

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIV Seminário de Iniciação Científica

A (IN)IMPUTABILIDADE PENAL INDÍGENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O DIREITO À DIFERENÇA¹

Jaqueline Reginaldo De Almeida², Douglas Cesar Lucas³.

¹ Pesquisa vinculada ao projeto "Os direitos humanos e a proteção jurídica das diferenças identitárias no Brasil Contemporâneo", realizada no NUPIC do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA CNEC.

² Graduanda em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA/CNEC. Bolsista de Iniciação Científica da referida instituição. E-mail: jaquelinereg@hotmail.com

³ Professor dos Cursos de Direito do IESA e da UNIJUI. Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi Roma Tre. E-mail: doglasl@unijui.edu.br

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Hodiernamente, as ordenações jurídicas têm assumido um papel relevante na efetivação dos direitos das minorias. As transformações sociais demarcam a formação primária do jurídico e, à vista disso, o Direito não pode simplesmente fechar-se dentro de um contexto de regras estáticas e proposições genéricas pois precisa voltar-se aos interesses e necessidades dos agrupamentos comunitários, abrangendo à realidade das relações sociais e adaptando-se a uma ampla rede de situações que deve organizar. Diante disso, é de suma importância o estudo da situação jurídica indígena no contexto brasileiro, dado que esses povos, assim como todas as demais culturas existentes no território nacional, carecem de ter sua diferença cultural respeitada e preservada, uma vez que não se afigura normal, nem tampouco justo aplicar o direito penal estatal aos indígenas indiscriminadamente.

O presente estudo tem como objetivo averiguar a posição que o ordenamento jurídico brasileiro vem adotando em relação à responsabilização penal dos povos indígenas. Para tanto, o estudo analisa dispositivos legais-constitucionais, institutos do direito penal, posições doutrinárias e jurisprudenciais. Mesmo não tendo nenhum dispositivo legal que considere os indígenas como inimputáveis, alguns autores afirmam que os índios, principalmente os não integrados, podem ter a culpabilidade excluída em razão da inimputabilidade, pois a falta de convivência com a sociedade nacional dominante, segundo esses autores, pode causar uma imaginada 'imaturidade mental' nos povos tribais. Evidentemente que, em razão da diferença cultural, os indígenas necessitam de um tratamento particular na seara penal e, por isso, o estudo analisa a tese da falta de potencial consciência da ilicitude como um recurso compatível ao tratamento penal dos povos indígenas na ocorrência de uma eventual exclusão da culpabilidade, tendo em vista que a exculpante apresentada considera e reconhece a cultura, as crenças e tradições indígenas e, ainda, não coloca os silvícolas em uma situação patológica ou de inferioridade social.

METODOLOGIA

A exploração científica valeu-se das pesquisas bibliográfica e documental, com subsídios legais e doutrinários, a partir do método de abordagem dedutivo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIV Seminário de Iniciação Científica

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que consolidou o Estado Democrático de Direito, é uma carta que certifica a multiculturalidade da sociedade brasileira. Além de assegurar a preservação e a afirmação das múltiplas culturas existentes dentro de seu território, a Carta assegura o direito à diferença, destinando-se a erradicar com todas as formas de discriminação para assim consolidar uma república solidária e inclusiva. O artigo 231 reconhece a organização social indígena, os direitos básicos e imanescentes a sua memória, seus costumes, suas línguas, crenças e tradições, que também fazem parte da história do Brasil, desde que compatíveis com os direitos humanos assegurados em âmbito internacional e com os direitos fundamentais ratificados pelo ordenamento nacional. Nesse sentido, pode-se afirmar que o pluralismo jurídico é aceito no Brasil, tendo em vista que as organizações normativas indígenas, estabelecidas em cada tribo ou comunidade, são válidas e respaldadas pela própria ordem constitucional. As ordenações indigenistas têm a função primordial de organizar a vida em comunidade, possuindo legitimidade para resolver os conflitos que envolvam apenas os integrantes da tribo.

Um dos temas mais controversos e, paradoxalmente, pouco discutido dentro do ordenamento jurídico brasileiro é a situação penal do índio. São várias as correntes doutrinárias que tratam do assunto, porém, de forma bastante superficial e com poucos pontos de convergência. Se faz necessário, para tal análise, traçar alguns conceitos básicos do direito penal com a finalidade de situar o índio dentro do ordenamento jurídico pátrio. O crime pode ser conceituado, no sentido material, como uma ação ou omissão lesiva ou potencialmente perigosa, a um bem penalmente protegido, é a violação de um interesse jurídico protegido pelo direito penal. Em seu conceito formal, segundo Damásio Evangelista de Jesus (2011), seguindo a teoria finalista, o crime é um fato típico e antijurídico. É típico porque se encaixa em um tipo penal previsto na legislação e é antijurídico porque, além de ser um ato ilícito, é contrário ao ordenamento jurídico como um todo.

A partir do momento em que um crime é consumado, surge o dever/poder de o Estado punir a conduta que transgrediu a ordenação jurídica. Contudo, para que a pena seja aplicada, é necessário que sejam avaliados outros dois requisitos que não integram o conceito de crime: a culpabilidade e a punibilidade, ou seja, é preciso examinar se a conduta criminosa praticada, com todas suas peculiaridades, é culpável e punível. A culpabilidade é a condição para se aplicar a pena, é a possibilidade de se atribuir à alguém a responsabilidade por algum fato, isto é, toda pena pressupõe de culpabilidade. Cezar Roberto Bitencourt (2014) afirma que a culpabilidade apresenta-se como fundamento e limite para a imposição de uma pena justa. No parecer de Fernando Capez (2011), a culpabilidade é a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal e, por isso, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito. A culpabilidade é formada por três elementos: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa. Se algum desses três pressupostos fazer-se ausente, não é possível aplicar qualquer sanção penal.

Cumprido destacar que nossa legislação pátria, em momento algum, menciona de forma expressa o índio como inimputável, pelo contrário, a lei 6.001/1973, o Estatuto de Índio, prevê em seu artigo 56 que no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deve ser atenuada e o juiz deve atentar para o grau de integração do indígena. O parágrafo único desse mesmo artigo ainda assegura que as penas de reclusão e detenção deverão, preferencialmente, ser cumpridas no regime de semiliberdade, no órgão de proteção indígena mais próximo da habitação do condenado. Todavia, para que um indígena seja condenado pelo direito estatal, sua conduta deve ter ultrapassado os

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIV Seminário de Iniciação Científica

limites de sua comunidade, pois os conflitos que envolvam apenas integrantes de uma mesma tribo serão, em regra, resolvidos pelas ordenações indigenistas. Assim, quando um índio infringir uma norma penal estatal fora de sua comunidade ou quando praticar uma conduta lesiva que atinja alguém não pertencente ao seu agrupamento, precisa, necessariamente, passar por um exame antropológico que averiguará se a conduta exercida era condizente com os traços culturais por ele internalizados.

Logo, diante da análise dos dispositivos legais, demonstra-se equivocado afirmar que o índio é inimputável. Entretanto, muitos penalistas renomados defendem o argumento de que os índios podem ser considerados inimputáveis por terem o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, se consubstanciando no artigo 26 do Código Penal. Basicamente, pode-se encontrar na doutrina brasileira duas principais correntes que avaliam a situação jurídico-penal do índio de forma diversa. A primeira corrente doutrinária apoia a eventual exclusão da culpabilidade do índio pela inimputabilidade, dentre eles estão Fernando Capez, Damásio de Jesus e Bitencourt. Essa corrente doutrinária insere os indígenas no rol dos indivíduos com o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, afirmando que a falta de convivência com a sociedade ocasiona a imaturidade mental e emocional no índio, mas com o incremento das relações sociais, com a integração dos índios à cultura dominante, o pleno desenvolvimento mental pode ser alcançado. Nota-se que esse entendimento adota uma visão patológica dos indígenas, visto que considera esses povos, sobretudo os não integrados, como portadores de um desenvolvimento mental incompleto ou retardado pelo simples fato de terem uma cultura diferente.

Desse modo, para os teóricos adeptos a esse parecer, sempre que um indígena praticar algum crime que alcance a sociedade não-índia, é preciso averiguar se ele passou por um suposto processo de 'aculturação', ou seja, se faz necessário atentar para o grau de interação do índio, se ele não for integrado ou se estiver em vias de integração poderá ter excluída a culpabilidade por ser portador de um suposto desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Para essa corrente doutrinária o índio somente terá o desenvolvimento mental completo a partir do momento em que integrar-se completamente à sociedade nacional dominante.

A segunda corrente doutrinária, seguida por Villares, René Ariel Dotti, Zaffaroni e Pierangeli, reprovava a tese da inimputabilidade indígena, pois considera o índio desenvolvido mentalmente de maneira completa, e sustenta a tese da eventual exclusão da culpabilidade pela falta da potencial consciência da ilicitude como adequada ao tratamento jurídico-penal dos índios. Na visão desses autores, a diferença cultural indígena não se aproxima, de modo nenhum, a uma patologia e nem a um problema de desenvolvimento mental, muito pelo contrário, faz parte da diversidade que compõe nosso país. De acordo com a segunda corrente doutrinária, se manifesta mais congruente, ao contrário de excluir a culpabilidade do indígena ao abrigo do argumento da inimputabilidade por seu estado mental, optar pela excludente da potencial consciência da ilicitude, dado que em razão de sua cultura, suas tradições e suas práticas, o indígena pode não conseguir compreender o caráter ilícito do ato que praticou ou pode não ser capaz de portar-se de acordo com tal entendimento, e não por ter o desenvolvimento mental retardado ou inconcluso.

Essa tese doutrinária faz referência ao erro de proibição que incide sobre a compreensão da antijuricidade da conduta, e que pode afastar a potencial consciência da ilicitude. Se o erro de proibição for inevitável, ou seja, se a cultura do índio não for capaz de fornecer o entendimento sobre a ilicitude do fato, resta-se excluída a culpabilidade. Já, se o erro de proibição for evitável,

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIV Seminário de Iniciação Científica

isto é, se os valores culturais internalizados pelo índio eram capazes de fornecer um viável entendimento sobre a antijuricidade da conduta praticada, a culpabilidade será atenuada. O erro de proibição é sustentável para o caso dos indígenas pois exclui a potencial consciência da ilicitude, haja vista que existem alguns delitos que os índios podem perfeitamente compreender, mas há outros em que seus padrões culturais podem não o deixar entender a ilicitude da conduta, o que pode acontecer não apenas com a cultura indígena, mas com qualquer outra.

Sob essa apreensão, o exame antropológico é indispensável, na medida em que esse instrumento irá fornecer os principais traços culturais da tribo indígena e também se as práticas, crenças e tradições tribais podiam propiciar ou não ao indígena o entendimento sobre o caráter ilícito do ato que praticou. No entendimento de Bruno Cezar Luz Pontes "o que interessa é seu padrão cultural, seu nível de adequação à nossa cultura e a sua aceitação e compreensão interna dos nossos padrões éticos materiais e de proporcionalidade das penas" (2010, p. 190). Dessa forma, para a segunda corrente doutrinária, a eventual inculpabilidade do índio deve consistir na investigação da internalização dos valores protegidos pela norma penal violada, bem como a intenção de ferir a ordenação jurídica e o entendimento da ilicitude.

A substancial diferença entre a inimputabilidade e as demais causas de exclusão da culpabilidade, consoante com Rezende (2009), reside em que o inimputável é psicologicamente incapaz, seja por alguma doença mental ou pelo desenvolvimento incompleto ou retardado da mente, enquanto que o inculpável é completamente capaz, porém, determinada conduta praticada não pode ser reprovada e, consequentemente culpável, por motivo de erro ou por não ser exigida outra atitude em dada circunstância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da situação dos povos indígenas no Brasil entramos em um paradigma entre a igualdade e a diferença que nos faz perceber que esses grupos necessitam de um tratamento específico para que possam preservar sua cultura. A tese da eventual exclusão da culpabilidade indígena através da inimputabilidade, defendida por grande parte da doutrina e também da jurisprudência, revela-se bastante questionável, em virtude de acolher uma visão patológica e etnocentrista da condição indígena, demasiadamente discriminatória, já que posiciona a cultura não índia como superior e como um caminho que deve ser seguido pelos índios, manifestando a concepção de que os povos indígenas somente terão o desenvolvimento mental completo a partir do momento em que passarem por um suposto processo de 'aculturação'.

Considerar os índios como portadores de um retardo intelectual em virtude da diferença cultural é uma proposição totalmente contrária aos princípios e postulados de um Estado Democrático e plural como o Brasil. Em regra, todos os indígenas são imputáveis - exceto aqueles que incidirem em uma das causas excludentes da imputabilidade - entretanto, a resposta final varia de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, pois o laudo antropológico, poderá afastar a culpabilidade do indígena - mas nunca a imputabilidade - tendo em vista que o exame mencionado não atinge as condições mentais do indivíduo, mas sim se os valores culturais que cercam-no eram capazes de oferecer o entendimento sobre a ilicitude do ato.

Por intermédio da pesquisa realizada, pode-se concluir que a eventual inculpabilidade ou atenuação da culpabilidade indígena deve residir no erro de proibição, que exclui a potencial consciência da ilicitude. Quando um indígena praticar algum crime será por regra imputável,

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIV Seminário de Iniciação Científica

todavia, tal ato precisa ser questionado frente ao seu condicionamento cultural que o (im)possibilita compreender a norma penal e seu alcance, pois o indígena pode não ser capaz de internalizar o valor protegido pela norma penal em razão de sua cultura, ou ainda, o fato definido como crime no ordenamento jurídico brasileiro pode não ser ilícito na ordenação tribal indígena, o que será averiguado pelo exame antropológico, instrumento hábil e indispensável para a verificação da culpabilidade indígena. Dentro do contexto brasileiro, é preciso reconhecer as diferenças culturais existentes, respeitando a autonomia e o direito de autodeterminação dos diversos povos e culturas para que todos tenham seus direitos humanos e fundamentais concretizados e não apenas formalizados.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

BRASIL. Estatuto do Índio. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. Parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PONTES, Bruno César Luz. O índio e a justiça criminal brasileira. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). Direito Penal e Povos Indígenas. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

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

VILLARES, Luiz Fernando. Direito e povos indígenas. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VILLATES, Luiz Fernando. Direito penal na ordem jurídica pluriétnica. In: _____ (coord.). Direito Penal e Povos Indígenas. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.