

DIÁLOGO INTERCULTURAL E DIREITO PENAL: uma necessidade de se observarem as especificidades culturais dos povos indígenas na seara criminal

Beatriz Dufflis Fernandes³⁵

RESUMO: A presente exposição objetiva tratar das questões que envolvem a possibilidade de se mitigar a aplicação indiscriminada do Código Penal quando da responsabilização criminal de indígenas. Trata-se de tema de suma importância, principalmente em um estado como Roraima, que conta com uma grande população indígena. Propõe-se uma abordagem à luz do diálogo intercultural, o qual, segundo Santos (1995;2005), possibilita uma troca entre diversas culturas. A hermenêutica diatópica, também explorada pelo autor, permite a percepção de incompletude de uma cultura, de modo a permitir a ampliação dos debates sobre temas de universalismo, relativismo e multiculturalismo. A partir daí, se investigará até que ponto as peculiaridades locais devem ser observadas em matéria penal. Serão trazidas saídas previstas no próprio ordenamento jurídico, que garantem a observação das peculiaridades culturais destes povos, no que diz respeito à solução própria dos conflitos penais e à não aplicação indistinta de normas penais sobre eles.

Palavras-chave: Responsabilização Penal do Indígena; Diálogo Intercultural; Peculiaridades Culturais.

35 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (2016). Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - UCAM (2018). Pós-graduada em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, em convênio com a ESAP/PGERJ (2019). Pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade Focus (2022). Atualmente é Defensora Pública na Defensoria Pública do Estado de Roraima. E-mail: bia.dufflis@gmail.com

DIÁLOGO INTERCULTURAL Y DERECHO PENAL: UNA NECESIDAD DE OBSERVAR LAS ESPECIFICIDADES CULTURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA TIERRA CRIMINAL

RESÚMEN: Esta exposición tiene como objetivo tratar temas que tratan de la posibilidad de mitigar la aplicación indiscriminada del Código Penal cuando se responsabiliza penalmente a los pueblos indígenas. Este es un tema muy importante, especialmente en un estado como Roraima, que tiene una gran población indígena. Se propone un abordaje a la luz del diálogo intercultural, que, según SANTOS (1997; 2005) propone un intercambio entre diferentes culturas. La hermenéutica diatópica, también explorada por el autor, permite la percepción de la incompletitud de una cultura, para permitir la expansión de debates sobre temas de universalismo, relativismo y multiculturalismo. A partir de ahí, se investigará en qué medida se deben observar las peculiaridades locales en materia penal. Se traerán soluciones previstas en el propio ordenamiento jurídico, que garanticen la observación de las peculiaridades culturales de estos pueblos, en cuanto a la adecuada solución de los conflictos penales y la indistinta aplicación de las normas penales sobre los indígenas.

Palabras clave: Responsabilidad Penal de los Indígenas. Diálogo Intercultural. Peculiaridades Culturales.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa sinalizar a possibilidade de se respeitar as especificidades culturais indígenas em matéria penal, em detrimento da aplicação indiscriminada dos diplomas penais brasileiros. Para isso, é preciso perpassar por premissas que sistematizarão uma conclusão coerente

sobre a temática.

A escolha do tema se justifica por sua inquestionável atualidade e por parecer ser um potente instrumento para otimização da entrega da atividade jurisdicional justa aos indígenas. Com efeito, a escolha do povo indígena dá-se pelo motivo de o Estado de Roraima, domicílio profissional da autora da obra, que é defensora pública, concentrar a maior população indígena relativa do país.

Ainda, no atuar da autora, percebe-se que os povos indígenas e seus descendentes representam uma parte considerável dos usuários da Defensoria Pública, sendo que questões penais envolvendo esses povos são objeto constante da atuação dos órgãos da Instituição. Exatamente por isso, é preciso ter em vista o cuidado com as peculiaridades culturais desses povos.

A fim de implementar a pesquisa necessária, pretende-se utilizar o método hipotético dedutivo, visto que com o conhecimento prévio dos princípios e regras presentes na normativa internacional e nacional, pode-se analisar se existe a possibilidade de se afastar a lei penal sempre que isso desconfigurar as peculiaridades culturais dos povos indígenas.

Esta proposta será averiguada ao longo do trabalho, para, ao final, concluir se essa tese é factível à luz da doutrina escrita e jurisprudência sobre o tema, ou se é refutável.

Para se chegar a essa conclusão, pretende-se demonstrar de que modo é tratada a imputabilidade penal dos indígenas no direito brasileiro. Após, se irá avaliar no que consiste o diálogo intercultural em matéria de

direitos humanos e a sua importância como forma de garantir a igualdade material no contexto dos povos indígenas, como base para a aferição da responsabilidade penal desses povos tradicionais.

Superado isso, a discussão partirá para o objetivo específico de avaliar por qual motivo a lei penal brasileira, apesar de ter indiscutível vigência sobre qualquer membro da nação, não pode incidir indiscriminadamente para solucionar conflitos indígenas no campo penal.

Por fim, será analisado se as premissas assentadas encontram alguma acolhida prática na jurisprudência do Tribunal de Justiça local, investigando se há notícias de eventual afastamento da lei penal como forma de respeitar o relativismo cultural indígena em matéria criminal. Será feita investigação na jurisprudência do Tribunal, através de busca pela internet, por meio das palavras-chave “índio”, “indígena” e “imputabilidade penal”.

2. HISTÓRICO DA POPULAÇÃO INDÍGENA NO BRASIL E EM RORAIMA

O último censo que contabilizou a população indígena no Brasil foi realizado em 2022, mas os resultados serão divulgados apenas em 2025 (IBGE, 2022), inexistindo um número verdadeiramente atualizado até a presente data. A contagem oficial de povos indígenas, hoje consolidada, data de 2010, ocasião em que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística apurou que o número estava em 896.917 indígenas, sendo que 305.873 (37,4%) deles estão presentes na Região Norte do país (FUNAI,

2022).

Até a apresentação deste trabalho, não foi divulgado o resultado definitivo do Censo 2022. Contudo, em abril de 2023, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística apresentou dados preliminares de que a população indígena no Brasil estaria em 1.652.876 pessoas, correspondendo a 0,8% da população do país (AMORIM. 2023).

Pela contagem datada de 2010, o Estado de Roraima lidera o *ranking* nacional com a maior população autodeclarada indígena relativa, ou seja, o maior percentual de indígenas em relação à população desse Estado. O mesmo censo de 2010 indicou que Roraima concentra 11% de indígenas autodeclarados em sua população, o percentual mais elevado do país. Esse fato tem estreita relação com a presença dos biomas Amazônia e Lavrado nessa região, os quais facilitam e propiciam a sobrevivência física e cultural desses povos tradicionais.

Esses dados demonstram que os povos originários fazem parte da população roraimense de forma significativa, o que acarreta inegável influência cultural entre os povos indígenas e não indígenas, reciprocamente. À exceção dos indígenas isolados, aqueles em via de integração ou integrados à sociedade contribuem na construção da cultura local, sendo, também por ela influenciados.

É nessa sobreposição de culturas e costumes que ganha relevo o estudo da relação do povo indígena com as normas penais vigentes (e cogentes) no país, levando em conta (ou não) as especificidades culturais desses povos. Nesse contexto, é intrigante ignorar como que muitos dos

crimes cometidos por indígenas seriam mais bem solucionados dentro do seio da sua comunidade, não pelo Estado-Juiz. De igual forma, chama a atenção como diversas condutas criminalizadas pelo diploma repressivo são, não raro, culturalmente aceitas por esses povos.

Nesse cenário, em primeiro momento, é importante perpassar pela análise de como os povos tradicionais têm sua imputabilidade avaliada pelo ordenamento jurídico vigente.

3. EVOLUÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL DOS INDÍGENAS

A sujeição dos indígenas ao Código Penal enfrentou mudanças com o passar dos anos. Em um primeiro momento, era totalmente influenciada pela regra constante no antigo Código Civil de 1916, segundo a qual “são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer” (art. 6º, *caput*), “os silvícolas” (inciso IV). A repercussão dessa regra no campo penal impunha que os indígenas eram considerados pessoas inimputáveis³⁶.

A noção de que indígenas eram carecedores de tutela e proteção era evidente, como leciona Caio Mario Pereira (2012. p.22):

Os nossos aborígenes, encontrados pelos descobridores, foram vítimas, no período colonial, de um

³⁶ Quando a este tema, o Código Penal Brasileiro assim dispõe, em seu art. 26, *caput*: Art. 26 - 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.

processo quase sistemático de dizimação, expulsos da orla litorânea e pouco a pouco atingidos no interior em que residiam ou se refugiavam (...). Sua educação é muito lenta e difícil e é natural que o legislador crie um sistema de proteção que os defenda da má conduta de inescrupulosos.

Posteriormente, a Carta Republicana de 1988 inovou ao determinar, em seu art. 231, *caput*, que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”. Pelo que explica Farjado (*apud* Filho, 2016), deduz-se que se trata de expressão do primeiro ciclo do constitucionalismo multicultural da América Latina. Em consonância com o entendimento constitucional, o Código Civil de 2002 suprimiu os silvícolas do rol de pessoas incapazes e passou a dispor que “a capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial” (art. 4º, parágrafo único).

A incapacidade tinha total relação com o grau de integração do indígena em relação à sociedade. Por essa regra, aquele não integrado com a cultura dominante da sociedade era incapaz e, conseqüentemente, inimputável.

Após, com o advento da Constituição Federal, a questão da incapacidade não passou mais a reger a imputabilidade penal. Como carta política plural que se mostrou, passaria a nortear a responsabilização penal a compreensão daquele proveniente dos povos tradicionais quanto à ilicitude da conduta praticada. Segundo defende Santos Filho (2006, p.73),

O art. 231 da Constituição veicula o direito à alteridade, o princípio do respeito à diversidade étnica e cultural dos índios. Disso resulta inválida qualquer conclusão fundada em premissa relacionada ao grau de integração do

índio aos padrões de cultura e de comportamento da sociedade não indígena para apuração da imputabilidade.

Para a aferição da imputabilidade penal dos indígenas não importa se o índio mantém contato perene ou esporádico com membros da cultura preponderante, é necessário apenas aferir se o índio possuía ao tempo do fato, de acordo com a sua cultura e seus costumes, condições de entender o caráter ilícito previsto da lei posta pelos não-índios.

Observa-se, assim, que a incapacidade cedeu espaço à possibilidade de compreensão do caráter ilícito do fato para fins de responsabilização penal do indígena. A postura antes meramente tutelar foi substituída pela capacidade do originário de povos tradicionais compreender os seus próprios atos, o que lhe confere elogiável autonomia.

4. A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO SEIO DA COMUNIDADE INDÍGENA

Destaca-se que a questão da imputabilidade penal do indígena ganha relevo tão somente quando se analisa a prática de condutas tipificadas como crime fora do seio de sua comunidade ou envolvendo pessoas que não a integrem, pois de acordo com inúmeros diplomas internacionais e nacionais, a primazia de que os povos originários solucionem seus próprios conflitos é uma realidade.

Essa ideia é reforçada por Danilo Pereira (2018, p.38):

Nesse diapasão, reforçando a proteção desses grupos, o artigo 57 do Estatuto do Índio autorizou a aplicação de seu direito consuetudinário de acordo com suas próprias regras,

relativizando a aplicação do jus puniendi estatal, afastando o princípio insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Ou seja, não haverá intervenção da polícia judiciária, Ministério Público e julgamento pelo Poder Judiciário, respeitando-se as instituições próprias da tribo para a investigação, ação, aplicação do direito e o cumprimento da sanção imposta. Assim, cada tribo possui a sua forma de apurar a ocorrência de um fato contrário ao seu direito e a respectiva solução, dando ensejo a um verdadeiro jus puniendi tribal (...).

Trata-se de verdadeira ação afirmativa em razão de sua vulnerabilidade, ensejando proteção contra intolerância, preservação de identidade histórica e cultural, eficácia ao direito de diferença dos povos indígenas, de modo a garantir sua autonomia, autodeterminação e existência. Exceção a isso se dá nas hipóteses de sanções de caráter cruel ou infamante e na pena de morte (artigo 57, in fine, Estatuto do Índio).

Essa conclusão pode ser extraída da Convenção nº 196, da OIT, compilada nacionalmente por meio do Decreto nº 10.088/2019, Anexo LXXII (BRASIL, 2019), que, em seu art. 9.1, assim dispõe:

Artigo 9º

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

Na mesma linha, as Cem Regras de Brasília tratam do acesso à justiça dos povos vulneráveis e enumeram expressamente os indígenas como tais. Dentre as regras, a de nº 48 fomenta a existência de um sistema de resolução de conflitos próprio, dentro das comunidades indígenas:

48) Com fundamento nos instrumentos internacionais

na matéria, é conveniente estimular as formas próprias de justiça na resolução de conflitos surgidos no âmbito da comunidade indígena, assim como propiciar a harmonização dos sistemas de administração de justiça estatal e indígena baseada no princípio de respeito mútuo e de conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

Não outro é o entendimento estampado no Estatuto do Índio, que reconhece a responsabilização penal no seio da própria comunidade tradicional, a saber: “Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

O Conselho Nacional de Justiça também não é alheio às especificidades culturais indígenas no sistema de justiça. Com efeito, a Resolução 287/2019(BRASIL, 2019) tratou da hipótese em que membros de povos originários se encontram na posição de acusados:

Art. 7º A responsabilização de pessoas indígenas deverá considerar os mecanismos próprios da comunidade indígena a que pertença a pessoa acusada, mediante consulta prévia. Parágrafo único. A autoridade judicial poderá adotar ou homologar práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio).

A doutrina caminha no mesmo sentido, naquele de respeitar a autonomia cultural dos povos tradicionais. No entendimento de Cervini (1995, p.159),

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).

Essa ideia é reforçada pela nossa Constituição no art. 215, cujo *caput* assim dispõe: “(...) o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”. Trata-se de verdadeira manifestação do pluralismo cultural, o qual exige respeito à diversidade de manifestações culturais brasileiras, sem qualquer discriminação (LOPES, 2008). Ainda, valoriza a autonomia cultural do grupo, tendo em mente que o exercício dos direitos relacionados com a cultura tem relevo principalmente dentro do contexto do grupo (ANAYA, 2005).

Ponto de relevo, nesse aspecto, é observar quando determinada conduta encontrar tipificação tanto no estatuto indigenista, quanto no código penal; e houver responsabilização do originário de povos tradicionais perante sua comunidade. Nessa situação, sendo o indígena processado e condenado pela seus pares, descabe nova punição pelo mesmo fato perante à justiça penal, sob pena de *bis in idem*, vedado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, recepcionada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992)³⁷.

Contudo, essa conclusão parece não causar maiores problemas. O

³⁷ Artigo 8.4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

ponto de maior interesse é aquele que investiga como se dá a incidência dos diplomas normativos penais sobre os indígenas, considerada a prática de conduta criminalizada fora do âmbito da comunidade. Para essa análise, algumas pontuações sobre premissas estudadas nos Direitos Humanos auxiliam para se chegar às conclusões que se propõem.

5. DIÁLOGO INTERCULTURAL COMO FORMA DE GARANTIR A IGUALDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL ENTRE INDÍGENAS E NÃO INDÍGENAS

O acesso à justiça traduz importante direito assegurado a qualquer pessoa humana, integrante ela de grupo minoritário, ou não. Neste cenário, dentre as facetas do acesso à justiça, está o direito a um provimento jurisdicional justo, conforme leciona Watanabe (1988, p. 128):

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Como importante direito humano que é, o acesso à ordem jurídica justa deve ser garantido também no âmbito penal. Em relação ao tratamento jurídico-penal conferido aos indígenas, importantes considerações relativas ao diálogo intercultural muito contribuem para a compreensão do que seria uma entrega jurisdicional justa aos povos originários, no campo criminal.

Santos (1997) é a maior autoridade quando se fala em hermenêutica

diatópica, também chamada de diálogo intercultural. Para esse autor, a superação do debate entre universalismo e relativismo cultural se impõe, pois ambos levam a concepções incorretas da interação humana globalizada. Ao explicar sua ideia de hermenêutica diatópica, Santos (2005) assim defende:

No caso de um diálogo intercultural, a troca não é apenas entre diferentes saberes, mas também entre diferentes culturas, ou seja, entre universos de sentido diferentes e, em grande medida, incomensuráveis. (...) Na área dos direitos humanos e da dignidade humana, a mobilização de apoio social para as possibilidades e exigências emancipatórias que eles contêm só será concretizável na medida em que tais possibilidades e exigências tiverem sido apropriadas e absorvidas pelo contexto cultural local. Apropriação e absorção, neste sentido, não podem ser obtidas através da canibalização cultural. Requerem um diálogo intercultural e uma hermenêutica diatópica.

A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude - um objectivo inatingível - mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico. (...) O reconhecimento de incompletudes mútuas é condição sine qua non de um diálogo intercultural. A hermenêutica diatópica desenvolve-se tanto na identificação local como na inteligibilidade translocal das incompletudes. (...) A hermenêutica diatópica não é tarefa para uma só pessoa, escrevendo dentro de uma única cultura. (...) Mais genericamente, a hermenêutica diatópica oferece um amplo campo de possibilidades para os debates que estão actualmente a ocorrer nas diferentes regiões culturais do sistema mundial sobre os temas gerais do universalismo, relativismo,

multiculturalismo, pós-colonialismo, quadros culturais da transformação social, tradicionalismo e renovação cultural.

No universo da teoria crítica dos direitos humanos, a concepção universalista defende que para se garantir a proteção desses direitos, devem ser extraídos os valores universais a partir de um homem específico (homem branco europeu). Essa ideia comporta críticas, pois a universalidade da proteção abafa diferenças regionais que merecem ser consideradas em matéria de proteção aos direitos humanos.

No outro extremo, o relativismo exalta as particularidades dos grupos, supervalorizando as suas especificidades em detrimento da proteção universal. A adoção dessa concepção tampouco se mostra adequada, uma vez que descabe potencializar ao extremo as diferenças, que podem se configurar em arbitrariedades.

É nesse contexto que o diálogo intercultural ganha espaço e permite uma conversa entre as diferentes culturas para se chegar à dignidade. Inexiste conceituação fechada de dignidade, devendo haver diálogo embasado sob duas premissas: na hipótese de choque cultural, deve prevalecer aquilo que mais valoriza o ser humano; além do que todos têm direito a serem iguais quando a diferença os inferioriza, e diferentes quando a diferença os descaracteriza.

É nessa segunda premissa que questionamentos quanto à aplicabilidade indiscriminada da lei penal sobre os povos indígenas surgem. Com efeito, os povos indígenas têm as suas peculiaridades culturais que destoam da maioria, sendo descabido aplicar o conceito universalista penal.

A título de exemplo, determinadas práticas culturais normalizadas pelos indígenas configuram crimes à luz do código penal.

Ainda exemplificando, em caso de responsabilização penal aos povos tradicionais com base no Código Penal vigente, é certo que as penalidades nele presentes não atendem às especificidades culturais daqueles. Como considerar adequada a aplicação da pena de prisão em regime fechado a um indígena que vive livremente em sua comunidade?

Nota-se, assim, que o diálogo intercultural deve nortear a responsabilização penal do indígena. O relativismo exacerbado não pode gerar uma situação de impunidade, tampouco o irreal universalismo cultural pode levar a uma situação de injustiça. O caminho a seguir deve encontrar uma solução intermediária mediante a análise ponderada das peculiaridades culturais.

6. AS NORMAS PENAIS NÃO PODEM VIGORAR INDISTINTAMENTE

A desejada solução intermediária perpassa por uma incidência comedida do Código Penal, sempre atenta às peculiaridades culturais dos povos indígenas. Destaca-se que não se faz necessário negar vigência ao diploma, pois as possíveis soluções encontram respaldo na dogmática penal.

Essa solução, além de encontrar embasamento teórico, dá cumprimento a mandamentos internacionais e pátrios no sentido de prestigiar as especificidades culturais dos povos originários, atentos ao

direito à diferença. A título de exemplo, a já mencionada Convenção nº 169, da OIT traz regras explícitas quanto a esse tema, a saber:

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Artigo 9º

[...]

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Quanto a essa questão, é importante ressaltar que o direito à diferença não pode significar a criação de um código repressivo próprio. Segundo defende o ilustre jurista Asua (1992, p. 189), construir um direito penal próprio para os indígenas implicaria modificar um axioma democrático segundo o qual deve haver uma igualdade de pessoas perante a

lei. Não obstante, tratar igualmente os desiguais pode não traduzir a verdadeira igualdade.

A fim de se perseguir essa igualdade comedida, alguns institutos penais podem ser invocados para que se aprecie se e como se dará a responsabilização penal do indígena. Primeiro, ao se considerar o próprio enquadramento da conduta de membro de comunidade tradicional àquela prevista no tipo penal, é certo que na própria teoria do crime, a tipicidade poderia ser afastada pela invocação do princípio da adequação social, princípio da hermenêutica penal.

Para Toledo (2012, p. 131), para o princípio da ação de adequação social, a ação adequada socialmente é excluída do tipo desde o princípio, porquanto atenta à normalidade social. Não se trata, segundo o autor, de um simples apontamento ético, mas de um comportamento aceito socialmente. Em sendo conduta com aceitação cultural, o fato não é típico, e, assim, não há crime.

Outra importante ferramenta disponível na teoria do crime é a figura do erro de proibição, com previsão no art. 21, do Código Penal³⁸, que consiste na ausência de consciência do infrator quanto à potencial ilicitude do ato que pratica. Segundo leciona o mesmo jurista ao tratar das consequências do erro de proibição (1977, p. 71):

³⁸ Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Não é possível, entretanto, censurar-se de culpabilidade o autor de um fato típico penal quando, ele próprio, por não ter tido sequer a possibilidade de conhecer o injusto de sua ação, cometeu o fato sem se dar conta de estar infringindo a alguma proibição. Quem assim age erra sobre o estar proibido, erra sobre a ilicitude do fato real (Welzel). Daí o chamado ‘erro de proibição’ (*Verbotsirrtum*).

O respeitável doutrinador Zaffaroni (1997, p. 647) vai além da lógica do erro de proibição. Para ele, a solução para o tratamento penal do indígena pode estar naquilo que denomina erro culturalmente condicionado. De acordo com essa ideia, aquele que foi criado em um ambiente cultural peculiar e tenha absorvido as regras oriundas dessa cultura pode enfrentar percalços na absorção das regras trazidas pela norma. Inclusive, segundo o mesmo autor, mesmo na hipótese de conhecer a ilicitude do fato, o sujeito pode enfrentar dificuldades de se portar conforme a normativa vigente.

Saindo da teoria do crime e partindo para a teoria da pena, uma importante ferramenta a se utilizar encontra fundamento no próprio Estatuto do Índio. Dando cumprimento ao mandamento de se conferir tratamento diferenciado aos indígenas, o referido diploma assim prevê, em seu art. 56:

Art. 56. 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.

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.

Nota-se, assim, que a legislação pátria prevê a incidência de uma atenuante no caso de indígena figurar como autor do fato, bem como

confere tratamento especial na execução da pena, atenta ao objetivo ressocializador da pena, à luz da cultura indígena. No entanto, esse estatuto especial não se aplica a todo e qualquer indígena, mas àquele que não possui integração com a sociedade, apenas.

De todo modo, é fato que a responsabilização do sujeito membro dos povos originários deve observar algumas especificidades, dada a sua condição cultural peculiar. A boa notícia é que tais especificidades não se dão à revelia do ordenamento, mas, ao contrário, nele encontram respaldo, conforme demonstrado.

7. UMA BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DO INDÍGENA

Quando feita busca sobre casos de responsabilização penal do indígena pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, alguns casos foram encontrados.

Primeiro e digno de menção é o famoso julgamento do caso Denilson Trindade Douglas (RORAIMA, 2015), relativo a homicídio praticado entre parentes na terra Manoá/Pium (Raposa Serra da Lua). O crime foi punido pela própria comunidade indígena do Manoá, após deliberação dos Tuxauas, mas, mesmo assim, o Ministério Público denunciou o autor do fato anos depois.

O Tribunal de Justiça de Roraima optou por manter a sentença de

piso que declarou inexistir o direito de punir estatal, porquanto a questão já havia sido solucionada no seio da própria comunidade, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

Segundo constou do voto do Relator, “um mesmo ente não pode punir duas vezes o mesmo fato, e sim, como garantia processual penal ampla do indivíduo, que este não pode ser punido duas vezes por um/pelo mesmo fato, qualquer que seja o ente que o pune”. O processo transitou em julgado e foi baixado em setembro de 2016.

Outro caso de bastante relevância (RORAIMA, 2016) foi o ocorrido entre indígenas da comunidade Enseada (etnia Macuxi) e Orenduque (etnia Patamona). Dois irmãos, Elcio e Valdemir (etnia Macuxi) teriam acreditado que Antonio (etnia Patamona) seria Cainaimé³⁹, por isso, tentaram matá-lo. Os irmãos foram pronunciados e levados a plenário, mas a grande peculiaridade é que foi formado o primeiro Conselho de Sentença composto apenas por indígenas, para julgamento pelos próprios pares.

Ao final, houve desclassificação da tentativa de homicídio para lesão corporal e o Ministério Público recorreu da decisão, inclusive alegando nulidade da formação do Conselho de Sentença, por caracterizar tribunal de exceção. A formação do Conselho e o veredicto foram cancelados pelo Tribunal de Justiça de Roraima. O processo transitou em julgado em agosto de 2020.

³⁹ Segundo explica a fl. 173, dos autos, “o kanaimé é necessariamente um outro, com o qual não se tem, teve ou se pretende ter alguma relação. (...) Representações contemporâneas sobre o kanaimé atualizam seu poder de se tornar invisível e o classificam como assassino, atemorizador, “bandido, guianense, perseguidor, rabudo, entre outras”.

Outros casos menos relevantes merecem breve menção, pois pela natureza do crime praticado, os processos tramitaram em segredo de justiça, o que impede acesso aos autos para maiores informações. Foi localizado o caso em que se julgou o cometimento de estupro de vulnerável de um pai em relação à sua filha⁴⁰. Apenas em sede de apelação, a defesa aventou a tese de que o autor do fato seria indígena, pelo que mereceria o tratamento especial previsto no Estatuto do Índio, especificamente no que respeita à aplicação da pena.

O Tribunal não se debruçou sobre essa questão por ela ter traduzido inovação recursal, o que acarretaria supressão de instâncias. Contudo, em argumentação periférica, aventou a possibilidade de que apenas indígenas não integrados à comunhão nacional (mediante aferição de laudo antropológico) poderiam se beneficiar do regramento especial previsto no Estatuto do Índio.

A partir desse julgado, pode-se notar, portanto, que o Tribunal não está alheio às normas especiais previstas para a responsabilização penal do indígena, mas considerou o critério da integração social do indígena como o grande fundamento para a aferição de sua responsabilidade.

Em outro julgado mais antigo (RORAIMA, 2017), no qual se analisava também o cometimento de crime de estupro de vulnerável, o Tribunal acabou por anular a sentença de piso, ante a ausência de feitura de laudo antropológico do réu indígena. Segundo entendeu, a dúvida quanto ao

⁴⁰ O processo tramitou sob segredo de justiça, dada a sensibilidade do tema. TJRR, Apelação Criminal nº 0000398-64.2014.8.23.0090, Câmara Criminal, Rel. Jéssu Nascimento, julg. em 19.11.19, publ. em 22.11.19.

grau de integração à sociedade acarretou cerceamento de defesa do réu, o que levou ao retorno dos autos ao juízo de origem para elaboração do laudo e a oportunizar a intervenção da FUNAI para atuação na ação penal.

Nesse caso, igualmente, a Corte demonstrou a disposição para aplicar o estatuto jurídico especial, caso constatada a condição peculiar cultural do autor do fato, mediante avaliação do seu nível de integração social.

Em outro caso, tratando também sobre estupro de vulnerável (RORAIMA, 2015), a tese defensiva foi no sentido de que as condutas praticadas se deram no contexto da comunidade indígena, sendo certo que traduzia costume cultural da etnia tal prática. Nessa ocasião, o Tribunal de Roraima utilizou o mesmo critério da integração à sociedade civil para afastar a tese da atipicidade da conduta, com a especificidade de que se outros elementos comprovassem ser o indígena integrado à sociedade (como era o caso), a realização de estudo antropológico era dispensada.

Vê-se, assim, que mais uma vez a integração à sociedade foi um critério para responsabilizar criminalmente o autor do fato. Nesse caso, o nível de integração era tamanho, que não se isentou de responsabilidade o autor do estupro de vulnerável.

O critério de integração à sociedade civil e consequente dispensa da realização do laudo antropológico foi percebido em alguns outros julgados⁴¹. Assim, parece ser esse o entendimento consolidado no Tribunal de Justiça

⁴¹ Nesse sentido, vide as Apelações Criminais de nº 0045100003172; 0010110002572; 0090100004283; 0090110003317; 0090090000382; 0010061415278 e 0010080097800.

de Roraima para fins de responsabilização criminal do indígena.

Nota-se, assim, que quanto aos crimes praticados e julgados no seio da comunidade, o Tribunal parece respeitar as normas internacionais no sentido de garantir a soberania do que foi decidido pelos indígenas. Já no que se refere aos crimes praticados fora da comunidade e por ela não decididos, há uma tendência em se perquirir o grau de integração cultural do autor do fato com a sociedade, o que parece ser um pouco defasado, pois verdadeiramente importa avaliar as reais condições de compreensão quanto ao caráter ilícito do fato, que, se inexistente, permite a incidência do tratamento especial ao indígena.

CONCLUSÃO

O trabalho em questão perpassou pela área dos Direitos Humanos e do Direito Penal até que se chegasse à possibilidade de respeitar o diálogo intercultural em matéria penal, em detrimento da aplicação indiscriminada dos diplomas penais brasileiros aos povos indígenas.

Com a exposição, pretendeu-se explorar a questão atinente à necessidade de a legislação penal brasileira não incidir indiscriminadamente sobre os povos indígenas, em atenção às suas peculiaridades culturais. Apesar de soar simplória a questão em primeiro momento, na realidade não o é, pois em que pese os diplomas penais terem vigência e serem cogentes em todo o país, aplicá-los sem ressalvas aos povos indígenas pode gerar situações de injustiça, a exemplo de criminalizações de condutas não

criminalizadas por esses povos, além de situações de dupla e descabida responsabilização.

A partir desse cenário, a pesquisa sinalizou a possibilidade de se respeitar o relativismo cultural indígena em matéria penal. A atenção às suas peculiaridades culturais assinala importantes princípios consagrados em normativas internacionais e nacionais sobre o tema.

E melhor, o respeito ao diálogo intercultural, nesse caso, não significa derrogação das normas penais vigentes no país. Conforme restou demonstrado no trabalho, há respaldo doutrinário e legal para relativizar a responsabilização penal do indígena, sem que isso acarrete descabida impunidade.

O critério mais evoluído para relativizar a responsabilidade penal diz respeito à análise da possibilidade de compreensão do indígena quanto ao caráter ilícito do fato praticado. Se não tiver meios de compreender a ilicitude de sua conduta, descabe a responsabilização penal.

Nesse cenário, o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima não se mostrou totalmente alheio à necessidade de se avaliar as especificidades culturais dos povos originários. Contudo, ainda comumente utiliza o critério de aferição da integração social do autor do fato, o que apesar de não ser o mais adequado à luz da Constituição, representa considerável evolução.

De todo modo, trata-se de tema que merece profundo estudo pelos juristas, a fim de propiciar uma entrega jurisdicional justa e efetiva, sem incorrer em indesejada impunidade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Daniela. Dados preliminares do Censo 2022 apontam que Brasil tem 1,65 milhão de indígenas. **CNN Brasil**. Publicado em 03 abr. 2023. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/dados-preliminares-do-censo-2022-apontam-que-brasil-tem-165-milhao-de-indigenas/>>. Acesso em 11 de jun. de 2023.

ANAYA, James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Madri: Trotta, 2005.

ASUA, Luis Jimenez de. **Tratado de Derecho Penal**, tomo I. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1992.

BRASIL. Código Penal (1940). Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso 10 de março de 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de março de 2023.

BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos (1992). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 10 de março de 2023.

_____. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 20 jun. 2023.

_____. Decreto que consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre promulgação de convenções e recomendações da OIT. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm>. Acesso em 10 de março de 2023.

BRASIL. Estatuto do Índio (1973). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm>. Acesso em 10 de março de 2023.

_____. Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 287, de 25 de junho de 2019. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>>. Acesso em 10 de junho de 2023.

_____. **Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019.** Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Disponível em < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>>. Acesso em 10 de jun. de 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Apelação Criminal nº 0000398-64.2014.8.23.0090. Rel. Jésus Nascimento. Câmara única. Julg. em 19.11.19.

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

FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de Oliveira. **O Estado Plurinacional da Bolívia:** as garantias fundamentais à autonomia e autogoverno das autoridades indígena originário campesinas. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal Fluminense. Programa de pós-graduação stricto sensu em direito constitucional. Niterói, 2016.

FUNAI. **Último censo do IBGE registrou quase 900 mil indígenas no país, dados serão atualizados em 2022.** Disponível em

<<https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2022-02/ultimo-censo-do-ibge-registrou-quase-900-mil-indigenas-no-pais-dados-serao-atualizados-em-2022>>. Acesso em 10 de março de 2023.

IBGE. **Divulgação de resultados.** Disponível em <<https://censo2022.ibge.gov.br/etapas/divulgacao-dos-resultados.html>>. Acesso em 10 de março de 2023.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 45, n. 177, p. 19-29, jan.-mar. 2008.

RORAIMA. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Apelação Criminal nº 0090100003020.** Rel. Mauro Campello. Câmara única. Julg. em 18 dez. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Apelação Criminal nº 0000150022374.** Rel. Leonardo Cupello. Câmara única. Julg. em 17.02.16.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Apelação Criminal nº 0045.13.000166-7.** Rel. Ricardo Oliveira. Câmara única. Julg. em 06.09.16.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Apelação Criminal nº 0090150004241.** Rel. Ricardo Oliveira. Câmara única. Julg. em 03.10.17.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Índios e imputabilidade penal.** Disponível em <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/indios_imputabilidade_Penal.pdf>. Acesso em 10 de março de 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **As tensões da modernidade.** Revista do Programa Avançado de Cultura Contemporânea, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Ed. de 2005. Disponível em: <http://dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_tensoes_modernidade.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2023.

_____. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos.** Revista Crítica de Ciências Sociais. Nº 48, Junho de 1997. Disponível em:

<https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em 10 de março de 2023.

TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo, Saraiva, 1977.

_____. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

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