

A RESPONSABILIDADE PENAL NOS CRIMES DE HOMICÍDIO E INFANTICÍDIO COMETIDOS POR INDÍGENAS

Débora Braga Alvaristo¹

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim- FDCI

Thiago Travaglia de Moraes²

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim- FDCI

RESUMO

O presente artigo apresenta que a responsabilidade penal se entende sobre o dever jurídico de responder pela ação delituosa, e para isso deve-se analisar o caso concreto. Quando se trata de crimes praticados por indígenas, é necessário averiguar, se de acordo com sua cultura, integração na sociedade, costume e tradição, esse tinha entendimento que a ação que cometeu era ilícita, ou seja, considerada crime em lei. A óbice do tema proposto, recai também sobre a aplicação da legislação penal, tendo em vista que em razão de sua cultura diferente, há de se falar de um tratamento diferenciado, em determinados casos, para o direito penal não ser utilizado como a *ultima ratio* e não ser violado tal princípio que rege e limita a Legislação Penal, resguardando que o agente sofrerá a punição em casos que o bem jurídico causa danos ao social/coletivo. Ou seja, os direitos adquiridos pelos indígenas devem ser sempre avaliados, uma vez que se trata de um povo que em certos casos nem falam nossa língua. Outro ponto divergente no trabalho é a aplicação da pena ao índio, pois deve ser analisada as causas de diminuição de pena. Deve haver por parte dos operadores do direito, um enfoque mais vasto, sem levar em conta somente a legislação estrita de uma fixação de pena que a pessoa comum se daria. Diante do exposto, o ponto fundamental a ser apontado no trabalho são as formas de tratar o índio, sem o considerar frágil penalmente, pois não há nada mais equivocado e imoral. Devemos dar relevância a esse tema, principalmente por vivermos em um país ricamente cultural e ainda muito povoado por índios.

Palavras-Chave: Excludentes da culpabilidade. Imputabilidade. Homicídio. Infanticídio. Estatuto do índio.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim – FDCI. Correio eletrônico: debora.alvaristo200@gmail.com

² Advogado, Orientador, Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Correio eletrônico: thiagoadvmoraes@gmail.com

ABSTRACT

By responsibility/criminal we mean the legal duty to respond for the criminal action, and for this the specific case must be analyzed. When it comes to crimes committed by indigenous people, it is necessary to determine whether, according to their culture, integration into society, custom and tradition, they understood that the action they committed was illicit, that is, considered a crime by law. The obstacle to the proposed topic also lies in the application of criminal legislation, considering that due to their different culture, there must be talk of a different treatment, in certain cases, so that criminal law is not used as the ultima ratio and the principle that governs and limits Criminal Legislation must not be violated, ensuring that the agent will suffer punishment in cases where the legal good causes damage to the social/collective. In other words, the rights acquired by indigenous people must always be evaluated, since they are people who in some cases do not even speak our language. Another divergent point in the work is the application of the sentence to the Indian, as the causes of the reduction of the sentence must be analyzed. There must be a broader focus on the part of legal operators, without taking into account only the strict legislation of setting a penalty that the common person would face. In view of the above, the fundamental point to be highlighted in the work are the ways of treating the Indian, without considering him criminally fragile, as there is nothing more wrong and immoral. We must give relevance to this topic, mainly because we live in a richly cultural country that is still heavily populated by Indians.

Keywords: Exclusions from culpability. Murder. Infanticide. Imputability. Indian status.

1. INTRODUÇÃO

O tema abordado no trabalho, consiste em concluir qual a responsabilidade penal do índio segundo suas características e em certos tipos penais, ou seja, o tratamento diferenciado que se aplicará, a um povo de cultura e costumes diferentes. Começo expondo que o nosso país é carecido quando se trata de conteúdo jurídico sobre o assunto. Considerando que a Constituição Federal resguarda direitos à diversidade, desse povo, era para termos uma legislação específica para não tratarmos de forma desigual, na medida da sua desigualdade, na hora da aplicação da nossa lei. Ressalta-se que o índio dispõe de um Estatuto próprio, entretanto, foi promulgado durante a ditadura militar que acometera o país e que pode conter uma parcela de divergência em seu bojo.

Os operadores do direito, em seus casos concretos, quando se depararem com esse tipo de conflito devem pleitear que seja feito o exame antropológico, que é uma perícia feita para aferir em qual nível de integração na sociedade se encontra o índio que

cometeu o delito. O exame é a principal ferramenta para uma correta dosagem da culpabilidade, pois há casos em que somente com o exame para ter certeza da integração. Outrossim, em face da culpabilidade, o Brasil adota a inimizabilidade por desenvolvimento mental incompleto, como resposta penal ao índio, são considerados assim os índios não adaptados à civilização ou não integrados.

Em segundo momento, devem ser analisadas todas as características do crime, as excludentes de culpabilidade e as causas de diminuição de pena. Nesse ponto cabe enfoque para a inexigibilidade de conduta diversa e ausência do potencial consciência da ilicitude. Além de outros caminhos amparados pelo Estatuto, que é o regime especial de semiliberdade e a aplicação da pena pelas tribos.

2. CONCEITO DE ÍNDIO

O termo "índio" foi inicialmente usado pelos colonizadores europeus para descrever os povos indígenas das Américas, devido a uma confusão geográfica. No entanto, muitos povos indígenas consideram esse termo pejorativo e preferem ser chamados de "povos indígenas" ou pelos nomes de suas tribos ou etnias específicas.

Os povos indígenas são grupos étnicos que têm uma história e cultura distintas, muitas vezes com línguas, tradições, costumes e modos de vida únicos. Eles têm sido historicamente marginalizados, explorados e até mesmo dizimados por colonizadores e governos, e muitos ainda lutam por direitos territoriais, culturais e sociais.

A Lei 6.001/73, do Estatuto do Índio, traz um conceito do que é o índio, no artigo 3º, sendo: "[...] 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" (Brasil, 1973, n. p.).

O Decreto nº 5.051 de 2004 ratifica a Convenção 169 da OIT sobre os povos indígenas e tribais. Define "índio" como descendente das populações originais do país na época da conquista, colonização ou definição das fronteiras estatais, que ainda conservam suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Destaca a

importância da consciência individual da identidade indígena ou tribal para determinar os grupos abrangidos pela convenção.

2.1. Evolução do tratamento jurídico do índio

O Código Civil de 1916 (Brasil, 1916) considerava o índio como relativamente incapaz. Segundo o Art. 6: São incapazes, relativamente a certos atos (Vide art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

- I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (art. 154 a 156).
- II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
- III. Os pródigos.
- IV. Os silvícolas.

O parágrafo único diz: “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação” (Brasil, 1916, n. p.). Entretanto, o Novo Código Civil (2002), retira os índios da categoria de relativamente incapazes e dispõe que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

O Decreto 5.484, de 1928, classificou os índios em quatro categorias: nômades, arranchados ou aldeados, pertencentes a povoações indígenas e pertencentes a centros agrícolas (incorporados). As três primeiras categorias são sujeitas a um regime especial, com respeito aos seus usos, costumes e tradições. A quarta categoria, incorporada aos centros agrícolas, conta com alguns dispositivos protetores.

As Constituições de 1934 e 1937, apesar de terem garantido alguns direitos importantes aos indígenas, como a posse das terras que ocupavam, não foram além disso. No entanto, o Código Penal de 1969, assim como o de 1940, não fez menção explícita à imputabilidade do índio, deixando a entender que poderiam ser tratados pela cláusula de "desenvolvimento mental incompleto ou retardado". (Brasil, 1940, n. p.).

A Lei 6.001 de 1973, chamada Estatuto do Índio, foi a única legislação específica sobre os direitos indígenas no Brasil, mas já expressava uma política de integração dos índios à sociedade branca. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve avanços significativos nos direitos indígenas, tornando-se a principal forma de proteção desses direitos. O art. 231 da CRFB/88 dispõe:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (Brasil, 1988, n.p.).

A Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada na Organização das Nações Unidas (ONU) em 13 de setembro de 2007, estabeleceu normas referentes aos direitos dos povos indígenas, entre outros a participação política, recursos naturais, território, propriedade intelectual. Essa declaração não traz direitos novos, mas reconhece e ratifica os já existentes, colaborando para conscientizar e promover a tolerância entre indígenas e o restante da população.

2.2. Critérios para identificação do índio

O artigo 4º da Lei nº 6.001/73 diz que os índios são considerados:

- I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;
- II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;
- III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições características da sua cultura (Brasil, 1973, n. p.).

A distinção entre os diferentes níveis de integração do indígena na sociedade nacional é fundamental para a aplicação da legislação penal quando um indígena comete um crime. Isso permite avaliar sua culpabilidade e determinar a pena apropriada. O artigo 56 da Lei 6.001 estabelece que o juiz, ao aplicar a pena a um indígena que cometeu um crime, deve considerar seu grau de integração na sociedade, podendo até atenuar a pena com base nesse critério: “**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”.

A classificação mais desafiadora no Estatuto do Índio é para os indígenas em processo de integração, pois é difícil distingui-los dos índios isolados ou já integrados. Exames antropológicos são necessários para avaliar seu grau de integração. O Estatuto reconhece que mesmo quando totalmente integrados, os indígenas não perdem sua identidade indígena. Isso é essencial, já que a maioria dos indígenas brasileiros está em processo de integração ou já integrados.

Existem outros critérios propostos para distinguir os indígenas das demais populações como: o racial; o legal; o cultural; o de desenvolvimento econômico e o de autoidentificação étnica.

- **Critério Racial:** Baseia-se em características físicas distintas dos conquistadores europeus, mas enfrenta dificuldades devido à diversidade entre populações indígenas.
- **Critério Legal:** Define o índio com base em padrões estabelecidos na legislação, mas as dificuldades decorrem da escolha do critério pelos legisladores.
- **Critério Cultural:** Considera a transmissão de características culturais, como língua, costumes e crenças, mas não aborda diferenças físicas.
- **Critério de Desenvolvimento Econômico:** Proposto por Lewis e Maes, considera deficiências qualitativas e quantitativas das populações indígenas, como renda, produção agrícola e participação em programas governamentais.
- **Critério de Autoidentificação Étnica:** O critério de autoidentificação étnica para

indígenas é baseado na autodeclaração da pessoa como membro de uma comunidade indígena, sem necessidade de validação externa.

3. OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PARA O TRATAMENTO PENAL DO ÍNDIO

O Estatuto do Índio foi criado durante a Ditadura Militar no Brasil com o propósito de integrar os povos indígenas à cultura dominante. Atualmente, não há outra legislação abrangente para essa questão, resultando em um tratamento jurídico e penal baseado nas diretrizes desse Estatuto, apesar de críticas por sua abordagem assimilacionista.

Quando se fala da culpabilidade dos indígenas que praticam crimes, é reduzida ao critério da inimputabilidade, segundo o art. 26 do nosso Código Penal “É isento de pena o agente que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar se de acordo com esse entendimento” (Brasil, 1940, n. p.).

E ainda, sobre a divisão entre índios isolados, em vias de integração e integrados. Pode se ter ainda a conclusão, que são inimputáveis os índios isolados, imputáveis os integrados, e os índios em vias de integração a depender de exame antropológico, os quais, na maioria dos casos, apresentam-se como semi-imputáveis. Mas cabe destacar que há doutrinadores que são desfavoráveis a essa qualificação.

No livro de Guilherme Rezende ele explica o motivo da expressão “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” abranger os silvícolas inadaptados. Os motivos são expostos pelo Ministro Francisco Campos:

No seio da Comissão, foi proposto que se falasse, de modo genérico, em perturbação mental; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se, em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e devendo entender-se como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas as faculdades

psíquicas, congênitas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava alusão expressa aos surdos-mudos e silvícolas inadaptados. A explicação para a ausência de expressa referência ao índio no Código Penal é dada por Nelson Hungria. Após dizer que: “não há dúvida que entre os deficientes mentais é de se incluir também o homo silvester, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado homo medius que a lei penal declara responsável”, ele afirma (Rezende, 2009, p. 33).

Os autores que discutem a questão penal dos índios sugerem tratá-los considerando elementos excludentes da culpabilidade, como o erro de proibição, em vez de aplicar apenas a inimputabilidade. Eles argumentam que, se um índio vive isolado sem acesso ao conhecimento das regras da sociedade não indígena, ele deve ser isento de pena devido à falta de consciência da ilegalidade do ato, conforme o artigo 21 do Código Penal. Isso contrasta com a inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto. A Lei nº 6.001/73 é vista como insuficiente, já que prevê apenas atenuação de pena, não isenção completa.

E o Estatuto do Índio, por sua vez, quando se fala no tratamento jurídico/penal traz em seu artigo 56, uma atenuante da pena para aplicação ao índio, bem como o seu cumprimento, em caso de reclusão ou detenção, se possível, em regime de semiliberdade (BRASIL, 1973). Em suma, destacam-se os principais pontos do tratamento penal dado ao índio que cometeu um crime no contexto do direito brasileiro. Além disso, o trabalho em questão ressalta a importância de considerar outros aspectos relevantes na imputação de responsabilidade ao índio, que podem até mesmo afastar a inimputabilidade frequentemente debatida. Esses aspectos não se referem necessariamente a doenças mentais, mas sim aos costumes distintos do povo indígena, que podem influenciar sua compreensão e julgamento de determinados atos.

3.1. O exame antropológico

O exame antropológico é uma perícia fundamental para avaliar o nível de integração na sociedade de um índio que cometeu um crime. Ele envolve um estudo detalhado da pessoa e de sua comunidade, incluindo seus costumes e cultura, podendo até contar com testemunhos de membros da comunidade. Esse exame é essencial para determinar a culpabilidade de forma precisa, especialmente em casos de índios em processo de integração. Refletindo os princípios da Constituição de 1988, objetiva-se assegurar que a punição seja justa e esteja em conformidade com os parâmetros constitucionais.

A jurisprudência majoritária permite ao juiz dispensar o exame antropológico caso haja evidências nos autos, como proficiência na língua portuguesa e alfabetização, que demonstrem a integração plena do indígena com a sociedade não indígena. Com a mudança nos valores da sociedade atual, o exame antropológico não deve mais questionar se o indígena é responsável pelo seu ato, mas sim se ele tinha consciência de que o que fez era errado e se poderia ter agido de maneira diferente.

Se o acusado demonstra entender as regras da sociedade não indígena, como saber ler e escrever e possuir documentos de identificação, o exame antropológico pode ser dispensado, como visto no caso do Habeas Corpus (HC) 85198, com relatoria do ministro Eros Grau.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS POR ÍNDIO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. ATENUAÇÃO DA PENA E REGIME DE SEMILIBERDADE. 1. Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. **É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção.** Precedente. 2. Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio).

Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Ordem concedida, em parte. (*grifo nosso*). Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85198**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF.

4. HOMICÍDIO DOS INFANTES INDÍGENAS

No conceito jurídico penal, tipificado no artigo 121 do Código Penal, o homicídio conceitua-se como o ato de matar uma pessoa, quer seja de forma voluntária ou involuntária, por dolo ou culpa.

Para o autor Nucci (2023), o homicídio conceitua a supressão da vida de um ser humano causada por outro.

Já o infanticídio no âmbito jurídico penal, conceitua-se quando a mulher, sob influência do estado puerperal, atenta contra a vida de seu filho.

Nas aldeias indígenas também não é diferente, a prática ocorre quando nascem gêmeos, filhos de mães solteiras ou crianças com algum tipo de deficiência. Em 2021, o site Brasil Paralelo realizou uma pesquisa com diversas tribos com a finalidade de entender essa prática e esclarecem que as causas mais comuns do infanticídio indígena são realizadas pelas questões de adultério, incesto, deficiência física, deficiência mental, filhos gêmeos, falta de condições da família para criá-lo, sexo indesejado do bebê, controle populacional.

Em 2007, a índia Muwaji Suruwaha abandonou sua tribo para manter a sua filha que nasceu com paralisia cerebral e com isso se recusou a sacrificá-la. Diante do fato, foi criado o Projeto de Lei nº 1057 que recebeu o nome de “Lei Muwaji” em homenagem a indígena que enfrentou a cultura do seu povo em prol da vida de sua filha e essa PL foi elaborada para extinguir essa cultura de sacrifício dentro das tribos que praticavam essa conduta.

E eles entendem que as crianças defeituosas podem prejudicar a preservação da cultura ou oferecer riscos à tribo. A exemplo da adoção dessas medidas é a tribo Tapirapé,

que acreditavam que era crucial manter a população em torno de mil pessoas para preservar o equilíbrio do ecossistema. Portanto, na tribo, quando uma família tinha seu quarto filho, esse bebê era sacrificado para controlar o crescimento populacional.

4.1. Homicídio dos infantes indígenas dentro do substrato do crime

4.1.1. Fato típico

No âmbito jurídico, o fato típico é um termo utilizado no direito para descrever uma conduta humana que é considerada crime ou contravenção penal. Ele é definido como a designação de uma ação ou omissão que é considerada crime ou contravenção. É a descrição de um comportamento que, segundo a lei, é proibido e pode levar a penalidades como prisão, multa ou outras punições previstas pela legislação, o autor Nucci (2023) dispõe seu entendimento sobre o assunto abaixo.

Quando a sociedade entende necessário criminalizar determinada conduta, através dos meios naturais de pressão, leva sua demanda ao Legislativo, que, aprovando uma lei, materializa o tipo penal.

(...)

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito. (Nucci, 2023, p. 110)

Diante do exposto, a conduta do indígena de sacrificar a vida humana por elementos inerentes a sua cultura, é fato típico no ordenamento jurídico pátrio, pois, mesmo o índio classificado como não integrado possui a ciência de que matar sem qualquer justificativa, por extinto de sobrevivência, é errado. Entretanto, por questões relevantes a sua cultura, como por exemplo o infanticídio, é justificado, uma vez que

entendem o nascimento daquele infante com algum tipo de deficiência como uma maldição à cultura deles.

4.1.2. Ilícitude do fato

A ilicitude do fato ou antijuridicidade, é um conceito fundamental no Direito Penal que define quando um ato é contrário à lei. Em outras palavras, um fato é considerado ilícito quando viola uma norma jurídica. Para que um ato seja considerado um crime, ele precisa ser ilícito.

No entanto, nem todos os atos que violem a lei são automaticamente considerados ilícitos. Existem situações específicas, como a legítima defesa ou o cumprimento de um dever legal, que podem justificar ou excluir a ilicitude, mesmo que o ato envolve uma violação da norma. Ou seja, para que alguém seja responsabilizado penalmente, é necessário que se prove que o ato foi ilícito, que não se enquadre em nenhuma das exceções legais que permitem a sua realização.

As condutas delituosas praticadas pelos indígenas não esbarram em nenhuma das causas excludentes da ilicitude. A análise das excludentes da culpabilidade revela que pode haver vantagens para os índios, considerando que muitos deles não estão totalmente integrados à cultura nacional e podem não conhecer o ordenamento jurídico do país. Assim, é apropriado que essas condições sejam levadas em conta, pois não se pode punir alguém por não conhecer a legislação ou ser forçado a se adaptar à cultura nacional. O foco está nos índios que ainda não foram plenamente integrados ou estão em processo de integração.

4.1.3. Culpabilidade do indígena que pratica o fato

No Brasil, a responsabilização penal dos indígenas é um tema controverso. De acordo com a legislação, os indígenas não são automaticamente considerados

inimputáveis, ou seja, não estão isentos de pena apenas por serem indígenas. A inimputabilidade, no direito penal brasileiro, é definida pela incapacidade de compreender a ilicitude do ato devido a uma doença mental, e não por questões culturais.

Contudo, a doutrina e a legislação frequentemente enfrentam desafios ao lidar com crimes cometidos por indígenas devido às diferenças culturais e à capacidade de entendimento das normas legais. Em casos concretos, a avaliação da imputabilidade deve considerar a compreensão do indivíduo sobre a ilicitude de suas ações, levando em conta suas circunstâncias culturais e educativas.

São nas excludentes da culpabilidade que pode haver pequenos pontos que beneficiaria o índio, cabe dizer que essa beneficiação deve sim ocorrer, pois estamos tratando de um povo que não conhece a comunhão nacional, que não podem ser punidos por não saberem do nosso ordenamento e muito menos obrigados a se integralizarem na nossa cultura. Nesse ponto tratamos dos índios não integrados e em vias de integração.

4.1.3.1. Desenvolvimento mental incompleto ou retardado

A ideia de que os indígenas têm desenvolvimento mental incompleto ou retardado é incorreta e baseada em preconceitos. Os povos indígenas possuem plena capacidade cognitiva e são detentores de um vasto conhecimento, especialmente ligado ao seu ambiente e às suas tradições. Essa visão errada decorre do choque cultural entre as sociedades ocidentais e os modos de vida indígenas, que muitas vezes são injustamente vistos como inferiores.

Em sede de debate promovida pela Comissão Pró-Índio em 1990, na cidade de São Paulo, a participante Solange Rita Marczynsky, se manifestou no seguinte sentido sobre determinado assunto:

Os índios brasileiros estão em diferentes estágios em relação ao conhecimento dos hábitos da sociedade nacional. Como exemplo, há índios com cursos universitários e índios que sequer falam o português.

Existem índios que estão no meio do caminho. São situações diferenciadas e que merecem ser consideradas distintamente...o índio é mentalmente normal, o que ele tem é cultura diferente, e por vezes não entende o significado de determinada regra, como um estrangeiro pode também não entender...

Ou seja, o trecho acima refere-se à predominância do direito à diferença, assegurado pela Constituição e pela Convenção 169 da OIT, em que deve ter embasamento na análise da responsabilidade penal dos indígenas. Para determinar se um indígena é penalmente responsável, deve-se considerar se ele, segundo sua cultura e costumes, tinha a capacidade de entender que sua ação era considerada crime pela sociedade em geral.

Ademais, a Constituição em plena vigência, em seu artigo 231, reconhece a diversidade étnica e cultural existente no Brasil, o que exige respeito aos valores e comportamentos dos povos indígenas. Os indígenas não têm desenvolvimento mental incompleto ou retardado, pelo contrário, apenas suas formas de vida e valores podem apenas diferir dos padrões estabelecidos pela cultura dominante.

4.1.3.2. Potencial consciência da ilicitude

A excludente de culpabilidade está ligada à capacidade do agente de entender que sua conduta viola a lei, mesmo que essa compreensão seja limitada. A punição só é aplicável se o agente tiver a possibilidade de perceber a ilicitude de sua ação. Se o agente demonstrar falta de consciência da ilicitude, isso pode atenuar a pena, conforme o artigo 65, II do Código Penal. No entanto, o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que o desconhecimento da lei não é aceito como justificativa para o descumprimento. Assim, a falta de consciência plena da ilicitude pode resultar em pena atenuada, mas não em isenção total.

O agente só age culpavelmente quando conhece ou tem condições de conhecer a ilicitude de seu comportamento. A ausência desse elemento dá lugar ao chamado erro

de proibição, tratado no artigo 21, do Código Penal, que, quando é invencível, é causa excludente da culpabilidade (BRASIL, 1940). Entende-se que o elemento faltante da culpabilidade é a potencial consciência da ilicitude do fato, ou seja, o índio não é capaz de entender o caráter ilícito da ação, caindo assim em erro de proibição inevitável.

Outrossim, o Deputado Federal Ubiratan Sanderson do Partido político PL (Partido Liberal), apresentou em 2021, um Projeto de Lei nº 2433/2021 na Câmara dos Deputados, em que visava a alteração do artigo 56 do Estatuto do Índio para dispor sobre a imputabilidade penal dos indígenas. A proposta pelo Deputado Federal é de estabelecer que os indígenas devem seguir as mesmas regras de imputabilidade penal que os não indígenas, desde que seja comprovado que estão integrados à sociedade e nos casos de o indígena for, integral ou parcialmente, incapaz de compreender a ilicitude do fato, o juiz poderá declarar a exclusão da culpabilidade ou reduzir a pena de um sexto a um terço.

Atualmente, o Estatuto do Índio prevê em seu parágrafo único do artigo 56 penas de reclusão e de detenção sendo cumpridas em regime de semiliberdade em locais que prestam assistências aos indígenas ou em locais próximos de sua habitação. Além disso, o Deputado mencionado, em trecho afirma que:

(...) grande parte dos indígenas já se encontram familiarizados com valores sociais ditos “ocidentais”. Segundo o Censo IBGE 2010, do total de 817.963 indígenas, cerca de 37,4% (aproximadamente, 315 mil) vivem em áreas urbanas. Exercem as mais diversas atividades, ocupam os mais variados postos de trabalho, cargos públicos e cadeiras acadêmicas, interagindo com os demais membros da sociedade e mantendo, em maior ou menor grau, suas especificidades culturais. Assim, no contexto atual, não há mais espaço para as divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que diz respeito à imputabilidade penal do indígena, devendo os mesmos, de forma geral, serem tratados, nesse aspecto específico, como quaisquer outros cidadãos brasileiros.

Em suma, ele entende que a legislação vigente deve aplicar tratamento equânime entre indígenas e cidadãos.

4.1.3.3. Da inexigibilidade de conduta diversa

A inexigibilidade de conduta diversa refere-se a situações em que não se pode exigir que o indivíduo agisse de maneira diferente, ou seja, dentro da legalidade. Essa avaliação deve considerar as circunstâncias do fato, deve ser considerado que a inexigibilidade não é um juízo sobre o aspecto psicológico do agente, mas antes um juízo acerca de uma situação concreta ou objetiva, na qual assume relevância, perante o direito, pode dizer que é o valor que anima o agente, é a opção do agente. Para aplicar essa exculpante as provas devem ser claras, não bastam só alegações, e precisam advir de um laudo antropológico.

Essa excludente pode ser considerada no tratamento jurídico-penal do indígena, permitindo tanto afastar a culpabilidade quanto reduzir a pena. No entanto, isso não impede que o indígena seja considerado inimputável, conforme previsto no ordenamento brasileiro. Aplicar essa excludente evitaria um tratamento excessivamente severo ao indígena.

O que permite o uso dessa excludente são os valores do povo a que pertence o agente indígena, indagando que o uso desta se refere ao agente que, mesmo sabendo que sua ação é ilícita, não consegue agir de outra forma devido aos valores que já tem internalizados e que entram em conflito com os da norma. Portanto, não é suficiente que a conduta não seja vista como criminosa por determinado povo, é essencial que ela esteja de acordo com os valores desse grupo e os reflita.

4.1.3.4 O erro de proibição como resposta penal ao índio

O erro de proibição ocorre quando uma pessoa realiza uma ação acreditando que ela é permitida, mesmo que seja injusta. Esse erro se refere à falta de compreensão sobre a ilicitude do ato, levando o agente a pensar que não existe uma norma que proíba a conduta ou a interpretar de forma errada a lei relacionada ao caso. Alguns autores

defendem que este é o correto enquadramento do índio que pratica crimes e não fere a *ratio legis*, como o colocar sobre um desenvolvimento mental incompleto por sua cultura.

O índio por virtude de sua origem e seus costumes, e toda diversidade cultural, tem dificuldades para atingir a potencial consciência da antijuridicidade de sua conduta. Nesta análise, é importante analisar o erro de proibição evitável como motivo para reduzir a pena. Nesse caso, o agente não sabia que sua ação era ilícita, mas tinha a capacidade de perceber que estava agindo contra a lei. Assim, sua culpabilidade permanece, e ele não fica isento de pena, mas pode receber uma redução de 1/6 a 1/3 devido à falta de consciência sobre a ilicitude.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando menciono a necessidade de um tratamento diferenciado e a redução de penas para indígenas que cometem crimes, estou abordando a questão da diversidade cultural. Não se pode exigir que esses indivíduos aceitem valores de uma cultura que não é a deles. O objetivo não é isentar de responsabilidade, mas sim ajustar a pena de forma a respeitar os limites e a cultura de cada povo.

Verificou-se então no trabalho em tela, os principais caminhos para tratar com igualdade o índio, para que não aconteça de toda problemática ser enquadrada na cláusula desenvolvimento mental incompleto. Aqui estamos falando de diversidade de cultura de povos diferentes, não de pessoas que possuem algum tipo de patologia para que assim os caracterizem. Claro que há correntes doutrinárias que concordam com essa abordagem.

Buscando melhores abordagens para o tratamento penal de indígenas, é fundamental respeitar a diversidade garantida pela Constituição. Um dos caminhos é considerar a inexigibilidade de conduta diversa, reconhecendo a dificuldade de assimilação das normas e valores. Outro aspecto importante é a avaliação da consciência sobre a ilicitude do ato, é necessário investigar se o indivíduo tinha realmente

conhecimento ou condições de conhecer a ilegalidade de seu comportamento. A falta desse entendimento pode ser caracterizada como erro de proibição, que é uma resposta penal significativa para os indígenas.

O erro de proibição acontece quando o sujeito realiza uma conduta por supor que essa conduta injusta, seja justa, é o erro que incide sobre a ilicitude do fato, onde o agente acredita não haver regra que proíba conduta ou interpreta mal o dispositivo legal que é aplicável à espécie. Alguns autores argumentam que essa situação se aplica a indígenas que cometem crimes, pois sua compreensão pode ser influenciada por uma formação cultural diferente.

Esse erro sempre exclui a atual consciência da ilicitude. Embora haja delitos que os indígenas podem compreender, há outros cuja ilicitude pode ser obscura para eles, e, nesse caso, é fundamental respeitar sua cultura. Esses caminhos permitem a aplicação das leis de maneira que respeite a Constituição, sem classificar os indígenas como inimputáveis.

REFERÊNCIAS

ANGOTTI, Bruna. **DA solidão do ato à exposição judicial: uma abordagem antropológico-jurídica do infanticídio no Brasil**. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-16092019-153730/publico/2019_BrunaAngotti_VCorr.pdf. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Constituição (1934). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Constituição (1937). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 18 de set. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. **Decreto nº. 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho- OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder executivo, Brasília, DF, 19 abr. 2004.

BRASIL. **Decreto nº. 5.484, de 27 de junho de 1928**. Regula a situação dos índios nascidos no território nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder executivo, Rio de Janeiro, RJ, 27 jun. 1928.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder executivo, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Lei nº. 6.001, de 19 dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez. 1973.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85198**, da 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, Maranhão, 09 de dezembro de 2005. Lex: Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil do Maranhão. Disponível em:

CAMACHO, Wilsimara Almeida Barreto. “Infanticídio” indígena: uma perspectiva jurídico-antropológica. **Revista Estudos Políticos**, v. 6, n. 1, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Portal da Câmara dos Deputados. **Projeto altera regras para punição de indígenas pela prática de crimes**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/825270-projeto-altera-regras-para-punicao-de-indigenas-pela-pratica-de-crimes/>. Acesso em: 12 set. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Portal da Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 1.057/2007**. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>. Acesso em: 12 set. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Portal da Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 2.433/2021**. Altera o art. 56 da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, “Estatuto do

Índio”, para dispor sobre a imputabilidade penal indígena. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2038837&filename=PL%202433/2021. Acesso em: 12 set. 2024.

CARNEIRO. Isabella. **Infanticídio indígena no Brasil**. Disponível em:
<https://pt.slideshare.net/slideshow/infanticidio-indigena-no-brasil/38075173>. Acesso em: 12 ago. 2024.

COELHO. J. **O que é o índio**. Blog “Recanto das Letras. Disponível em:
<https://www.recantodasletras.com.br/artigos/4537478>. Acesso em: 6 jun. 2024.
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735682/habeas-corpus-hc-85198-ma>.
Acesso em: 28 ago. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial. arts 121 a 212 do Código Penal. v 2. 8. ed. São Paulo: 2023.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Disponível em:
https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 11 set. 2024.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio**: tratamento jurídico-penal. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Índios e imputabilidade penal**. Disponível em:
file:///C:/Users/Lucy%20Travaglia/Downloads/indios_imputabilidade_Penal.pdf Acesso em: 30 ago. 2024.

VALERIM, Filipe. **O que é o infanticídio indígena?** Entenda as origens desta prática e como seu debate apareceu no Brasil. Disponível em:
<https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/infanticidio-indigena>. Acesso em 30 ago. 2024.