uma causa supralegal de excludente de culpabilidade, mas sim como uma causa que, reduzindo a culpabilidade, venha a minimizar a pena.

Esta minimização da pena em situações que se aproximam da inexigibilidade de conduta diversa, sem, no entanto, a alcançarem, é admitida pelo Código Penal quando prevê como atenuantes a coação resistível e a obediência a ordem de autoridade superior.

Destarte, parece não haver óbice na minimização da pena para as hipóteses em que os níveis de exigência da conduta conforme ao direito sejam menores, como no caso da não assimilação dos valores contidos na norma.

A questão a esse passo é avaliar se esta minimização da pena – e este foi o termo utilizado para evitar qualquer confronto com as atenuantes ou as causas de diminuição – é capaz de fazer com que a pena possa ser fixada aquém do mínimo legal ou se ela deve respeitar os limites estabelecidos no Código, funcionando apenas como uma atenuante.

¹⁴² CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*, ob. cit., p. 161.

A simples leitura do disposto no artigo 56 do Estatuto do Índio, que diz: “No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada”, pode levar à conclusão que o fato de ser índio é uma atenuante, situação que impede a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Esta é também a conclusão de Solange Rita Marczynski, para quem o artigo 56 trata de uma atenuante especial que “poderá resultar na diminuição da pena”, “Porém, jamais abaixo do mínimo legal”¹⁴³.

Esta atenuante, no entanto, independe de qualquer outra situação além do fato do condenado ser índio, na conceituação que lhe dá o artigo 3º do Estatuto do Índio. Ou seja, basta ser índio e terá sua pena atenuada.

Além da atenuação, é importante que se diga, também o só fato de ser índio, lhe garante o direito de cumprir a pena, seja de reclusão, seja de detenção, em regime especial de semiliberdade, conforme previsão do parágrafo único do artigo 56 do Estatuto do Índio e também do artigo 10, parágrafo 2º da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Assim, o direito de ter a pena atenuada e cumprida em regime especial de semiliberdade, o índio, por ser índio, já tem.

A hipótese aqui é um pouco diversa. Não cuida tão-somente do fato do agente ser índio, mas vai além: pelo fato dele ser índio há verificação concreta (e não presunção) da dificuldade de assimilação do valor contido na norma. Há um *plus* em relação ao simples

¹⁴³ MARCZYNSKI, Solange Rita. Índios: Temas polêmicos. *RTJE vol 88*, p. 45.

fato do agente ser índio, o que está a justificar um tratamento diferenciado.

Assim, apesar de não haver expressa previsão legal, por analogia ao erro de proibição vencível, cuidando-se aqui de situação equivalente no que tange à incidência da causa sobre a culpabilidade, diminuindo-a, seria razoável a compreensão de que a diminuição da exigência do comportamento conforme ao direito, decorrente da dificuldade de assimilação dos valores contidos na norma, possa redundar na aplicação da pena abaixo do mínimo legal.

Já há manifestações doutrinárias nesse sentido.

Helôisa Estelita Salomão¹⁴⁴, em artigo intitulado “A atenuante pode ultrapassar o limite mínimo da pena cominada”, faz uma análise jurisprudencial do tema, concluindo pela possibilidade em alguns casos.

Também Luis Flávio Gomes¹⁴⁵ defende a possibilidade de, em razão de uma atenuante, fixar-se a pena aquém do mínimo legal, entendendo, por um lado, não haver impedimento legal e, por outro, ser medida que melhor se adequa ao princípio da individualização da pena.

Apesar de esta posição ser minoritária, encontra amparo na doutrina e também na jurisprudência.

¹⁴⁴ SALOMÃO, Helôisa Estelita. A atenuante pode ultrapassar o limite mínimo da pena cominada. *Boletim IBCCrim*, n° 68, São Paulo, abril de 1998, p. 244.

¹⁴⁵ GOMES, Luis Flávio. Circunstâncias atenuantes e pena aquém do mínimo. *Boletim IBCCrim n° 119* especial, São Paulo, 2002, p.12.

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Vicente Cernichiaro¹⁴⁶, decidiu pela possibilidade de redução da pena aquém do mínimo previsto em lei, em razão de uma circunstância atenuante, entendendo que tal postura melhor se adequa ao princípio da individualização da pena.

Há outros acórdãos no mesmo sentido¹⁴⁷.

Portanto, parece razoável a possibilidade de, em combinando os critérios da redução da exigibilidade de comportamento conforme o direito, com o critério da individualização da pena, reduzir-se, na hipótese de índio que não tenha assimilado o valor contido na norma incriminadora, a pena aquém do mínimo legal.

Poderia se propor, *lege ferenda*, que o Estatuto do Índio tivesse a previsão desta possibilidade. Todavia, o caminho que vem sendo trilhado parece ser no sentido oposto. Projeto de Lei nº 3897/2004, de autoria do deputado Marcos Abramo, que recebeu já parecer favorável na Comissão de Direitos Humanos e Minorias propõe alteração do artigo 56 do Estatuto do Índio, para que se exclua a atenuante, ficando assim a redação:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá atender ao seu grau de integração.

Se por um lado este projeto pode possibilitar uma maior amplitude na individualização da pena, o que vem ao encontro das propostas deste trabalho, por outro, atrela esta individualização ao grau de integração do índio, o que, como já visto, não

¹⁴⁶ STJ – Resp. 68.120-0, rel. Vicente Cernichiaro – *RSTJ* 90 p. 384.

¹⁴⁷ STJ – 6ª T – HC 9.719 – Rel. Vicente Leal – j. 30.06.1999 – DJU 25.10.1999, p. 130; TJSP – AC – Rel. Luiz Pantaleão RT 702/329.

abandona a ideologia integracionista, reputando mais importante a verificação do grau de integração do índio do que a sua possibilidade de assimilação de valores, que não são, necessariamente, coisas semelhantes, já que nada obsta que um índio, por mais integrado que esteja à sociedade não índia, possa manter incólumes os seus padrões culturais e os valores dele decorrentes.

Portanto, este trabalho propõe como alternativa adequada para o tratamento jurídico-penal do índio, o critério da inexigibilidade de conduta diversa, isoladamente, na hipótese em que houver conflito entre os valores contidos na norma e os valores pertinentes à cultura a que pertence o índio que praticou o ilícito penal, situação em que restará afastado o elemento da culpabilidade denominado exigibilidade de conduta diversa.

Para a hipótese em que não houver conflito de valores, mas dificuldade de assimilação dos valores da norma, situação em que, apesar de exigível a conduta, este grau de exigibilidade é diminuto, deve-se, em conjunto com o critério da individualização da pena, reduzir a pena do índio, podendo, inclusive, ser fixada abaixo do mínimo legal.

12. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 marcou uma mudança na política com que o índio é

visto e tratado pelo direito brasileiro. Rompeu com a política integracionista, segundo a qual o índio deve ser integrado à Comunhão Nacional, para adotar uma política de respeito à diversidade cultural.

O respeito à diversidade cultural implica necessariamente no respeito aos valores próprios das culturas indígenas, bem como na sua proteção. Esta política deve se refletir na legislação infraconstitucional.

O direito penal também deve ser interpretado de acordo com esta nova política.

Neste contexto, então, o critério da inimputabilidade, adotado hoje para o tratamento jurídico-penal do índio em decorrência da interpretação doutrinária acerca do disposto no artigo 26 do Código Penal, se mostra inadequado.

O critério do erro de proibição, proposto por parte da doutrina, apresenta um avanço no sentido do respeito à diversidade cultural. Traz como vantagem a desnecessidade de qualquer alteração legislativa, já que se trata simplesmente de mudança de enfoque com que se tem interpretado o disposto no Código Penal, mudança esta que se torna natural à medida em que se rechaça o critério da inimputabilidade.

Todavia, o critério do erro de proibição, sem qualquer alteração legislativa, é insuficiente para a solução completa do problema, na medida em que tem plena aplicabilidade quando o agente indígena desconhece o caráter ilícito do fato, mas não quando, apesar dele conhecer a ilicitude do fato, encontra dificuldade de se portar em conformidade com este entendimento em razão, seja da não assimilação dos valores

contidos na norma, seja do conflito existente entre estes e aqueles já internalizados por serem pertencentes à cultura de seu povo.

O erro de compreensão culturalmente condicionado, por sua vez, se aproxima da solução ideal ao abarcar esta hipótese. Encontra, porém, dois problemas: o primeiro consistente na dúvida sobre sua aplicação independentemente de alteração legislativa, o segundo, e este mais grave, consistente no fato de que a conduta do índio de acordo com os seus valores culturais não se manifesta de forma errônea.

Diante disso, o trabalho propõe como uma alternativa plausível o critério da inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade sempre que, imputável e com consciência da ilicitude, o agente indígena tiver internalizado valores culturais conflitantes com os valores contidos na norma, o que torna inexigível a sua conduta conforme o direito.

Quando não houver conflito entre valores, mas dificuldade por parte do agente indígena de assimilação dos valores contidos na norma, a sua conduta contrária ao direito recebe uma reprovação menor, sua culpabilidade será atenuada e, via de consequência, a pena.

A combinação deste critério com o critério da individualização da pena poderá permitir a fixação da pena abaixo do mínimo legal, bem como o seu cumprimento em regime outro que não o fechado.

Este critério se aproxima do critério do erro de compreensão culturalmente

condicionado, sem, no entanto, precisar de qualquer alteração legislativa, já que a doutrina reconhece haver a possibilidade de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, bem como sem tratar os valores culturais internalizados no índio como errados.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA JUNIOR, Antonio. e COSTA JUNIOR, J. B. de O. *Lições de medicina legal*. 22^a.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1998.
- ALMEIDA, Rita Heloísa de. *O diretório dos índios*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- AMORIM, Elaine. O desafio do multiculturalismo na ação penal – Laudo pericial antropológico judicial sobre crime envolvendo indígena. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 46*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ARAÚJO, Ana Valéria (organizadora). *A defesa dos direitos indígenas no judiciário*. Brasília: Instituto Sócio Ambiental, 1995.
- ASÚA, Luis Jimenez de. Los modernos problemas de la imputabilidad. In: *Revista de Ciências Penales*. Santiago de Chile: Editorial Universitária, 1959.
- _____ *Tratado de derecho penal*. tomo I, 2^a ed.. Buenos Aires: Losada.s/d.
- _____ *Tratado de derecho penal*. tomo V, 4^a ed. Buenos Aires: Losada.s/d;
- _____ *Princípios de derecho penal – La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, s/d.
- BARROS, Flávio Monteiro de. *Direito penal – parte geral*. V. 1. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. V. 1. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*. tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BUENO, Eduardo. *Brasil uma história*. São Paulo: Ática, 2003.
- CABRERA, Raúl Pena. El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2º parágrafo) y 15 del código penal peruano. *Revista de derecho penal y criminología n° 3*. Madrid: Universidad nacional de educacion a distancia – Facultad de Derecho, 1993.
- CALDERÓN, Frederico Campos. Los derechos indígenas y su situación frente al derecho penal. in: *Revista centroamericana justicia penal y sociedad*. Guatemala: 2001.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*. Vol. I. 6^a ed..São Paulo: Saraiva, 2003.
- CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. 2^a ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COLAÇO, Thaís Luzia. *Incapacidade indígena*. Curitiba: Juruá, 2000.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Alvaro Mayrink da. *Direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COSTA JUNIOR, Paulo José. *Comentários ao código penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol VIII. 4ª ed.. São Paulo: Forense Universitária, 2ª ed..

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____ (org.) *História dos Índios no Brasil*. 2ª ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

DALLARI, Dalmo. LEITÃO, Sergio. ANTUNES, Paulo de Bessa e MONTEIRO, Paula. *Direitos indígenas. Novos estudos*. São Paulo: CEBRAB nº 69, 2004.

Diário do Congresso Nacional de 9 de novembro de 1991.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. 2º ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____ *Reforma Penal Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

D'URSO, Luiz Flavio Borges. *Direito penal indígena*. In: *Revista dos Tribunais nº 708*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DURAN, Manuel. L'Indien devant le droit penal. in: *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé nº 1*. Paris: Sirey, 1966.

ESTUDIO JURÍDICO-PENAL Y PENITENCIARIO DEL INDIO, Madrid: Cultura Hispânica, 1956.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El Carácter Pluricultural del Estado y La Nación y la Justiça Indígena Campesina. Disponível em www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/yrigoyen6.pdf. acesso em 04/05/2005.

FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal*. Belo Horizonte: Vila Rica, 1991.

FONTELES, Claudio Lemos. Os julgamentos de crimes cometidos contra comunidades indígenas pela Justiça Estadual. In: SANTILLI, Juliana (coordenadora) *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte geral*. 16ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva (coord.) *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____ (coord.) *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 4ª ed., 1977.

GOMES, Luiz Flavio. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____ Circunstâncias atenuantes e pena aquém do mínimo: é possível. *Boletim IBCCrim*. São Paulo: v. 10, nº 119 especial, 2002.

GONZAGA, João Bernardino. *O direito penal indígena à época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad s/d.

GRUPIONI, Luis Donisete Benzi (organizador). *Índios no Brasil*. Brasília: Mec, 1994.

_____ VIDAL, Lux e FISCHMANN, Roseli (organizadores) *Povos indígenas e tolerância*, São Paulo: Edusp, 2001.

HARTMANN, Erika Gusmán. Legislacion Penal Indígena desde la colônia hasta 1980: Imputabilidad o inimputabilidad? . Disponível em:

www.elcentro.uniandes.edu.co/cr/antropologia/eguzman/imputabilidad.htm Acesso em 29/04/2005.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosh, 1984.

HERINGER JUNIOR, Bruno. A imputabilidade penal do índio. In: *AJURIS – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ano XXV, nº 73, 1998.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. vol I, tomo II.2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

Instituto Sócio-Ambiental. *Povos indígenas no Brasil*. São Paulo: Instituto Sócio-Ambiental, 2000.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte geral*. Tradução Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

Justicia penal y comunidades indígenas. *Revista latinoamericana de política criminal*, nº 4. Buenos Aires: Del puerto, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – parte geral*. Vol I, 20ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1997.

JUNQUEIRA, Carmem. *Antropologia Indígena*. São Paulo: Educ, 2002.

Justicia Penal y Comunidades Indígenas. *Revista Latinoamericana de política criminal*, ano 4, Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.,1999.

KALINSKY, Beatriz. *Justicia, cultura y derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

LAGRASTA NETO, Caetano. Breves Anotações à Constituição sobre o direito indígena. In: *Revista dos Tribunais n° 648*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – Aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (coordenadora) *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

LISZT, Frans Von. *Tratado de Derecho Penal*. trad. Luis Jimenez de Asua. 4ª ed.. Madrid: Editorial Réus, 1999.

LYRA, Roberto. O direito penal dos índios. In: *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Organizador Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Curitiba: Juruá 1992.

MACHADO, Alcântara. *Projeto do Código Criminal Brasileiro*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1938.

MADARRIAGA, Alirio Sanguino. El indígena ante el derecho penal, testimonio de uma afronta sócio-cultural. In: *Studios de derecho*, vol. XLVIII, Facultad de Derecho y Ciências Políticas de Antioquia, Medelim: 1990.

MARCONI, Marina de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico*. 6ª ed..São Paulo: Atlas, 2001.

MARCZYNSKI, Solange Rita. Índios: temas polêmicos. *RTJE* vol. 88.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – parte geral*. 22ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

_____ *Código penal interpretado*. 2ª. ed.. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Manuel e BANDEIRA, Alipio. Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena. In: *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Organizador Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Curitiba: Juruá 1992.

NAHUM, Marco Antonio. *Inexigibilidade de conduta diversa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NARANJO, Hernán Dario Benítez. *Tratamiento jurídicopenal del indígena colombiano: inimputabilidad o inculpabilidad?*. Bogotá: Temis, 1988.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. vol I. 29ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1991.

NOVAES, Washington. *O Índio e a modernidade*. In: GRUPIONI, Luis Donisete Benzi (org.). *Índios no Brasil*. Brasília: Mec, 1994

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____ *Códigos Penais do Brasil*. Bauru: Jalovi, 1980.

PITANGA, Souza. O selvagem perante o direito. In: *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Organizador Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Curitiba: Juruá 1992.

PORTO, Teresa Manso. La regulacion del error en el código penal peruano. *Revista Peruana de Ciências Penales*. Lima: Idemsa, 2002.

POZO, José Hurtado. Impunidade de Personas com Patrones Culturales Distintos. Disponível em [www.unifr.ch/derecho penal/articulos/pdf/hurtadopoza1.pdf](http://www.unifr.ch/derecho_penal/articulos/pdf/hurtadopoza1.pdf). Acesso em 04/05/2005.

_____ *El Indígena ante el derecho penal: caso peruano*. Disponível em [www.unifr.ch/derecho penal/articulos.htm](http://www.unifr.ch/derecho_penal/articulos.htm). Acesso em 04/05/2005.

POZZOBON, Jorge. *Vocês brancos não têm alma: histórias de fronteiras*. Belém: UFPA, 2002.

REALE JUNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____ *Instituições de direito penal – parte geral*. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REVISTA Forense v. 2, Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, julho a dezembro de 1914.

REVISTA de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo nº 81, ano 17, São Paulo: Lex Editora S/A, março a abril de 1983.

REVISTA de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo nº 83, ano 17, São Paulo: Lex Editora S/A, julho a agosto de 1983.

REVISTA dos Tribunais nº 621, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 1987.

REVISTA dos Tribunais nº 797, São Paulo: Revista dos Tribunais, março de 2002.

REVISTA dos Tribunais nº 825, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2004.

REYES, Mylene Valenzuela. Derecho de los pueblos indígenas en el contexto internacional, especialmente em lo relativo a los aspectos penales. In: *Revista de estudios criminológicos y penitenciarios nº 6*. Santiago do Chile: Unicrim, 2003.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

RODRIGUES, Asclepiades. Juizado de direito em território indígena. In: *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nº 53*. Rio de Janeiro: 2002.

ROULAND, Norbert (organizador). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª ed.. Lisboa: Vega, 1998.

SALOMÃO, Heloisa Estelita. A atenuante pode ultrapassar o limite mínimo da pena cominada. *Boletim IBCCrim*, São Paulo: n° 65, 1998.

SANCHEZ, Luis Francia. Comentário. in KALINSKY, Beatriz. *Justicia, Cultura y Derecho Penal*. 1ª ed.. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

SILVA, Aracy Lopes da. e GRUPIONI, Luis Donisete Benzi (organizadores). *A Temática indígena na Escola*. Brasília: Mec/Mari/Unesco, 1995.

SILVA, Lásaro Moreira da. O modelo integracionista de tutela indígena e sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988. in: SOUSA JUNIOR, José Geraldo (organizador) *Na fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a soliedariedade emancipatória*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

SILVEIRA, César da. *Tratado da responsabilidade criminal*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1955.

SOBRINHO, Oliveira. Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria. O decreto legislativo n° 5.484, de 1928. In: *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Organizador Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Curitiba: Juruá 1992.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Vol. II, atualizado por Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2004.

STADEN, Hans. *A verdadeira história dos selvagens, nus e ferozes devoradores de homens*. Rio de Janeiro: Dantes, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman – parte general* (tradução: Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Pérez). 4ª ed.. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

YRURETA, Gladys. *El indígena ante la ley penal*. Caracas: Universidade Central de Venezuela, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal – parte general, vol IV*, Buenos Aires: Ediar, 1955.

_____ *Los códigos penales de latinoamerica*. Cidade do México: Ilanud, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.