



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS**  
**Faculdade de Direito e Relações Internacionais**  
**Curso de Direito - FADIR**

**CRISTIANE COMACHIO**

**APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA INIMPUTABILIDADE AO ÍNDIO:  
UMA REVISÃO DA LITERATURA**

**Dourados - MS**  
**2014**

**CRISTIANE COMACHIO**

**APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA INIMPUTABILIDADE AO ÍNDIO:  
UMA REVISÃO DA LITERATURA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. João Nackle Urt.

**Dourados - MS  
2014**

À minha amada mãe, por toda a sua força e incansável dedicação, exemplo de perseverança e fé na vida.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pai amoroso de todas as horas e a Jesus Cristo, pela esperança que se renova diariamente.

Meus pais, Vilson João Comachio e Maria de Fátima Mazzucco Comachio, por todo o apoio conferido em minha caminhada e por estarem presentes em todos os momentos, me fazendo acreditar na possibilidade de realizar meus sonhos.

Minhas irmãs, Veridiane e Fabiane, por todos os doces e difíceis momentos que compartilhamos em nossa família, e minha pequena sobrinha, Maria Heloísa, sua alegria constante e seu carinho me ensinaram um novo significado para o amor fraternal.

Meu namorado João Henrique, fonte de apoio e inspiração, cujo amor me dá a força necessária para seguir em frente. O Amor de Deus nos fez um só.

As minhas mais que amigas: Belisa, Moniqui e Weslaine, não há tempo que possa apagar esse laço tão forte que construímos.

Aos meus amigos do peito, Guilherme, Heidi, Larissa, Marcos, Rafael e Vanessa, sem a presença diária de vocês minha trajetória não teria sido tão feliz, agradeço por todo o apoio nos momentos difíceis e alegria dos bons momentos.

Ao meu orientador, Professor Mestre João Nackle Urt, por toda atenção e compreensão dispensados, seu apoio acadêmico e motivacional foram indispensáveis para a concretização deste trabalho.

“Não cometam injustiça num julgamento; não favoreçam os pobres nem procurem agradar os grandes, mas julguem o seu próximo com justiça.”

(Levíticos 19:15)

“Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender; e, se podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar.”

(Nelson Mandela)

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2. A RELIGIÃO E A CULTURA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS..</b>	<b>9</b>
2.1. Breve relato acerca dos direitos fundamentais.....	9
2.2. A religião e a cultura no contexto dos direitos fundamentais.....	11
2.3. As culturas indígenas.....	17
<b>3. O DIREITO PENAL E O INDÍGENA.....</b>	<b>20</b>
3.1. O tratamento da imputabilidade.....	25
3.2. A inimputabilidade e o tratamento jurídico penal do índio.....	27
<b>4. ALTERNATIVA PARA A APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA INIMPUTABILIDADE AO INDÍGENA.....</b>	<b>33</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>39</b>
<b>6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>43</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A sociedade é dotada de um vasto rol de pluralidades, e para que seja possível uma convivência harmoniosa entre os seres humanos, é necessário que existam limites estatais que imponham ordem social, afim de que as especialidades sejam respeitadas. Assim leciona Hobbes ao aduzir sobre o Estado:

Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.<sup>1</sup>

A evolução dos direitos, mesmo que lenta e gradual, é construída baseando-se na experiência humana quando da convivência em sociedade, eis que diante das diferenças é que é possível que a sociedade se desenvolva assegurando a igualdade.

Contudo, o direito a diferença não pode ser absoluto, causando discriminações. Para que isso não ocorra, esses direitos devem ser compatíveis com o ordenamento jurídico, e é com esta finalidade que existem os Direitos Fundamentais, reconhecidos e positivados na Constituição Federal de uma nação.

Os povos indígenas, considerando seus diferentes modos de vida e suas diferentes tradições, possuem um direito próprio, de sistemas jurídicos complexos, o qual possui normas e sanções que conduzem suas relações internas. Esse direito tem sua própria maneira de impor regras e de fazer com que os integrantes da etnia as cumpram. Ao mesmo tempo, há o Direito estatal e sua interferência, o qual causa abalo, devido à ruptura da integridade da vida social destes povos.

Consequentemente, a interferência estatal na vida social dos indígenas causa deterioração das suas especificidades, o que não pode ocorrer, tendo em vista que ele possui direito à diferença cultural. Logo, incorreto seria sustentar que o indígena que vive de acordo com sua cultura e tradições, quando comete crime motivado por questões que envolvem este aspecto, deve ter o mesmo tratamento jurídico penal que é aplicado ao não índio, que possui uma visão diferente de valores sociais e de punição frente a esses valores.

A Constituição Federal confere ao indígena a garantia de sua organização

---

<sup>1</sup> MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. p. 61. Disponível em <[academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/9/98/Thomas\\_Hobbes.pdf](http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/9/98/Thomas_Hobbes.pdf)> Acesso em 02 de julho de 2014.

social, costumes, língua, tradições e crenças, e o faz conjuntamente com o Estatuto do Índio, o que deve garantir ao indígena que ele seja respeitado quando utilizar seus meios sociais de repressão, e conseqüentemente, seus métodos deveriam ser acolhidos como sanções penais quando aplicados pelos próprios membros do grupo aos seus pares.

Contudo, para o tratamento jurídico penal dado ao indígena, o Brasil optou pelo reconhecimento da imputabilidade para solucionar a questão penal do indígena partindo da norma geral aplicada a todos, levando em consideração seu grau de integração e suas peculiaridades para a fixação da pena.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que os autores que defendem à aplicação do artigo 26 do Código Penal ao indígena, que presume um desenvolvimento mental incompleto do índio, possuem um pensamento discriminatório, eis que acreditam ser o indígena atrasado ou não desenvolvido mentalmente, e mais, que esta situação poderia ser também consequência do sua inferioridade social, econômica e educacional, o que torna ainda mais absurda esta condição de incapacidade a qual o indígena é exposto.

Não se pode dizer que o indígena que vive em seu próprio meio e possui seus próprios valores internalizados ainda deva desenvolver-se mentalmente, como se o desenvolvimento mental que possui não esteja completo, subentendendo-se que ele somente o será quando integrar-se com a sociedade não indígena, pois o desenvolvimento mental do índio se volta para seus aspectos específicos e isso ocorre de maneira igual na mente do não índio.

Assim, outras possibilidades previstas na legislação brasileira devem ser consideradas como solução, abordando o problema partindo de outros elementos excludentes da culpabilidade que não a partir da imputabilidade, pois esta possibilidade considera o índio como aquele que possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Como uma possível solução, um recurso diverso para a aplicação da imputabilidade seria a aplicação do erro de compreensão culturalmente condicionado, idealizado por Eugenio Raul Zaffaroni e posteriormente por José Henrique Pierangeli, o qual aduz que o condicionamento cultural do agente acarreta a não compreensão da norma e a não internalização de valores. Este critério ocorre porque o indivíduo não internalizou os valores que a norma que o rege contém porque eles são desconhecidos ou incompatíveis com os valores pertencentes à cultura da qual faz parte.

A questão é que o critério do erro de compreensão culturalmente condicionado encontra problemas para sua aplicação no direito penal brasileiro. Apesar disso, é a hipótese que mais se aproxima do não exercício da coação ou ameaça para fazer com que o

indígena internalize valores culturais que não lhe são próprios, podendo abrir uma brecha para a existência do respeito à diversidade cultural e aos valores de culturas distintas, garantindo ao agente que ele não se corrompa por valores culturais diversos dos seus.

## **2. A RELIGIÃO E A CULTURA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **2.1 BREVE RELATO ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Desde épocas remotas, as ideias de liberdade, igualdade, solidariedade, dignidade da pessoa e justiça estiveram presentes nas sociedades humanas, mesmo que com maior ou menor intensidade, demonstrando que a noção de direitos do homem é tão antiga quanto à própria sociedade.

Historicamente, o Código de Hamurabi, imposto em meados de 1.800 a.C., na Mesopotâmia, trazia consigo a regra do “olho por olho, dente por dente”, buscando evitar a opressão dos fracos e propiciar o bem-estar do povo, objetivo este relacionado à finalidade dos direitos do homem.

Mais a frente, em 1.215, a Magna Carta de João Sem-Terra consagrava cláusulas que expunham sobre liberdade, hoje consideradas direitos fundamentais, tais como o princípio da legalidade e irretroatividade das leis, dentre outros.

Desta maneira, é notório que nas sociedades mais antigas, a ideia de liberdade não era igual ao que temos hoje, mas elas tiveram conhecimento dos direitos do homem, mesmo que não tenham conhecido os direitos fundamentais, pois estes não estavam positivados em normas jurídicas.

Sem que estes direitos estivessem positivados, mesmo com o conhecimento dos valores atrelados a dignidade, não havia a representação verdadeira de direitos, podendo aduzir desta forma que os direitos fundamentais não existiam na Antiguidade, Idade Média nem Absolutismo.

A ideia de direitos fundamentais pode ser considerada somente a partir do momento em que ela está consolidada, ou seja, quando há a possibilidade de limitar de forma jurídica o poder político, podendo dizer que tal ideia apenas ocorreu em meados do século XVII, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, resultado das revoluções liberais.

O Estado Democrático de Direito criou mecanismos que possibilitaram a participação do povo nas decisões políticas, desenvolvendo instrumentos para o controle e limitação do poder do Estado, o que transformou os valores liberais em normas jurídicas. A

partir deste momento, as Constituições modernas passaram a positivizar os direitos do homem, chamando-os de direitos fundamentais, não os tratando como valores imutáveis. Na visão de Marmelstein “esses valores são bastante dinâmicos, sujeitos a saltos evolutivos e a tropeços históricos, já que acompanham a evolução cultural da própria sociedade<sup>2</sup>”, o que nos faz afirmar que se modificam ao longo dos anos.

Por conseguinte, para conceituar os direitos fundamentais, podemos afirmar que são valores morais, éticos e políticos e, desde que respeitados, asseguram as mínimas condições da existência de uma sociedade com igualdade, liberdade e dignidade, aplicando-se a cada ser humano e sendo considerado em um todo, preconizando a universalidade, o que significa dizer que todos os seres humanos, de todos os lugares do mundo devem ser protegidos por eles, independente de nacionalidade, religião, sexo, raça, idade, dentre outras condições.

Segundo seus aspectos, eticamente, podemos dizer que são valores basilares para uma vida digna em sociedade, estando atrelados intimamente à ideia de limitação de poder e dignidade da pessoa humana. Ainda, sob o prisma formal, ou seja, para a visão jurídica, não é qualquer valor que pode ser considerado como direito fundamental, mas tão somente aqueles que o povo reconheceu como dignos de proteção normativa, ou seja, os valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional.

Desta forma, através dos aspectos citados, podemos conceituar os direitos fundamentais da seguinte forma:

(...) são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico<sup>3</sup>.

Em nosso ordenamento jurídico, os direitos fundamentais se solidificaram com a Constituição de 1988, que após anos de cerceamento da liberdade em ensejo do regime militar, assumiu uma atitude corajosa e investida em favor da diminuição das desigualdades sociais.

Pode-se afirmar que a Constituição de 1988 foi um divisor de águas, pois já em seu preâmbulo está a finalidade da República Federativa do Brasil em constituir um Estado Democrático que assegure o exercício dos direitos sociais e individuais, colocando os direitos fundamentais em lugar privilegiado: nos artigos iniciais.

---

<sup>2</sup>MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 40.

<sup>3</sup> Idem, p. 20.

Além da demonstração de prestígio dada aos direitos fundamentais, por força do artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição, eles foram considerados cláusulas pétreas, o que significa dizer que não podem ser abolidos nem mesmo por emenda constitucional. Vejamos:

Art. 60. A constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais. <sup>4</sup>

Ainda, o artigo 5º, §1º da Constituição de 88 aduz que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” <sup>5</sup>, demonstrando que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para ser efetivados, pois são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis, além de possuírem hierarquia constitucional, de maneira que se determinada lei dificultar ou impedir a efetivação de um direito fundamental, esta lei poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade.

Percebe-se que de fato, foi dado aos direitos fundamentais um lugar de importância na Constituição, ao passo que o houve intenção de se fazer valer esses direitos, como foi defendido por Norberto Bobbio ao dizer que “não basta apenas enunciar os direitos; é preciso, sobretudo, protegê-los e concretizá-los” <sup>6</sup>, ou seja, retirar os direitos do papel e trazê-los para a vida real, efetivá-los de maneira concreta.

## **2.2 A RELIGIÃO E A CULTURA NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Ao falar sobre liberdade religiosa, denota-se que ela está arraigada ao direito do indivíduo de acreditar na existência de uma divindade e declarar a sua fé, acreditando naquilo que lhe apetece de melhor maneira. Esta liberdade de cada ser humano professar suas crenças religiosas moldou o surgimento de diversas religiões diferentes, sendo estas, no entanto, semelhantes. Uma demonstração clara disto está presente na lição de Marmelstein:

<sup>4</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 44/2004 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004, p. 55.

<sup>5</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 44/2004 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004, p. 55.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 8. Ed. Rio de Janeiro: Campus, p. 37 – em curso de direitos fundamentais, George Marmelstein, p. 68.

Praticamente todas as correntes religiosas pregam a paz, o respeito ao semelhante, o respeito à vida, a fraternidade, a caridade, a compaixão, a piedade etc., valores que estão na base da noção da dignidade humana. E o pensamento cristão, que até hoje influencia a sociedade ocidental, estabelece que “não há judeu, nem grego, não há escravo nem homem livre, não há homem nem mulher: todos vós sois um só em Cristo” (Epístola aos Gálatas, III, 26) <sup>7</sup>.

Refletindo mais a fundo, percebemos a presença de vastas religiões na vida social desde épocas remotas, em que os homens, deslumbrados com o mundo, buscavam explicações míticas para entendê-lo, e assim acreditavam em alguém superior, que seria o responsável por todos os acontecimentos em suas vidas.

Nesse mundo antigo, havia assimilação entre poder político e religião, conhecido como monismo, possuindo esta relação apoio no medo do desconhecido, dos acontecimentos e das tragédias naturais. David Hume, em sua *História Natural da Religião* (1957) aduz que:

A religião primitiva da humanidade surgiu principalmente de um medo dos acontecimentos futuros; e pode-se facilmente conceber quais ideias dos poderes invisíveis e desconhecidos os homens naturalmente entretêm quando estão sob o jugo de sombrias apreensões de todos os tipos. Todas as imagens de vingança, de severidade, de crueldade e de maldade devia ocorrer, e deviam aumentar o medo e o horror que oprimiam o homem religioso assombrado. Uma vez que um terror infundado se apodera do espírito, a imaginação entra em ação e multiplica ainda mais o número de objetos terríficos, enquanto a profunda obscuridade, ou, o que é pior, a luz pálida que nos cerca, representa os espectros da divindade sob as mais horríveis aparências que se pode imaginar. E não se pode formar a ideia de uma maldade perversa que esses devotos aterrorizados não a apliquem, prontamente e sem escrúpulo, a sua divindade <sup>8</sup>.

Historicamente, a liberdade religiosa foi discutida quando surgiu na história a ideia de autonomia do indivíduo, quando da Reforma Protestante. Apesar de ser Santo Agostinho quem propôs o assunto na Idade Média, foi com Lutero, Calvino e Knox que a individualidade ganhou as adjacências da autonomia que eram necessárias para defender a liberdade religiosa, pois acreditavam que a consciência livre poderia regular a relação do homem com o sagrado, sem nenhum tipo de mediação.

Foram nas Declarações de Direitos que se fizeram perceber as primeiras formas de valorização da autonomia. Na Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, que foi colonizada por protestantes puritanos, há a afirmação de que “todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes <sup>9</sup>”. Posteriormente, em 1789, o direito a

<sup>7</sup> MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30-31.

<sup>8</sup> HUME, David. História natural da religião. São Paulo: Unesp, 2005, p. 107.

<sup>9</sup> COMPARATO. Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 130.

liberdade religiosa foi reconhecido pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, tendo registrado em seu décimo artigo que “ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei <sup>10</sup>”.

As concepções filosóficas que inspiraram as primeiras Declarações de Direitos guiaram os princípios de liberdade de consciência e da livre manifestação do pensamento, que abrangem a liberdade religiosa, tendo a autonomia se proliferado no ocidente, como se pode perceber através da Constituição norte-americana de 1971, que foi pioneira ao consignar a liberdade religiosa na Primeira Emenda, dispondo que:

O Congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações ou queixas. <sup>11</sup>

Os direitos protegidos pelas declarações acima transcritas, que foram resultado das revoluções dos séculos XVII e XVIII, proporcionaram uma mudança significativa na política mundial, pois foi a partir deste momento em que o Estado cedeu lugar ao Estado Democrático de Direito, sendo reconhecidos nesta fase os direitos de liberdade, onde está inserido o direito à liberdade religiosa, pertencente aos direitos fundamentais de primeira geração.

No Brasil, num primeiro momento, a liberdade religiosa não foi acatada, pois a primeira Constituição, a de 1824, previu como a religião oficial do Estado a Católica Apostólica Romana, quando aduziu em seu 5º artigo que “a Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior ao Templo <sup>12</sup>”.

A regra somente foi modificada com a Proclamação da República, em 1889. Com a primeira Constituição Republicana, o Brasil passou a ser considerado laico, o que significa dizer que, com a ruptura do Estado e da Religião, o país não adotou uma religião oficial, mantendo-se neutro.

A Constituição Federal de 1988 prevê a liberdade religiosa em seu artigo 5º,

---

<sup>10</sup>Idem, p. 171.

<sup>11</sup>Disponível em <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Primeira\\_Emenda\\_%C3%A0\\_Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estados\\_Unidos](http://pt.wikipedia.org/wiki/Primeira_Emenda_%C3%A0_Constitui%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Unidos)> Acesso em 03 de julho de 2014.

<sup>12</sup>MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 98.

inciso VI, ao consignar que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias <sup>13</sup>”.

Compreende-se que a previsão acima transcrita invoca a proteção da liberdade de consciência, liberdade de crença e a liberdade de culto, protegendo a Constituição qualquer credo, restando claro assim que o Estado não pode nem deve se intrometer indevidamente nas crenças pessoais de cada indivíduo.

Sobre a liberdade de crença, José Afonso da Silva afirma que:

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. (...) a religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida <sup>14</sup>.

A liberdade religiosa é, assim, o direito do ser humano de adorar seu Deus, considerando sua crença e o seu culto. Mais a fundo, para que a liberdade exista em concreto, além do fato de que o Estado não pode impor determinada religião ou coibir que as pessoas sigam uma crença, ele deve permitir às pessoas que seguem uma religião a possibilidade de cumprir com os deveres que dela decorrem.

Como direito fundamental, a liberdade religiosa permite a subdivisão em liberdade de crença, de culto e de organização religiosa. Quando se fala em liberdade religiosa, pondera-se acerca de garantir ao indivíduo sua livre escolha entre religiões, afim de que opte por aquela que lhe satisfaz, ou seja, escolhe, portanto, por uma crença, abarcando o direito do indivíduo de crer ou não em uma divindade. Adiante, a liberdade de culto é a exteriorização pública da liberdade de crença, enquanto a liberdade de organização religiosa corresponde ao estabelecimento da organização das igrejas e as relações desta com o Estado.

Por conseguinte, quando, num exemplo, comparamos a liberdade religiosa com a dignidade e a liberdade dos indivíduos, podemos perceber que possuem valores iguais, pois o conceito de religião e liberdade religiosa afastam quaisquer formas de coerção e discriminação social ou jurídica das opções de fé e vivência religiosa, o que agrega à

<sup>13</sup>Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 44/2004 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004, p. 15.

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 17ª. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 251-256.

liberdade religiosa condição de inclusão compatível com os valores acima comparados.

Mais ainda, a liberdade religiosa está estreitamente relacionada à cultura, direito este que reflete o modo de vivência dos indivíduos, pois interfere no seu modo de pensar, agir e se relacionar, fortalecendo a identidade de um povo.

Podemos pensar essa afirmativa quando fundamos tal relação na evolução dos homens, pois a cultura transmite-se de geração em geração, acompanhando o desenvolvimento dos indivíduos, enriquecendo-se com novos conhecimentos e valores. É deveras difícil imaginar o indivíduo dotado de religião sem que seja dotado de cultura, que é responsável pelos valores que formam o caráter de cada pessoa.

Num breve relato histórico, a cultura começou a ter espaço ao ser citada juridicamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição Francesa de 1793, que aduziu em seu artigo 17 que “nenhum gênero de trabalho, de cultura, de comércio pode ser proibido à indústria dos cidadãos<sup>15</sup>”.

Após, somente em 1948 que a cultura foi citada novamente, desta vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que previu em seu artigo XXVII que “todo homem tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e participar do progresso científico e de seus benefícios<sup>16</sup>”.

O conceito de cultura foi sucessivamente evoluindo com os indivíduos, sendo que diversas declarações e pactos a previram. Contemporaneamente, a cultura foi reconhecida pela Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural aprovada pela Unesco em 2002:

Artigo 4 – Os direitos humanos, garantias da diversidade cultural  
A defesa da diversidade cultural é imperativo ético, inseparável de respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular o direito das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance<sup>17</sup>.

No Brasil, o direito à cultura está inserido na Constituição nos chamados direitos econômicos, sociais e culturais, e mesmo não expresso no artigo 5º, é considerado como direito fundamental, pois é direito instrumento de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, já que visa garantir aos indivíduos condições de desfrutar uma vida digna.

<sup>15</sup>COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 175.

<sup>16</sup>Idem, p. 251.

<sup>17</sup> Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>> Acesso em 02 de julho de 2014.

A Constituição de 1988 reservou a Seção II para lecionar sobre o tema, e em seu artigo 215 trata de maneira específica o intento de garantir o exercício pleno dos direitos culturais ao dispor que:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais.

§1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. (...) <sup>18</sup>.

A importância atribuída à cultura na Constituição de 1988 pode ser bem explicada por José Afonso da Silva:

(...), deu relevante importância à *cultura*, tomado esse termo em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressões criadoras da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que se exprimem por vários dos seus artigos (5º, IX, 23, III a V, 24, VII a IX, 30, IX E 205 a 217), formando aquilo que se denomina *ordem constitucional da cultura*, ou *constituição cultural*, constituída pelo conjunto de normas que contêm referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura <sup>19</sup>.

Resta claro que a partir do momento em que foi dada à cultura uma importância constitucional, ela passou a compreender direitos sociais, o que fez com que o ordenamento também se atentasse para tal fato, atentando-se para que a história fosse preservada e propagada levando em consideração os direitos sociais inseridos na ordem constitucional da cultura.

Saindo de um contexto jurídico e buscando explicar melhor a cultura, pode-se atribuir ao seu conceito que é através de um padrão de significados que ela é transmitida historicamente, incorporando-se de símbolos, que herdados, são formas de comunicação do homem, através da qual se perpetuam e desenvolvem seu conhecimento e demais atividades cotidianas.

Sobre o tema, Roque de Barros Laraia leciona:

O homem é o resultado do meio cultural em que foi socializado. Ele é um herdeiro de um longo processo acumulativo, que reflete o conhecimento e a experiência adquiridas pelas numerosas gerações que o antecederam. A manipulação adequada e criativa desse patrimônio cultural permite as inovações e as invenções. Estas não

<sup>18</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 44/2004 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004, p. 124.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 812.

são, pois, o produto da ação isolada de um gênio, mas o resultado do esforço de toda uma comunidade<sup>20</sup>.

O modo em que o indivíduo vê o mundo, a maneira como aprecia a moral e os valores e os diferentes comportamentos sociais são produtos da herança cultural do ser humano, ou seja, resultado da intervenção da cultura.

Tais fatores são tão importantes e atuantes que podemos afirmar que o homem que não possui uma cultura tem sua dignidade humana afetada, já que ela reflete o modo de vida de grupos de indivíduos, os aspectos de desenvolvimento mental, subjetivo e espiritual, o que proporciona a cada um suas especificidades.

Ao mesmo tempo em que existe uma vasta diversidade cultural, a cultura é singular para cada indivíduo, que considera como sua a cultura superior. Heródoto, historiador grego, assim o descreve:

Se oferecêssemos aos homens a escolha de todos os costumes do mundo, aqueles que lhes parecessem melhor, eles examinariam a totalidade e acabariam preferindo os seus próprios costumes, tão convencidos estão de que estes são melhores do que todos os outros<sup>21</sup>.

Logo, a herança cultural de cada indivíduo, desenvolvida através de várias gerações, condiciona a sua reação depreciativa do comportamento dos que agem fora dos seus padrões, discriminando o comportamento desviante. Para Laraia, isso ocorre porque “o homem vê o mundo através de sua cultura<sup>22</sup>”, e como consequência passa a avaliar o seu modo de vida como o mais apropriado e natural.

### 2.3 AS CULTURAS INDÍGENAS

No Brasil, os povos indígenas compreendem um elevado número de grupos étnicos singulares que habitaram o país muitos anos antes da colonização portuguesa, que teve início no século XVI. Por conseguinte, podemos dizer, ao definir o índio, que ele é o habitante originário da América<sup>23</sup>.

Juridicamente, o índio foi tratado também como silvícola, sendo que a Lei 6.001/73 assim o definiu:

<sup>20</sup> LARAIA, Roque de Barros. Cultura: um conceito antropológico. 14 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001, P. 24.

<sup>21</sup> LARAIA, Roque de Barros. Cultura: um conceito antropológico. 14 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001, p. 06.

<sup>22</sup> Idem, p. 38.

<sup>23</sup> FREIRE, Laudelino. Grande e Novíssimo Dicionário de Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, vol III, p. 2955.

Art. 3º Para os efeitos da lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I – Índio ou Silvícola – É 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.<sup>24</sup>

Logo, o índio pertence a um grupo étnico que possui suas próprias características culturais, não constituindo parte de um todo homogêneo eis que são detentores de culturas complexas. Os povos indígenas são marcados pelas suas particularidades, compartilhando de um conjunto de traços e elementos que, ao mesmo tempo em que são comuns às sociedades indígenas, os diferenciam da sociedade não indígena.

Antes de adentrarmos aos elementos culturais dos povos indígenas, faz-se necessário compreender como foi dado aos índios o reconhecimento social e jurídico, já que no passado não existiam leis e políticas de Estado que garantisse a sobrevivência dos indígenas, o que provocava o seu não reconhecimento.

Juridicamente, a primeira previsão de inclusão das sociedades indígenas ocorreu no Projeto Constituinte de 1823, que continha determinações para que os índios fossem catequizados e civilizados<sup>25</sup>, porém, a Constituição de 1891 não fez menção à existência dos índios.

Posteriormente, a Primeira Carta da República não fez referência à questão indígena, porém, era objeto de discussão ao buscar reconhecer a soberania das nações indígenas, pois constaria em seu primeiro artigo que a República seria constituída pela livre federação dos povos circunscritos dentro dos limites do extinto Império, provindo de uma “fusão do elemento europeu com o elemento africano e o americano aborígine<sup>26</sup>”.

Mais à frente, a partir da Constituição de 1934 é que se institucionalizou uma política de integração dos indígenas, contudo, os mesmos foram considerados silvícolas, que significa aquele que vive na selva, estranho à civilização, sendo a terminologia utilizada também nas Constituições seguintes.

Especificamente, as Constituições de 1934, 1937 e 1946, se restringiram a garantir aos indígenas a posse das terras que ocupavam, tendo a Carta de 1967, além disso, garantido o usufruto dos recursos naturais e das utilidades que nela existiam. Contudo, a capacidade de resistência dos índios de manter suas próprias formas de vida garantiu a existência das coletividades diante da sociedade hegemônica, o que resultou posteriormente

---

<sup>24</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)> Acesso em 02 de julho de 2014.

<sup>25</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. Os Direitos do Índio. São Paulo: ed. Brasiliense, 1987, p. 65.

<sup>26</sup> Idem, p. 71-71.

na inclusão de um capítulo específico de proteção dos direitos dos índios na Constituição de 1988.

A Carta de 1988 trouxe inovações com relação aos aspectos de tratamento dos indígenas, quebrando o paradigma que antes existia, momento em que indígena não passou a ser tratado como selvagem. Dessa forma, a Magna Carta de 1988 buscou assegurar ao índio um direito à diferença baseada nas diferenças culturais, a fim de garantir-lhes a permanência do que eram, sendo função do Estado assegurar condições para tal fim. Assim prevê a Constituição:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarca-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.<sup>27</sup>

O reconhecimento que a Constituição conferiu aos indígenas constituiu um resultado considerável, pois de relativamente incapazes e subordinados ao Estado, o novo status de porta-vozes de si mesmos fez que com os índios enxergassem a possibilidade de conquista de espaço e de defesa dos próprios direitos, pois com a promulgação da Carta Magna adquiriram status de organização social aceita perante a sociedade não indígena<sup>28</sup>.

Por consequência, a auto-organização dos indígenas, como por exemplo, a garantia da criação de poderes internos de representação e de fixação de legitimidades internas para exigência de direitos, provocou o surgimento de regras internas pela própria comunidade, conferindo a membros específicos do grupo legitimidade para alguns direitos e outros não.

Para Juliana Santilli, sobre as diversas formas de representações,

Alguns (...) se fazem representar por seus caciques e chefes, cujos atributos para o exercício do poder variam, como idade, experiência, espírito guerreiro, aptidão para o xamanismo, habilidades para caça, pesca e agricultura. Outros povos indígenas, entretanto, conferem o poder político decisório aos conselhos de anciãos.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 44/2004 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004, p. 130.

<sup>28</sup> OLIVEIRA NEVES, Lino João de. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 119.

<sup>29</sup> SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e Novos Direitos. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis. IEB: ISA, 2005, p. 225.

As representações culturais dos povos indígenas e a sua relação com a religião são diferentes nas comunidades indígenas e logicamente das sociedades não indígenas, de maneira de significam outro formato de compreender o mundo.

### **3. O DIREITO PENAL E O INDIGENA**

Como visto, a Constituição Federal conferiu aos indígenas a garantia de organização social, costumes, língua, tradições e crenças. Em conjunto, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada através do Decreto Legislativo nº 143/2002, sancionado em 2004, estabelece a política através da qual os povos indígenas devem ser tratados.

A convenção previu nos seus artigos 8º e 9º o direito dos indígenas de conservar costumes e instituições próprias, bem como terem respeitados os métodos pelos quais os índios recorrem para repressão dos delitos cometidos por seus iguais, possuindo, portanto um direito penal próprio, desde que seus aspectos estivessem em consonância com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Antes mesmo da Constituição de 1988 e da Convenção de 2004, o Estatuto do Índio, qual seja a Lei nº 6.001 de 1973 previa em seu artigo 57 a tolerância da aplicação de sanções penais ou disciplinares pelos próprios membros dos grupos, desde que não possuam caráter cruel ou infamante, sendo proibida também a pena de morte.

Nota-se que houve uma ampliação do reconhecimento da jurisdição penal indígena, mesmo que esta jurisdição esteja restringida aos casos de conflitos penais internos dos povos indígenas.

Falando-se em autonomia cultura, há autores como Raul Cervini que entende ser necessário “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”<sup>30</sup>.

O Brasil, ao adotar possibilidades para diferenciar o tratamento penal do indígena, optou por fazê-lo através da imputabilidade, levando em consideração o grau de integração e considerando as peculiaridades do índio para fixar a pena, buscando dentro deste conceito a solução para o problema penal do indígena.

---

<sup>30</sup> CERVINI, Raul. Os processos de descriminalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 159.

Essa previsão encontra respaldo quando há junção do Estatuto do Índio com o que o Código Penal dispõe em seu 26º artigo. Pela lei, o índio pode encontrar-se em três categorias, de acordo com o artigo 4º do Estatuto acima mencionado. Vejamos o que ambos os artigos dispõem:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento <sup>31</sup>.

Art. 4º. Os índios são considerados:

I – Isolados – Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II – Em vias de integração – Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservem menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III – Integrados – Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura <sup>32</sup>.

Os que propõem a solução da questão através da imputabilidade, o fazem partindo do ponto em que acreditam ter o índio desenvolvimento mental incompleto, o que justifica sua inclusão dentre os incapazes de compreender a ilicitude do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento.

O Ministro Francisco Campos, na exposição de motivos do Código Penal aduz que a expressão “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” compreende os indígenas que não são adaptados:

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 <sup>33</sup>.

Nelson Hungria explica porque o Código Penal não fez expressa referência ao índio, dizendo que:

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*,

<sup>31</sup> VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 12 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p.545.

<sup>32</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)> Acesso em 02 de julho de 2014.

<sup>33</sup> PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil, Bauru: Jalovi, 1980, p. 41.

evitando que uma expressa alusão a estes fizesse supor, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio<sup>34</sup>.

Para Aníbal Bruno<sup>35</sup>, os indígenas que não se ajustam ao nível de cultura dos civilizados devem ser considerados inimputáveis, já que a ausência de adaptação à vida social da sociedade não indígena, às normas complexas que a regulam e os critérios de valor dos julgamentos, além de sua psique e complexos afetivos que os dirigem, colocam os índios em condição de incapacidade de orientação e entendimento exigidos pelo Código.

Sobre o tratamento dado ao índio no Código Penal, Carlos Frederico Marés de Souza Filho expõe:

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 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<sup>36</sup>.

Nota-se que o Código Penal não é claro quanto à aplicação do artigo 26 ao indígena, não sendo seguro aduzir que o índio integrado, isolado ou em vias de integração seja imputável, pois presume o seu desenvolvimento mental incompleto.

Outros autores ainda sustentam que a inimputabilidade do índio não ocorre em razão do desenvolvimento mental incompleto, mas em razão de inferioridade social, econômica e educacional que os atinge.

Gladys Yrureta<sup>37</sup> cita autores como Ibrahim Garcia, Manuel Lopez Rey e Francisco Olesa, os quais aduzem que a inferioridade social e econômica pode ocasionar incapacidade de compreensão do sentido da norma penal criada pelos não índios, o que nos faz notar que os critérios da inimputabilidade partem do pressuposto da inferioridade.

<sup>34</sup> HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I, tomo II. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 324.

<sup>35</sup> BRUNO, Aníbal. Tratado da Responsabilidade Criminal. São Paulo: Saraiva. 1955, p. 607-608.

<sup>36</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 2004, p. 111.

<sup>37</sup> YRURETA, Gladys. El Indígena ante La Ley Penal. Caracas: Universidade Central de Venezuela, 1981, p. 58.

Após ser considerado o índio imputável, o segundo critério é considerar sua condição pessoal para individualizar a pena, que parte do pressuposto de que o indígena possui valores diferentes, tanto no sentido de motivação a prática do delito quanto dos que fazem seu sofrimento aumentar pela imposição da privação de sua liberdade por um longo período.

A Convenção da Organização Internacional do Trabalho em seu artigo 8º aduz que, quando houver a aplicação da legislação nacional aos índios, devem-se levar em consideração seus costumes e o direito consuetudinário, bem como o artigo 10, ao dispor que a imposição de sanções penais aos índios deve também considerar as características econômicas, sociais e culturais, devendo preferir-se as punições diversas do encarceramento.

Por conseguinte, o Estatuto do Índio assim dispõe no artigo 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 próximo da habitação do condenado<sup>38</sup>.

Podemos dizer assim, que tanto o que a Organização Internacional do Trabalho quanto o Estatuto do Índio dispõem, encontra força no princípio da individualização da pena previsto pela Constituição Federal.

O entendimento atual dos autores que tratam do aspecto penal do indígena se posiciona levando em consideração que a solução correta está em tratar do problema partindo de outros elementos excludentes da culpabilidade que não a partir da inimputabilidade, pois acreditam que o índio não pode ser considerado como aquele que possui desenvolvimento mental incompleto.

José Henrique Pierangeli e Eugênio Raul Zaffaroni<sup>39</sup> aduzem que a solução para a questão penal do índio pode estar no erro culturalmente condicionado. Isto quer dizer que, o indivíduo educado em uma cultura diversa, que internalizou estas regras, possui dificuldade para internalizar a regra da cultura disposta pela norma. Desta forma, mesmo que o indivíduo conheça a ilicitude do fato, possui dificuldade para portar-se conforme a norma.

Para Gladys Yrureta<sup>40</sup>, a solução apropriada para eximir a pena de um indígena que, quando ocorreram os fatos não estava em condições de saber que a sua ação era

<sup>38</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)> Acesso em 02 de julho de 2014.

<sup>39</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 647.

<sup>40</sup> YRURETA, Gladys. El Indígena ante La Ley Penal. ob. Cit. p. 130.

reprovada pelo ordenamento pátrio, está na inculpabilidade, de maneira mais precisa na antijuricidade da conduta, no erro de proibição.

De acordo com a autora alhures, a aplicação do erro de proibição ocorre conforme sua intensidade, pois poderá ser reconhecido a partir do momento em que o silvícola ignora que a sua conduta contraria as regras penais vigentes como também quando o indígena supõe que as circunstâncias de fato permitem a realização legítima da ação que lhe é imputada.

No mesmo sentido é o entendimento de René Ariel Dotti<sup>41</sup>, sustentando que frente às peculiaridades do indígena, não se pode exigir que ele possuísse comportamento de acordo com os princípios e regras de outra cultura em que é editada a lei penal, devendo ser reconhecida a hipótese do erro inevitável sobre a ilicitude do fato.

Acerca do critério da inimputabilidade, pairam dúvidas se a sua utilização seria a melhor opção. Imputar<sup>42</sup> é atribuir algo a alguém, o que torna dificultoso falar em pessoa imputável, eis que imputável é o ato<sup>43</sup>. O sentido do termo no Código Penal se refere à aptidão para ser culpável, ou seja, capacidade para ser responsável da esfera penal<sup>44</sup>, não fazendo o termo alusão ao fato, mas ao agente.

Para Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “a imputabilidade é a capacidade psíquica de ser sujeito de reprovação, composta de capacidade de compreender a antijuricidade da conduta e da de adequá-la de acordo com esta compreensão<sup>45</sup>”.

Sendo a imputabilidade pressuposto da culpabilidade implica dizer que, quando esta é afastada, outros elementos da culpabilidade não serão analisados, o que pode ocasionar problemas. Compreender que o comportamento de um inimputável não pode ser entendido como a conduta de uma pessoa<sup>46</sup> faz com que não se possa conhecer na conduta do inimputável causa excludente de ilicitude.

O mais adequado seria o entendimento de que a imputabilidade é um elemento da culpabilidade, porém, de forma diferente, possuindo consequências próprias e exigindo higidez mental e maturidade.

---

<sup>41</sup> DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – parte geral. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 422.

<sup>42</sup> <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=imputar>> Acesso em 02.07.2014.

<sup>43</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 312.

<sup>44</sup> Idem, p. 313

<sup>45</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral. ob. cit. Pag. 628.

<sup>46</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 272.

### 3.1 O TRATAMENTO DA IMPUTABILIDADE

A doutrina prevê três critérios para reconhecer o instituto da imputabilidade, sendo eles o biológico, o psicológico e o biopsicológico.

O primeiro dos critérios, o biológico, atenta-se para a questão da saúde mental, ou seja, se ela existe, o indivíduo é considerado imputável. Se existir grave deficiência mental ou enfermidade, independentemente da perquirição acerca da relação entre a enfermidade ou deficiência e o fato, afastada estará a imputabilidade.

Adiante, o critério psicológico considera a imputabilidade desde que o agente tenha a faculdade de compreender o caráter ilícito do fato ou de autodeterminar-se de acordo com este entendimento, afastando a imputabilidade se no momento do fato, por qualquer motivo, o indivíduo não tinha capacidade para compreender o caráter ilícito da conduta ou de se determinar de acordo com esta compreensão.

Por fim, o critério biopsicológico une os critérios acima relacionados, considerando imputável o indivíduo que no momento do fato, tinha a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com este entendimento, afastando a imputabilidade se no momento da ação ou omissão o agente era incapaz de compreender tais aspectos em razão de enfermidade ou retardamento mental.

Este último critério é o utilizado pelo Código Penal, que não dispôs expressamente sobre a imputabilidade, mas o fez a contrário senso ao tratar da inimputabilidade, pois entende ser inimputável o indivíduo que no tempo da conduta era inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esta compreensão em razão de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Assim, o artigo 26 do Código Penal, já antes mencionado, aduz que a imputabilidade do agente é afastada se este for doente mental ou for acometido por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e se estes se manifestarem no momento do fato de maneira que incapacitem o agente de entender o caráter ilícito da conduta ou de se manifestar de acordo com este entendimento.

Para Nelson Hungria<sup>47</sup>, a expressão doente mental abrange todas as psicoses, sendo elas orgânicas, tóxicas ou funcionais, o que significa dizer que o autor entende por doença mental tanto aquelas que resultam de um processo patológico instalado no cérebro precedentemente, quanto as que são causadas pelo o que autor chama de venenos (alcoolismo,

---

<sup>47</sup> HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I, tomo II. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 322-323.

cocainismo, etc.), e também as decorrentes de transições graduais, atingindo o tecido nervoso, ocasionando desvios da conduta psíquica, como esquizofrenia, histeria, paranoia e outros.

Ainda sobre o assunto, o autor diferencia o desenvolvimento mental incompleto e o desenvolvimento mental retardado, aduzindo que são diferentes na medida em que o primeiro trata de uma hipótese em que o desenvolvimento mental não se concluiu, como, por exemplo, no caso dos infantes e adolescentes, enquanto que no desenvolvimento mental retardado o indivíduo não obteve sucesso ao chegar na maturidade psíquica, caso este dos oligofrênicos e dos surdos-mudos<sup>48</sup>.

Na mesma esteira, Fernando Capez<sup>49</sup> aduz que o desenvolvimento mental incompleto é aquele que não se concluiu, tendo como razão a idade cronológica recente do indivíduo, ou ainda a sua falta de convivência em sociedade, porém, a evolução da idade ou o aumento dos relacionamentos sociais façam o agente atingir a potencialidade do desenvolvimento mental. Já o desenvolvimento mental retardado é incompatível com o estágio de vida normal para a idade cronológica que o agente possui, o que significa dizer que a potencialidade do desenvolvimento mental nunca será atingido.

Assim, ao agente que comete um ilícito penal, praticando o ato em decorrência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, não possuindo capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com este entendimento, considerar-se-á inimputável, devendo ser absolvido da prática do ato.

Se a absolvição ocorrer em razão da inimputabilidade, ou seja, se comprovada a prática de fato típico e antijurídico, sendo o agente imputável, então sofreria a pena, devendo ser a ele aplicado a medida de segurança. Ainda, conforme Cezar Roberto Bitencourt<sup>50</sup>, se o agente tiver a seu favor causa que justifique ou alguma exclusão de outra natureza, apesar da inimputabilidade ele deverá ser absolvido, não sendo a ele imputado qualquer consequência jurídico-penal, nem pena ou medida de segurança.

Desta forma, se presentes no agente imputável os pressupostos que ensejariam a imposição da pena, a consequência do reconhecimento da inimputabilidade é a absolvição do indivíduo com aplicação da medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial), sendo o seu fundamento a periculosidade do agente.

Adiante, o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal trata da semi-imputabilidade, ou seja, situação em que não se afasta a imputabilidade, mas ela é diminuída

---

<sup>48</sup> Idem, p. 324.

<sup>49</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal – parte geral. Vol. I. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 287.

<sup>50</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal – parte geral. V. 1. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 313.

se o agente tem inferior capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com essa compreensão em virtude de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

A inimputabilidade e a semi-imputabilidade diferenciam-se nos aspectos em que, a primeira se refere à doença mental, enquanto que a segunda à perturbação da saúde mental. Também, na imputabilidade o agente está absolutamente incapacitado de entender a ilicitude do fato ou de agir conforme este entendimento, enquanto que na semi-imputabilidade a capacidade do indivíduo apenas encontra-se reduzida.

Para Nelson Hungria<sup>51</sup>, a expressão perturbação mental é mais abrangente que doença mental, pois toda doença mental é uma perturbação mental, porém, nem toda perturbação mental pode constituir de maneira nítida uma doença mental.

Para o citado autor, os estados mentais que condicionam a semi-imputabilidade sob uma perturbação mental ou como desenvolvimento mental incompleto ou retardado, criam um limite entre doença mental e a normalidade psíquica, compreendendo “os casos 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)<sup>52</sup>”.

As consequências da semi-imputabilidade diferem da hipótese da inimputabilidade, pois aqui não se fala em absolvição, mas em condenação com pena reduzida. O artigo 98 do Código Penal ainda possibilita ao juiz substituir a pena privativa de liberdade pela internação ou tratamento ambulatorial, se entender que o condenado necessita de tratamento curativo especial.

Se a semi-imputabilidade for reconhecida quando presentes os pressupostos para a condenação, o agente deverá ser condenado com a pena reduzida, podendo, à luz do artigo 98 do Código Penal, ter a pena ser substituída por medida de segurança.

### **3.2 A INIMPUTABILIDADE E O TRATAMENTO JURIDICO PENAL DO INDIO**

---

<sup>51</sup> HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Obra citada, p. 325.

<sup>52</sup> Idem, p. 327.

O que se pode observar até o momento é que a imputabilidade ou semi-imputabilidade quando reconhecida ao indígena parte da premissa de que este possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Contudo, há obscuridade nesta premissa quando analisada por Basileu Garcia<sup>53</sup>, que, ao se referir ao artigo 22 do Código Penal, em sua redação original, aduz que o termo desenvolvimento mental incompleto ou retardado diz respeito aos oligofrênicos, quais sejam os idiotas, imbecis e débeis mentais com maior debilidade, o fazendo mais claramente do que com relação ao surdo-mudo e o indígena.

Apesar da visão de Basileu Garcia, a doutrina, baseando-se na Exposição de Motivos de Francisco Campos, admite que o “índio selvagem” esteja incluído na expressão desenvolvimento mental incompleto ou retardado, restando dúvidas em qual deles o indígena iria se “encaixar”. Por óbvio, a previsão doutrinária se mostra ultrapassada frente ao avanço da Antropologia, que atualmente não admite que o indígena seja tratado como “selvagem” e por consequência disso, na esfera penal, seja visto como não desenvolvido mentalmente ou retardado.

Contrariamente, Nelson Hungria afirma 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”<sup>54</sup>, o que demonstra que o autor entende que o silvícola está inserido na expressão desenvolvimento mental retardado.

Contudo, quando o doutrinador explica o entendimento da Comissão Revisora que teria ensejado a necessidade de referência ao desenvolvimento mental incompleto, apesar de haver previsão expressa relativa aos menores de dezoito anos, aduz que “sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas”<sup>55</sup>, o que nos faz acreditar que o índio estaria inserido na expressão desenvolvimento mental incompleto, tornando mais efetiva a dúvida acerca de qual das expressões o indígena estaria inserido.

Sobre o assunto, alguns autores como Francisco de Assis Toledo<sup>56</sup> e Paulo José da Costa Junior<sup>57</sup> se referem ao fato do “índio selvagem” estar inserido na expressão desenvolvimento mental incompleto ou retardado, juntamente com o surdo-mudo, sem que houvesse especificação de qual das partes o indígena se encaixaria.

---

<sup>53</sup> GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. São Paulo: Max Limonad, 4ª ed. 1977, pag. 330.

<sup>54</sup> HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Obra citada, p. 324.

<sup>55</sup> Idem, pag. 324.

<sup>56</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 317.

<sup>57</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. Comentários ao Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1996, p.. 115.

Autores como Magalhães Noronha<sup>58</sup>, Cezar Roberto Bitencourt<sup>59</sup>, Damásio Evangelista de Jesus<sup>60</sup>, Julio Fabbrini Mirabete<sup>61</sup>, Fernando Capez<sup>62</sup> compartilham do entendimento pelo qual o índio que não está ajustado à vida civilizada está inserido na cláusula de desenvolvimento mental incompleto, ficando claro que autores atuais continuam se utilizando de uma linguagem e pensamento retrógrado quando abordam sobre o tratamento jurídico penal do indígena.

Já Miguel Reale Junior compreende que “o índio selvagem se encaixa na cláusula de desenvolvimento mental retardado”<sup>63</sup>, o que nos faz observar que, além de existir divergência entre os doutrinadores acerca do assunto, há uma posição majoritariamente racista que aduz que o indígena “não aculturado” deve estar inserido na expressão desenvolvimento mental incompleto.

Se o desenvolvimento mental retardado compreende oligofrenias<sup>64</sup>, que “são figuras teratológicas, que degradam o homem e sua superioridade psíquica e normal e criam, no Direito punitivo, problemas de inimputabilidade ou de imputabilidade diminuída em vários graus”<sup>65</sup>, e se com relação ao indígena não há nada de patológico, como veem Aníbal Bruno<sup>66</sup> e Cezar Roberto Bitencourt<sup>67</sup>, não se pode dizer desta forma que o índio esteja inserido na cláusula de desenvolvimento mental incompleto, o que nos faz entender que a doutrina inseriu o índio nesta expressão por exclusão.

Na visão de Heleno Cláudio Fragoso<sup>68</sup>, mesmo ao admitir que os indígenas estão inseridos na expressão acima exposta, não se pode afirmar que possuam esse desenvolvimento mental incompleto, pois este se completará naturalmente, como ocorre com crianças e adolescentes através da convivência social, internalizando os valores da sociedade, alcançando assim a completude do desenvolvimento mental.

Por conseguinte, não podemos também dizer que o índio, sem mencionar crianças e adolescentes, possa completar o seu desenvolvimento mental quando já vive em

<sup>58</sup> NORONHA, Magalhães. Direito penal, vol I, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 164.

<sup>59</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal – parte geral. Obra citada, p. 311.

<sup>60</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal – parte geral. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 504.

<sup>61</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal – parte geral. Vol. I, São Paulo: Atlas, 2005, p. 211-212.

<sup>62</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal – parte geral. Obra citada, p. 287.

<sup>63</sup> REALE JUNIOR, Miguel. Instituições de direito penal – parte geral. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 210.

<sup>64</sup> Oligofrenia: Atraso ou deficiência mental. Disponível em <<http://www.infopedia.pt/termos-medicos/oligofrenia;jsessionid=jqqK9rUmxpVqsamO0IEGzw>> Acesso em 02 de julho de 2014.

<sup>65</sup> BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral. Tomo II, obra citada, p. 135.

<sup>66</sup> Idem, p. 137.

<sup>67</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal – parte geral, obra citada, p. 311.

<sup>68</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 246.

seu próprio meio e já possui valores internalizados, compreendendo o mundo à sua maneira, pois logicamente seu desenvolvimento mental já está completo.

A questão que se impõe neste momento é analisar o desenvolvimento mental do indígena com o desenvolvimento mental do não indígena. Isto significa que, ao dizermos que o índio possui desenvolvimento mental incompleto, está subentendida a ideia de que a tendência do índio é a de integrar-se com a sociedade não índia, aprendendo seus valores e cultura, o modo do não índio compreender o mundo, e que somente assim estaria completando o seu desenvolvimento mental.

Nesse conceito, segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho, há “a idéia etnocêntrica e monista de que o sonho de todo o índio é deixar de sê-lo”<sup>69</sup>, bem como 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.”<sup>70</sup>

Sobre o tema, Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli veem no conceito acima “pretensões do tipo etnocentrista, que escondem, ou exibem, a pretendida superioridade da nossa civilização industrial”<sup>71</sup>, o que se afirma com a crítica a seguir:

De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que comparte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com a imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica – biologista e racista – já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes. Nada tem de diferente do discurso de justificação que produziu frequentíssimas destruições de grupos culturais originários e de perseguição religiosa, falando em delírios coletivos frente a atos e cerimônias que jamais compreenderam, e de relações culturais diferenciadas como simples e primitivas, quando a antropologia comparada nos mostra, hoje, a sua enorme complexidade. O homem da civilização industrial inventou, no seu gabinete de elucubração, uma ‘mentalidade primitiva’, que já foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas.<sup>72</sup>

A visão de Zaffaroni e Pierangeli nos mostra claramente que quando falamos em índio, não podemos falar em desenvolvimento mental incompleto, pois esta afirmação não encontra sustentação, já que o desenvolvimento mental do indígena se volta para as suas

<sup>69</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 2004, p. 111.

<sup>70</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal – parte geral. Obra citada, p. 111.

<sup>71</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral. Obra citada, p. 649.

<sup>72</sup> Idem, p. 649.

coisas, como o modo de vida, o meio ambiente em que vivem, nos seus valores, os aspectos de sua cultura, e esse desenvolvimento ocorre igualmente na mente do não índio.

Desta forma, observamos que do aspecto biológico, não existem diferenças entre o desenvolvimento mental do índio e do não índio, o que pode ocasionar a busca pela diferença na direção desse desenvolvimento mental.

Podemos afirmar que o indígena se desenvolve no sentido da sua cultura, o que ocorre igualmente com o não índio, porém, essas “direções” de desenvolvimento cultural, quando não estão em sentidos contrários, não se encontram mesmo seguindo o mesmo sentido, o que por vezes pode ocasionar o desencontro do desenvolvimento do índio e do não índio, mas isto não significa que não exista o alcance do ápice do desenvolvimento mental.

Por conseguinte, se não podemos dizer que o índio não se encaixa no desenvolvimento mental incompleto, e menos ainda em doença mental ou desenvolvimento mental retardado, e como vimos, tendo a legislação pátria adotada o critério biopsicológico ao falar em inimputabilidade, não se sustenta o tratamento jurídico penal dado ao indígena através desse instituto.

Esta conclusão pode ser contestada através de argumentos que aduzem que a inferioridade do indígena não é biológica ou mental, mas surge de circunstâncias ambientais nas quais há o desenvolvimento da vida primitiva do índio, sendo avigoradas por seu baixo nível econômico, social e educacional<sup>73</sup>.

Essa contraposição não está presente na doutrina brasileira, e também não poderia, pois o critério adotado para o instituto da inimputabilidade aduz que a causa da incapacidade de poder compreender o caráter ilícito do fato ou de autodeterminar-se de acordo com essa compreensão é a existência de doença mental, o desenvolvimento mental que seja incompleto ou retardado, mas não outras causas.

Se os aspectos de nível econômico, social e educacional fossem considerados para aferir a inimputabilidade de um indivíduo por certo que muitos da população estariam nesta condição, porém, para rechaçar estes aspectos, deve-se partir da premissa que esta ideia de desenvolvimento mental incompleto existir em razão do desenvolvimento econômico, social e educacional parte, de certa forma, da relação de superioridade existente do não índio para com o silvícola.

Se o fundamento da tese da inimputabilidade do indígena for a sua julgada inferioridade econômica, social e educacional ao invés do desenvolvimento mental

---

<sup>73</sup> YRURETA, Gladys. El Indígena ante La Ley Penal. Obra citada, pag. 126.

incompleto, existe aí o pressuposto de inferioridade que não pode ser admitido, tendo em vista que quando se fala em superioridade do não índio para com o índio, estamos superiorizando valores da sociedade não índia e não estamos considerando os valores aperfeiçoados pelas sociedades indígenas.

A autora Gladys Yrureta<sup>74</sup> rebate esta ideia dizendo que quando se aduz em desenvolvimento mental incompleto, isto ocorre partindo de uma premissa de que o indígena necessita de algo que os homens adquirem sem esforço, qual seja a capacidade de julgamento da ilicitude de fatos que causam danos sociais, e também de se conduzir de acordo com este julgamento, reconhecendo assim nos silvícolas deficiências não encontradas nos não indígenas.

Também, as consequências do tratamento jurídico penal dado ao indígena partindo do critério da inimputabilidade são equivocadas.

Ao reconhecer a inimputabilidade como excludente de culpabilidade, a consequência do instituto é aplicar ao indivíduo uma medida de segurança, partindo da conjectura do perigo que o agente que cometeu um ilícito penal pode ocasionar, e tem como objetivo, seja quando há a internação ou o tratamento ambulatorial, tratar o indivíduo, além de afastá-lo de seu meio social.

Para o indígena não há diferenças, pois com o reconhecimento da inimputabilidade, a aplicação da medida de segurança ocorreria com o objetivo de tratá-lo. Assim, se a inimputabilidade é reconhecida em razão de um hipotético desenvolvimento mental incompleto, o tratamento adequado seria o de fornecer ao indígena o complemento do seu desenvolvimento mental, para que assim haja a sua adequação ao modo de vida da sociedade não indígena. Contudo, não parece que com tratamento ambulatorial ou internação haja sucesso em fazer que com o índio que cometeu um ato ilícito abandone seus valores para internalizar valores de uma sociedade distinta e que não seja indígena, fazendo-o deixar de ser perigoso.

Da mesma forma, não é válido coagir o indígena a aprender valores que sejam próprios de outros grupos sociais, da mesma maneira que não é válido que o índio imponha ao não índio as regras da sua tribo quando há a prática de condutas por ela consideradas ilícitas, fazendo com que o não índio fique detido até que aprenda o valores da cultura indígena.

Pode-se dizer assim que o critério adotado pela legislação brasileira, que é o da inimputabilidade, é impróprio, pois parte de um falso pressuposto ao aduzir que o indígena

---

<sup>74</sup> Idem, p. 126.

possui desenvolvimento mental incompleto, bem como por trazer como consequência a aplicação de medida de segurança, que é uma medida ilegítima para a finalidade a que se propõe.

#### **4. ALTERNATIVA PARA A APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA INIMPUTABILIDADE AO INDÍGENA**

Há autores que criticam a possibilidade da inimputabilidade quando se fala em tratamento jurídico penal do indígena, e estes apontam como solução o critério do erro, especialmente o de proibição, que igualmente atua sobre a culpabilidade, pois além da imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude também é seu elemento, sendo distintos na essência bem como na consequência.

Com relação à essência, a distinção da inimputabilidade e das demais causas consideradas excludentes da culpabilidade está no fato de que o inimputável é incapaz psicologicamente, o sendo para todas as ações, enquanto que o inculpável é capaz de maneira completa, contudo, certa conduta específica não se considera reprovada tendo como razão o erro ou por não poder exigir do agente que ele aja diferente em circunstâncias específicas, conforme os ensinamentos de Luis Jimenez de Asua<sup>75</sup>.

No tocante às consequências, o Código Penal prevê como consequência da inimputabilidade a absolvição com a imposição de medida de segurança, e como consequência da inculpabilidade pelo erro a isenção da pena por ausência de culpabilidade.

Para Luis Jimenez de Asua<sup>76</sup>, a explicação para erro é uma representação errônea de um objeto certo, supondo uma ideia traiçoeira, um falso conhecimento.

O Código Penal brasileiro, após a Reforma da Parte Geral de 1984, trouxe o instituto do erro sob dois enfoques: o erro de tipo e o de proibição, abarcados sob uma nova nomenclatura e conceituação, sendo o erro de proibição, sob a visão de alguns doutrinadores, o mais adequado para a questão do tratamento jurídico penal do índio.

A existência da consciência da ilicitude do fato é um dos elementos da culpabilidade, e para que aquela exista é necessário que o agente, conforme a visão de Hans Wenzel<sup>77</sup>, possua consciência de que a sua conduta contraria a ordem da sociedade em que a

---

<sup>75</sup> ASUA, Luis Jimenez de. *Principios de Derecho Penal – La Ley y el Delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot editorial sudamericana. S/d. pag. 389.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 390.

<sup>77</sup> WENZEL, Hans. *Derecho penal aleman – parte geral*. Santiago do Chile: Editorial Juridica del Chile, 1993. Pag. 202.

proibição penal está fundamentada, sem contudo, que o agente que pratica o fato conheça a lei, não sendo suficiente ser ele consciente da imoralidade do ato, mas também de possuir conhecimento da ilicitude.

Essa potencial consciência da ilicitude aludida pela doutrina se refere a uma potencial consciência do agente, mesmo que não seja efetiva, e conforme aduz 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”<sup>78</sup>, há uma clara percepção de que o meio social é um dos fatores determinantes da potencialidade que o agente possui de perceber que o fato é ilícito.

Mais a fundo, o erro de proibição pode ser direto, quando recai sobre o conhecimento que o agente possui de norma proibitiva, e indireto quando recai sobre uma permissão de conduta.

O erro de proibição direto visto alhures nos diz que o agente desconhece a norma proibitiva que trata do fato, tendo a sua conduta como lícita, ou quando conhece a norma proibitiva, supondo que ela não esteja vigendo ou então a interpreta de maneira equivocada.

No caso do erro de proibição indireto, o indivíduo que comete o fato conhece a norma proibitiva, mas supõe de maneira errada que nesta norma há uma causa de exclusão da ilicitude, ou então por não possuir conhecimento dos limites jurídicos desta excludente ou ainda por crer que exista uma causa que o ordenamento jurídico não acolheu.

Nos dois casos, o erro de proibição pode, a depender da possibilidade do agente, ser vencível ou invencível, quando do momento em que o agente podia ou não evitá-lo, mas não há como estabelecer regras fixas para aferir a sua evitabilidade<sup>79</sup>, pois isto ocorre partindo da análise da possibilidade do agente de alcançar ou não a consciência da ilicitude do fato, avaliando as diligências que poderia exigir, e verificando-se que era possível, estaremos falando em erro vencível e contrariamente em erro invencível.

Quando invencível, o erro exclui a consciência da ilicitude, e desta forma, exclui também a culpabilidade. Sem que esta exista, não existe pena, o que logicamente acarreta como consequência a absolvição do agente por ser ele considerado inculpável, e, diferentemente da absolvição prevista na inimputabilidade, em que há a aplicação de medida

---

<sup>78</sup> DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Obra citada, p. 347.

<sup>79</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral. Obra citada, p. 651.

de segurança, a absolvição tratada pelo instituto do erro de proibição invencível não origina outras consequências penais.

Se, em caso contrário, o erro for vencível, ou seja, se houvesse por parte do agente a possibilidade de evitar o ato concretamente, não estaria afastada a consciência da ilicitude, remanescendo a culpabilidade e podendo o agente ser condenado.

Abrindo um adendo, Zaffaroni e Pierangeli conceberam doutrinariamente o erro culturalmente condicionado, partindo do reconhecimento de que existe o erro que afeta a compreensão da ilicitude do fato além do erro que dissimula o conhecimento da ilicitude, mas que ambos desaguam no erro de proibição.

Para Eugenio Raul Zaffaroni<sup>80</sup>, compreensão difere de conhecimento, pois é mais abarcante, sendo o conhecimento desígnio de compreensão, o que quer dizer que existe conhecimento sem compreensão, mas não existe o contrário, compreensão sem conhecimento.

Se o condicionamento cultural do agente acarreta a não compreensão da norma e a não internalização de valores, presente estará o erro de compreensão culturalmente condicionado, explicado por Zaffaroni e Pierangeli da seguinte maneira:

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, sepultamento, talvez incorra numa tipicidade contravençional 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 antijuricidade da conduta, no sentido de internalizar as normas. Nestes casos, estaremos diante de erro de proibição invencível, na forma de erro de compreensão.<sup>81</sup>

O que podemos observar ao ler o trecho acima é que o erro de compreensão culturalmente condicionado está presente nas situações em que o agente não compreende a ilicitude do fato mesmo que dela tenha conhecimento, e isso ocorre porque o indivíduo não internalizou os valores que a norma que o rege contém. Ainda, podemos dizer que o agente não internaliza esses valores porque eles são desconhecidos ou incompatíveis com os valores pertencentes à cultura da qual faz parte.

<sup>80</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de derecho penal, parte general. Vol IV. Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 190.

<sup>81</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral. Obra citada, p. 646.

O que não pode incidir é o exercício da coação ou da ameaça baseada na punibilidade do direito penal para fazer com que o agente internalize valores díspares ou incompatíveis com os valores de sua cultura ancestral, exigindo dele que aja conforme valores culturais que não sejam os seus. Pelo contrário, o que deve ocorrer é o respeito à diversidade cultural e aos valores de culturas distintas, garantindo ao agente que ele não se corrompa por valores culturais diversos dos seus.

A questão suscitada é a vigia que ampara a inculpabilidade do agente em razão da incompreensão dos valores culturais dominados na norma, sendo esses valores que se distanciam dos seus, o que faz com que o instituto do erro culturalmente condicionado possa ser aplicado ao indígena quando existente no caso concreto o conflito cultural.

De modo explícito quanto à questão indígena, argumentam Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Muito embora exista delito que o silvícola pode entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender, e, em tal caso, não existe outra solução 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.<sup>82</sup>

O reconhecimento do erro de compreensão culturalmente condicionado ocorre partindo do pressuposto de que o Estado que se considera plural e democrático deve respeitar a diversidade cultural.

Nesse sentido é o entendimento de Teresa Manso Porto<sup>83</sup> ao dizer que o instituto encontra significado quando aplicado em um Estado que se constitui com uma nação pluricultural em que há a conservação da coexistência de distintos grupos étnicos e culturais que dominem costumes, línguas e identidades culturais próprias.

O respeito à disparidade cultural provoca a impossibilidade de estabelecer que membros que pertencem a culturas diferentes e que possuem já internalizados os seus próprios valores devam agir contrariamente a esses valores, ou seja, não seria possível fazer com que estes indivíduos seguissem valores contidos na norma quando existir conflito entre eles e outros grupos de indivíduos que possuam valores diversos dos seus.

<sup>82</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral. Obra citada, p. 649.

<sup>83</sup> PORTO, Teresa Manso. La regulacion del error em el Código Penal peruano. Revista Peruana de Ciências Penales n° 12. Lima: Idemsa, 2002. p. 76.

Desta forma, o que temos é que não há possibilidade de exigir que o agente tenha uma conduta que esteja em concordância com os valores das normas que regem uma sociedade e que não concorde com os valores que o agente possui internalizados em si, não podendo assim culpá-lo por agir de determinada maneira, sendo função do erro de compreensão culturalmente condicionado afastar a potencial consciência de ilicitude e, por conseguinte, a culpabilidade.

Analisando o instituto da inimputabilidade e do erro para o tratamento jurídico penal do indígena, o segundo parece ser um avanço por que possui como finalidade romper a ideologia integracionista e etnocentrista em que a inimputabilidade está baseada para buscar estruturas de respeito à diversidade cultural.

Igualmente, as consequências do erro como tratamento jurídico penal parecem apropriadas, seja quando afeta a culpabilidade afastando-a no caso de erro invencível ou diminuindo-a quando erro vencível. Porém, o instituto possui algumas questões que o fazem deixar de ser o mais adequado.

Primeiramente, é necessário saber se o critério do erro para o tratamento jurídico penal do índio está amparado legalmente pelo direito positivo brasileiro.

O artigo 21 do Código Penal assim dispõe:

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta a 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.<sup>84</sup>

Quando o artigo se utiliza da expressão “erro sobre a ilicitude do fato”, significa falta de consciência da ilicitude do fato. Desta maneira, quando o silvícola desconhece o caráter ilícito do fato, está incidindo em erro, possuindo em seu favor causa de exclusão de culpabilidade através do erro de proibição, não existindo até esta questão qualquer dificuldade, pois neste plano a exculpante do erro de proibição se aplica ao indígena da mesma maneira pela qual é aplicada a qualquer outro indivíduo que não tenha conhecimento do caráter ilícito do fato.

A hipótese de erro de compreensão culturalmente condicionado, como já exposto, abarca circunstâncias em que o índio conhece o caráter ilícito do fato, porém, não compreende este caráter por causa dos seus próprios valores culturais. Logo, para a aplicação do instituto do erro é imprescindível saber se há amparo no dispositivo legal que cuida do erro

---

<sup>84</sup> VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 12 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 545.

de proibição, qual seja o artigo 21 do Código Penal, procurando saber se a expressão “consciência da ilicitude” abrange “compreensão da ilicitude” ou apenas “conhecimento da ilicitude”.

Se o dispositivo que aborda o erro de proibição não faz menção ao erro de compreensão, não se pode falar em abrangência deste. A doutrina brasileira, de uma maneira geral, trata do conhecimento da ilicitude, mas não menciona o erro de compreensão, havendo pouca reflexão dos doutrinadores acerca desta hipótese.

O único autor brasileiro que ampara a hipótese do erro de compreensão como espécie do erro de proibição é José Henrique Pierangeli, que o faz na obra escrita em conjunto com Eugenio Raul Zaffaroni. Em consonância com este entendimento, está o do autor René Ariel Dotti<sup>85</sup>, que mesmo não tratando do erro de compreensão culturalmente condicionado, não conceitua consciência da ilicitude como conhecimento da ilicitude, mas como compreensão ou percepção da ilicitude.

Logo, o que temos é uma dúvida acerca do erro de compreensão culturalmente condicionado estar ou não compreendido pelo dispositivo do Código Penal Brasileiro quando trata do erro de proibição.

Outra questão é que se o erro é uma traiçoeira representação do objeto que é verdadeiro, sendo uma infiel hipótese de algo, não há nada de falso na representação de um indivíduo que atua conforme com os valores culturais que lhe foram internalizados desde sua tenra idade e que são harmônicos com o meio em que vive.

A crítica de uma suposta superioridade da sociedade não indígena que é empregada no critério da inimputabilidade vale também para a hipótese do erro de compreensão culturalmente condicionado, pois quando se fala em erro há a suposição de que os valores contidos na norma é que estão corretos, e por que esses valores não foram internalizados é que há o cometimento da conduta.

De acordo com Luis Francia Sanchez<sup>86</sup>, o indígena não atua por erro, pelo contrário, seu condicionamento cultural, seus valores e padrões culturais não constituem formas erradas de percepção de mundo, mas formas que lhes são próprias, sendo elas tão válidas quanto às percepções de outros indivíduos não índios. Portanto, vislumbrar a percepção dos valores culturais indígenas como erro é também um contorno de visão etnocêntrica da sociedade.

---

<sup>85</sup> DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Obra citada. p. 347.

<sup>86</sup> SANCHEZ, Luis Francia. Comentários. KALINSKY, Beatriz. Justicia, Cultura y Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 159.

Assim, se por um prisma a hipótese do erro, especialmente o de compreensão culturalmente condicionado, é um avanço significativo para o tratamento jurídico penal do indígena, pois tem como finalidade romper a ideologia etnocentrista em que a hipótese de inimputabilidade está baseada, e assim criar uma base de respeito da diversidade cultural e dos valores próprios referentes a cada cultura distinta, sob outra ótica apresenta alguns problemas, como a dificuldade da aplicação em ensejo à maneira com que o erro de proibição está previsto no Código Penal e a impropriedade ao se falar em erro, avaliando como errados os valores que são próprios das culturas indígenas.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito a diferença dos povos não é incompatível com o direito de participação ao desenvolvimento da sociedade, devendo em algumas ocasiões serem utilizadas medidas especiais para assegurar a igualdade de oportunidades. Este direito a diferença não pode ser absoluto, sendo a preservação das particularidades compatível com direitos fundamentais do sistema jurídico. Assim, o direito a diferença não deve levar a discriminações que produzam injustiças aos povos autóctones.

Os povos indígenas se apoiam em suas especificidades étnicas, devendo o direito à diferença auferir autonomia aos que estão a ela investidos, sendo certo o direito deste povo de controlar seu desenvolvimento bem como controlar costumes e instituições.

De maneira geral, os direitos dos povos indígenas não estão excluídos do direito à diferença, vez que há insistência na preservação das especificidades. Assim também ocorre com os direitos culturais, vez que os povos indígenas detêm o direito de manter e proteger seus traços religiosos e culturais, tendo acesso privado a estes. Estas afirmações contem a preocupação com relação ao pluralismo jurídico também, eis que tradições e costumes dos povos indígenas não constituem fontes para o direito porque não se harmonizam integralmente com as instituições atuais, que possuem uma visão discriminatória e não possibilitam que estes aspectos sejam considerados para a aplicação da norma.

Muito há que se considerar no plano dos direitos as diferenças culturais e étnicas, eis que as maneiras de entendimento de situações ocorrem de maneiras distintas dentre os povos autóctones e não-autóctones, eis que há a diferenciação de seu conhecimento quanto às crenças e costumes.

A Magna Carta estabelece uma nova maneira para pensar a relação com os povos indígenas em nosso território, acatando serem esses povos uma coletividade

culturalmente diferente, originalmente habitantes desta terra chamada Brasil, e então, por esta razão, detentores de direitos especiais.

No instante em que há a afirmação do direito dos índios à diferença, baseado na existência de diferenças culturais, a Constituição de 1988 anulou o protótipo da integração e da absorção que até o momento reprimia o nosso ordenamento jurídico, determinando-lhe então um rumo novo, garantindo-se aos povos indígenas continuarem como tal, se assim o almejarem, devendo o Estado lhes assegurar as condições para que isso ocorra.

A realidade é que quando do reconhecimento dos povos indígenas os direitos coletivos e permanentes, o diploma constitucional acendeu um novo horizonte para o país como um todo, instituindo bases para a consignação de direito de uma sociedade pluriétnica e multicultural, podendo então os povos continuarem a existir como povos que são, independente do grau de contato ou de interação que desempenhem com os demais setores da sociedade que os abrange.

Sendo os direitos à diferença consignados e os povos possuírem bases para convivência em uma sociedade pluriétnica e multicultural, há que se falar na convivência do pluralismo jurídico, onde são feitos mecanismos jurídicos diferentes que se aplicam em situações idênticas.

Ocorre que defronte as diferenças étnicas, o Direito Estatal necessita ser amplo, justamente para garantir que a estes povos haja a garantia de suas especificidades a fim de que a interação das sociedades não seja prejudicial.

Os povos indígenas possuem cada qual o seu próprio direito, com sistemas jurídicos complexos, incluindo normas e sanções que conduzem suas relações e estruturas internas, o reconhecimento formal deste direito foi sempre polêmico e ainda hoje é contestado, sendo admitido em casos excepcionais ou com expressas ressalvas.

Nesse passo, faz-se necessário enfatizar a crescente intolerância, tanto no plano legislativo como no judicial, no tocante ao respeito à aplicação de dispositivos que certificam tratamento diferenciado aos indígenas acusados de cometimento de infrações penais em razão de suas especificidades socioculturais.

Vê-se nesse aspecto a necessidade da diferenciação da cultura indígena, ao passo que se os mesmos forem tratados da mesma maneira como os povos não indígenas, haverá aumento do não entendimento de suas especificidades, eis que a sociedade não tem conhecimento claro e vasto das realidades indígenas.

Impende destacar que para o direito, é legítimo o poder interno se for auferido segundo os usos, costumes e tradições, ou seja, a lei indígena. Quando existe o contato da

sociedade dos não indígenas com os povos indígenas, a lei interna que rege a convivência destes povos se esgarça, sendo modificado a ponto da sua estrutura social ser atingida.

A intervenção estatal no poder interno exercido dentro da cultura indígena, de acordo com seus costumes e tradições, esbarra nas consequências que esta interferência causará nas suas relações e estrutura social, posto que o Estado deve garantir a integridade do território destes povos visando a prevenção de suas especificidades.

Quando um indígena pratica um ato criminoso e é punido pelo Estado, sem que este busque as raízes da conduta do indígena dentro de sua cultura, usos, costumes, tradições e diferenças, o Estado intervém de maneira que este ser humano carregado de especificidades não será julgado de acordo com o que realmente cometeu, pois não haverá qualquer diferenciação de sua cultura.

Esse direito de garantia de integridade das diferenças indígenas diz respeito à maneira como este povo mantém viva a sua cultura e preserva o seu território, vez que esta é a garantia do estabelecimento dos poderes internos de representação e da definição da legitimidade desse povo.

Nesse passo é que se faz necessária a não intervenção do Estado impondo suas sanções sem que haja considerações acerca da especificidade dos povos indígenas, devendo existir tratamento diferenciado em casos específicos por se tratar de um povo que possui suas regras de acordo com seus usos, costumes e tradições, impondo aos seus sua forma de resolver conflitos internos, pois se baseiam nas suas formas e princípios.

O Estado nega a possibilidade de convivência de sistemas jurídicos diferentes em um mesmo território. Ao mesmo instante em que o Direito mantém como inexistentes as manifestações jurídicas das sociedades indígenas, construíram institutos próprios para eles, chamando-o de direito indigenista. Ocorre que, com as transformações sociais que vem acontecendo, é necessário refletir sobre a teoria jurídica, considerando os novos problemas inseridos pela sociedade que acabam por causar novas formas de direito que desafiam e põem em uma situação problemática a jurídica tradicional, seus institutos materiais e formais e as modalidades individualistas de tutela.

Quando observamos casos onde há um crime doloso praticado por um indígena, devemos considerar também a sua carga histórica e cultural, de suas crenças, conforme o território em que vive, pois aí está toda a sua especificidade.

O Código Penal brasileiro prevê para aplicação do tratamento jurídico penal ao indígena o critério da imputabilidade, mas como podemos aplica-lo? Para fazê-lo devemos considerar o indígena como indivíduo que possui desenvolvimento mental incompleto ou

retardado, e isto significa subjugar seus conhecimentos e capacidade, pois não é pelo fato de ser indígena que será certamente inferior ao não indígena.

Por esta razão, quando ocorre um crime motivado por questão sociocultural e o indígena é julgado fora de seus contextos culturais e daquilo que ele reconhece como correto, vejo que o mais perto de reconhecer também a diversidade cultural é aplicar como atenuante de sua conduta o erro de compreensão culturalmente condicionado, pois ele agiu conforme o que entende ser correto, porém, isto não o é para uma sociedade que irá julgá-lo, mas que não possui conhecimento dos valores que o agente possui como corretos e internalizados desde de tenra idade.

A concepção predominante reduz o fenômeno jurídico a um conteúdo simplesmente legalista e formal, o que tem imolado em muito as ideias de justiça, equidade, igualdade, transformando-se num culto à lei que pode resultar em mais desigualdades do que liberdades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte geral**. V. 1. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Campus.

BRUNO, Aníbal. **Tratado da Responsabilidade Criminal**. São Paulo: Saraiva. 1955.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – parte geral**. Vol. I. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 44/2004 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

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

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

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DA DIVERSIDADE CULTURAL. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf> Acesso em 02 de julho de 2014.

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

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ESTATUTO DO ÍNDIO. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm) Acesso em 02 de julho de 2014.

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

FREIRE, Laudelino. **Grande e Novíssimo Dicionário de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, vol III, S/d.

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

HUME, David. **História natural da religião**. São Paulo: Unesp, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, tomo II. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

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

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

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: [http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/9/98/Thomas\\_Hobbes.pdf](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/9/98/Thomas_Hobbes.pdf) Acesso em 02 de julho de 2014.

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

NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIGOFRENIA. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=imputar> Acesso em 02 de julho de 2014.

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

PORTO, Teresa Manso. **La regulacion del error em el Código Penal peruano**. Revista Peruana de Ciências Penales nº 12. Lima: Idemsa, 2002.

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

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

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis. IEB: ISA, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 17ª. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

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

VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 12 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

YRURETA, Gladys. **El Indigena ante La Ley Penal**. Caracas: Universidade Central de Venezuela, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal, parte general**. Vol IV. Buenos Aires: Ediar, 1995.

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

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

WIKIPEDIA. Primeira Emenda Constitucional dos Estados Unidos. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Primeira\\_Emenda\\_%C3%A0\\_Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estados\\_Unidos](http://pt.wikipedia.org/wiki/Primeira_Emenda_%C3%A0_Constitui%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Unidos). Acesso em 03 de julho de 2014.