



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Direito

MAYRA SILVA NAVA

**O LAUDO ANTROPOLÓGICO INDIGENISTA NOS
PROCESSOS CRIMINAIS: uma análise à luz do
multiculturalismo**

Brasília
2014

MAYRA SILVA NAVA

**O LAUDO ANTROPOLÓGICO INDIGENISTA NOS
PROCESSOS CRIMINAIS: uma análise à luz do
multiculturalismo**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB,
como requisito parcial para bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Me. José Carlos
Veloso Filho.

Brasília
2014

MAYRA SILVA NAVA

**O LAUDO ANTROPOLÓGICO INDIGENISTA NOS
PROCESSOS CRIMINAIS: uma análise à luz do
multiculturalismo**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB,
como requisito parcial para bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Me. José Carlos
Veloso Filho.

Brasília, ____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Professor Orientador José Carlos Veloso Filho

Professor Examinador

Professor Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as bênçãos, em especial pela oportunidade concedida e pela transmissão de serenidade nos momentos desesperadores;

À minha família pelo carinho e apoio incondicional;

Aos amigos pelo incentivo de estudo e por compartilhar idéias construtivas;

Ao meu orientador, pelo estímulo em buscar ainda mais e acreditar no meu potencial;

Aos funcionários da Biblioteca Curt Nimuendajú, pelo tratamento atencioso, e indicação de livros essenciais para a pesquisa;

Aos funcionários da Biblioteca Reitor João Herculino, que tiraram minhas dúvidas sobre formatação, ajudando no aspecto visual do trabalho.

A todos que contribuíram de alguma forma para a concretização deste momento.

**“A uma sociedade que não é una, não
pode corresponder um único Direito”.**

Carlos Marés de Souza Filho

RESUMO

O presente trabalho foi realizado com o propósito de contribuir concretamente para a efetivação dos direitos indígenas, com conseqüente tratamento adequado em relação à Justiça Criminal. Para isso, primeiramente procurou-se interpretar o intuito político das legislações indígenas e sua evolução, da fase de política homogeneizante das culturas, passando para a política de reconhecimento da igualdade universal, e do pluralismo. Faz-se uma análise crítica a respeito dessa evolução, com o objetivo de se chegar à fase da política de reconhecimento da diferença, tendo como base, o multiculturalismo. Num segundo momento, passou-se a percorrer a área da Antropologia para constatar a importância do trabalho do antropólogo e de sua perícia antropológica para os processos judiciais. Por fim, trouxe à discussão a questão da culpabilidade indígena, a qual só pode ser averiguada com a realização do laudo antropológico.

Palavras-chave: Direito Penal. Laudo Antropológico Indigenista. Multiculturalismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 LEGISLAÇÃO INDÍGENA E O MULTICULTURALISMO	10
1.1 A Lei nº 6001/73 (Estatuto do Índio).....	10
1.2 A Constituição Federal da República de 1988 e os direitos indígenas.....	14
1.3 O Projeto de Lei nº 2.057 (Estatuto das Sociedades Indígenas).....	16
1.4 A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho.....	18
1.5 O multiculturalismo como Teoria.....	21
1.6 O multiculturalismo no Brasil.....	22
1.7 Breves aspectos sobre a política de reconhecimento de Charles Taylor.....	24
2 LAUDO ANTROPOLÓGICO	26
2.1 A Antropologia e o Direito.....	26
2.2 Dos Antropólogos.....	27
2.3 O Laudo Pericial Antropológico.....	30
2.4 O trabalho do antropólogo no Ministério Público Federal.....	32
3 CONSEQUÊNCIAS PENAIS DO LAUDO ANTROPOLÓGICO	35
3.1 A culpabilidade penal e suas excludentes.....	35
3.1.1 <i>Inimputabilidade</i>	38
3.1.2 <i>Erro de proibição e erro culturalmente condicionado</i>	41
3.1.3 <i>Inexigibilidade de conduta diversa</i>	44
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O fenômeno da colonização apresentou como inferior e primitiva a cultura, a organização, crenças, costumes, línguas e direito dos povos indígenas latino-americanos. O intuito era englobar todos num discurso de que existe apenas uma cultura, uma verdade. Esse mito perdurou por muitos anos e durante esse tempo, os índios permaneceram à margem da dominante cultura pseudo-européia majoritária.

Entretanto o passado nunca é esquecido por aqueles que são devedores de seus direitos. A dívida histórica com os povos indígenas vem sendo cobrada, fazendo-se necessária a prestação de contas. É nesse sentido que são retomadas as injustiças cometidas com os povos indígenas para que seja iniciada uma análise jurídica, filosófica e política acerca dos direitos que estes possuem e de que maneira seriam efetivados tais direitos.

O objetivo principal desse trabalho é demonstrar que a efetivação do reconhecimento cultural dos índios, dado pela Constituição Federal de 1988, está baseado na teoria multiculturalista, concretizando-se no laudo antropológico para o tratamento criminal desses povos.

A ideia de abordar esse tema na monografia veio de mera curiosidade e ignorância acerca dos direitos indígenas que, assim como eles, são deixados de lado, por todos. Poucos são os que não se corrompem pelo que a mídia publica sobre cultura indígena e privilégio de tratamento. Poucos são os que se importam com o direito das minorias étnicas, da cultura nativa, da origem de muitas etnias brasileiras.

Na estrutura do trabalho, uma parte do primeiro capítulo é uma compilação das principais legislações indígenas relevantes para a fundamentação penal, quais sejam: A Lei nº 6.001, de 1973 (Estatuto do Índio), a Constituição Federal da República de 1988 e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. Além disso, existe o Projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas, que merece destaque por sua tentativa de atualização do tratamento jurídico do índio, haja vista que encontra-se em tramitação no Congresso Nacional desde o ano de 1991.

Para entender a origem do problema, será exposto o que está por detrás da falsa proteção indígena do Estatuto do Índio, que tem como verdadeiro

objetivo a integração do índio à cultura dominante, ignorando sua vontade de permanência em seus costumes, por entenderem que eram inferiores e que deveriam evoluir. Essa tutela os tornava incapazes para a vida civil e penal enquanto não estivessem integrados à “comunhão nacional”. Assim, tratados como se fossem espécies primitivas fadadas à extinção.

Houve o reconhecimento à cultura indígena, em que lhes foi assegurado o direito de serem respeitados em suas diferenças e de permanecerem em suas origens, pela Constituição da República de 1988. O texto trouxe ainda disposições que tratam do pluralismo, avançando sobre o tratamento igual entre os indivíduos, sem discriminações. Entretanto nada fala sobre multiculturalismo.

Observando o reconhecimento constitucional de diferença cultural, foi criado o Projeto de Lei nº 2.057, de 1991 (Estatuto das Sociedades Indígenas) que traz em seu texto o objetivo de extinguir a tutela reducionista do Estatuto do Índio e tutelar dignamente a coletividade culturalmente diferente. Porém, o projeto encontra-se em tramitação no Congresso Nacional com vários pontos já defasados, inclusive com 228 emendas.

Além disso, em 2002, a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os povos indígenas e tribais em países independentes, foi incorporada ao Sistema Jurídico Brasileiro, seguindo no sentido interpretativo da norma constitucional.

Ainda no primeiro capítulo, diferenciaremos o pluralismo expresso no texto constitucional e o multiculturalismo. Demonstraremos que a solução teórica para a efetivação dos direitos reconhecidos dos índios está na teoria multiculturalista, que propõe além da igualdade, a liberdade, a dignidade do ser humano, principalmente a afirmação da diferença, o respeito a todos os grupos em sua diversidade cultural, comprometendo-se a construção de um projeto social livre de discriminações e de tratamento homogêneo da diferença.

Não é difícil ver em processos judiciais o tratamento igual que os juízes dão para os índios, desconsiderando aspectos internos do vínculo indígena. Assim, esclareceremos o quão absurdo é o fundamento dos juízes para a negativa do exame antropológico, considerando apenas aspectos exteriores à sua cultura, como se

todas as tribos fossem iguais.

O segundo capítulo é uma transição teórica interdisciplinar entre Direito e Antropologia, fundamental para o entendimento da importância da perícia antropológica nos processos criminais. O objetivo é tratar o laudo antropológico como a concretização do multiculturalismo.

Dessa maneira, será elaborado um histórico de como a Antropologia surgiu no Direito, qual o conteúdo do laudo antropológico, quais as técnicas utilizadas pelos antropólogos na realização de perícias antropológicas, será tratado, ainda, sobre compromisso ético do antropólogo ao realizar perícias, especialmente para processos criminais, e o trabalho do antropólogo no Ministério Público.

A justiça criminal brasileira não rompeu ligações com o preconceito à etnia, visto que o indígena ainda tem seu tratamento penal, em especial, a culpabilidade ou não culpabilidade (inimputabilidade, erro de proibição e inexigibilidade de conduta diversa) averiguadas conforme seu grau de integração com a sociedade, ignorando totalmente seus aspectos culturais.

Visto isso, é imprescindível a análise de como o laudo antropológico será utilizado nos processos em que o índio figure como réu. Portanto, no terceiro capítulo, será realizada uma formulação crítica entorno da culpabilidade e excludentes de culpabilidade do índio, que são a maior consequência do laudo antropológico para seu tratamento penal.

Demonstraremos em quais aspectos do tratamento penal do índio pelos juízes são encontrados resquícios do etnocentrismo, oriundo do paradigma integracionista do Estatuto do Índio, e quais as soluções possíveis de tratamento mais adequado com a cultura indígena e que não seja discriminatória, mas de acordo com a observância ao texto constitucional e às diferenças interétnicas, decorrentes da teoria multiculturalista.

Dessa maneira, é demonstrada a relevância social da pesquisa, de modo que se possa solucionar o problema da desnecessidade do laudo antropológico nos processos criminais, o que é contrário aos direitos indígenas, já reconhecidos constitucionalmente; e ampliar as formulações teóricas a respeito da sua aplicação nas demandas judiciais, tendo como referência o multiculturalismo.

1 LEGISLAÇÃO INDÍGENA E O MULTICULTURALISMO

1.1 A Lei nº 6001/73 (Estatuto do Índio)

O conceito de índio ou silvícola está previsto no art. 3º, inciso I, do Estatuto do Índio (Lei nº 6001/73)¹ e possui três critérios: *genealógico*, *cultural* e *pertença étnica*.²

O primeiro critério é genealógico, entendido como sendo o indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana, ou seja, aquele pertencente a grupo étnico descendente ou supostamente descendente das populações que habitam as Américas quando da chegada dos desbravadores europeus.³

Esse requisito é criticado pelo fato de que não é possível provar a ascendência pré-colombiana, por isso deve ser interpretado como a idéia de continuidade histórica, admitindo mestiçagem e ao menos em parte diversa da genealogia do colonizador europeu.⁴

Sob o segundo aspecto, o cultural, a previsão legal refere-se a características culturais que o distinguem da sociedade nacional. Cultura é tudo o que é socialmente apreendido e partilhado pelos membros de uma sociedade. Portanto, o quesito cultural deve ser entendido como elementos inerentes a etnia, ou seja, características próprias, que o distingue da sociedade nacional.⁵

O terceiro critério, de pertença étnica, está inserido no termo “identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico”. Tal identificação deve ser feita, portanto, necessariamente pelo indivíduo, a autoidentificação, e pelo grupo a que se pertença, jamais por alguém ou grupo a ele estranho.⁶

Segundo a antropologia, a identificação étnica é o aspecto estritamente correto, que está em conformidade com sua doutrina, pois grupos étnicos são definidos

¹ Art 3º Para os efeitos de 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; (BRASIL, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. In: MAGALHÃES, Edvard Dias (Org.). *Legislação Indigenista Brasileira e normas correlatas*. Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003. p. 47/60.)

² BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 33.

³ LUZ PONTES. Bruno César. O índio e a justiça criminal brasileira, In: VILLARES, Luiz Fernando (Org.). *Direito Penal e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá Editora, 2010. Capítulo 10, p. 167-199.

⁴ LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito Indigenista Brasileiro: Subsídios à sua doutrina*. São Paulo: LTR, 1996. p. 14.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

como “formas de organização social em populações cujos membros se identificam e são identificados como tais pelos outros, constituindo uma categoria distinta de outras categorias da mesma ordem”.⁷

Apenas a comunidade indígena pode decidir quem é e quem não é seu membro. Assim, a comunidade indígena ou grupo tribal é definido pelo Estatuto do Índio, como família indígena, excluindo aqueles índios que foram integrados ou incorporados à comunhão nacional, no sentido de terem sido emancipados⁸. Infere-se, portanto, que uma comunidade indígena emancipada, não constitui mais legalmente uma comunidade indígena. O que é confuso e contraditório, já que em seu artigo 4º, a lei define o índio integrado.⁹

Nesse sentido, o art. 4º classifica os índios em isolados, em vias de integração e integrados, de acordo com o grau de integração à comunidade de cultura majoritária nacional, numa perspectiva dita como paradigma da integração.¹⁰

De acordo com Darcy Ribeiro, as três categorias de integração representam etapas transitórias que se sucedem e são necessárias para a efetiva integração na sociedade nacional. Explica, ainda, que a última etapa, de índios integrados, não corresponde à fusão destes com a sociedade, indistinguível, pois seria a *assimilação*, que é o objetivo da lei, mas sim representa a fase de *acomodação*.¹¹

O Estatuto do Índio traz no parágrafo único de seu art. 1º, o princípio geral de resguardo aos usos, costumes, tradições indígenas e a outras condições peculiares, e preservação a cultura. Tal respeito é reiterado em seu art. 6º, como princípio de direitos civis e políticos, exceto se o índio preferir pela aplicação do direito

⁷ BARTH, Frederik. *Ethnic Groups and Boundaries*. Bergen-Oslo: Universitets Forlaget, 1969. p.11, apud CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: Ensaio e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 25.

⁸ Emancipar é tornar independente, tornar-se maior, libertar (BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD/LISA, 1996, p.229). Aqui a emancipação refere-se a liberdade da cultura indígena pelo indivíduo, em decorrência da sua integração à sociedade nacional.

⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: Ensaio e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 25.

¹⁰ 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, 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 característicos da sua cultura. (BRASIL, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. In: MAGALHÃES, Edvard Dias (Org.). *Legislação Indigenista Brasileira e normas correlatas*. Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003, p. 47/60.)

¹¹ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a Civilização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p.432/434.

comum, o que é um respeito condicionado e ao menos, contraditório com o próprio princípio.

Nesse sentido, tem como propósito, também e contraditoriamente, a integração dos índios à comunhão nacional, progressiva e harmoniosamente, com previsão expressa na segunda parte do *caput* do artigo 1º. Não abandonando, portanto, a idéia de evolução social, oriunda da colonização, tal marco histórico lembrado, num aspecto filosófico, por Mércio Pereira Gomes:

O positivismo, baseado na filosofia de Auguste Comte, é, naturalmente, evolucionista. **Os índios são vistos como exemplos do primeiro estágio da evolução humana, o animista**, em que a visão do mundo é baseada na crença de que qualquer objeto natural pode ter uma alma, um espírito, um anima. **Portanto, os seus membros não seriam capazes do pensamento racional e objetivo**, pois não conheciam o princípio da causalidade. **Mas poderiam evoluir e passar de um estágio a outro através da educação. Eis a esperança dos positivistas em relação aos índios. A solução estaria em dar-lhes condições para que caminhassem, o mais rapidamente possível, para o entendimento da sua posição e da sua integração à nação brasileira.**¹² (grifos nossos)

A corrente de pensamento que dominou a antropologia na década de 60 do século XIX foi o evolucionismo unilinear. A idéia dessa corrente era de que a cultura desenvolve-se de maneira uniforme, em linha única, de forma que se pressupunha que cada sociedade percorresse as mesmas etapas evolutivas que percorreram as “sociedades avançadas”.¹³

A interpretação doutrinária dada às etapas de integração do índio é de que a Lei nº 6.001/73, indiretamente o trata como um ser primitivo e em processo de evolução para a civilização, ou nas palavras expressas no Estatuto do Índio, a caminho da integração à comunhão nacional. E após integrado perde a proteção especial, pois seria um indivíduo civilizado, passando a ter plena responsabilidade sobre seus atos.¹⁴

A crítica dos antropólogos à perspectiva evolucionista decorre do fato de que as sociedades indígenas não são primitivas ou infantis, o que existem são

¹² GOMES, Mércio Pereira. *Índios e o Brasil: Ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 121/122.

¹³ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 11 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, p. 34.

¹⁴ OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Contexto Horizonte Ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos. (org.). *Sociedades Indígenas e o Direito*. Florianópolis: Ed. UFSC: CNPq, 1985, p. 18.

“formas diferentes de sociedades, cada uma com seu valor próprio e cada uma com projetos próprios de futuro”, nas palavras da antropóloga Manuela Carneiro da Cunha.¹⁵

Taxar o índio como um ser primitivo de evolução e que deve permanecer “ao lado de museus e dos jardins zoológicos”¹⁶; ou como uma criança, que deve crescer até a chegada da fase adulta; e além disso, visto como se estivesse sofrendo de uma doença terminal, ou nos termos próprios, condenado a extinção, à qual o Estado deva tutelar, para amenizar o sofrimento e cuidar para que venha a ter uma boa morte¹⁷, é absurdo. Entretanto, ainda há discursos de parcela da população brasileira nesse sentido.¹⁸

Corolário a essa consideração de inferioridade dos índios, eles foram tratados pelo Estatuto como merecedores de um regime especial de proteção. Essa tutela foi equivocadamente confundida com incapacidade, tornando-se uma tutela reducionista, que os reduzia à sua incapacidade civil, persistindo enquanto não se incorporassem à sociedade civilizada.¹⁹

O capítulo II, do título II, da Lei 6001/73, intitulado “Da assistência ou tutela”, limita o regime tutelar aos índios e às comunidades indígenas ao período que subsistir sua incapacidade, cessando quando houver integração (art. 7º, caput).

Importa ressaltar que é facultado o requerimento da emancipação dessa tutela, sempre por iniciativa ou da comunidade indígena coletivamente (artigo 11) ou do índio individualmente, desde que preenchidos os requisitos de idade superior a 21 anos, conhecimento da língua portuguesa, ser habilitado para exercer atividade útil na comunhão nacional e compreensão média dos usos e costumes da comunhão nacional (artigo 9º).

Explanados os principais fundamentos inseridos na Lei nº 6.001/73, quais sejam o paradigma de integração e a tutela reducionista, o ponto que merece destaque são os princípios penais, previstos no Capítulo I, do Título VI- Das normas penais.

¹⁵ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: Ensaio e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 14.

¹⁶ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a Civilização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p.214.

¹⁷ GOMES, Mércio Pereira. *Índios e o Brasil: Ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 132/133.

¹⁸ BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p.38.

¹⁹ SOBRINHO, Oliveira. Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria. In: SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. *Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá Editora: ND, 1991, p. 118.

O artigo 56 prevê a atenuação da pena no caso de condenação de índio por infração penal, afirma também que na aplicação da pena, o juiz deve atender ao art. 4º, ou seja, ao grau de integração do índio. Recomenda que as penas de reclusão e detenção sejam em regime semiaberto no órgão federal de assistência aos índios (FUNAI), próximo a habitação do condenado.

O direito costumeiro é tolerado na área penal, com exceção de penas cruéis, proibindo em todo caso a pena de morte (art. 57).

O paradigma discriminatório da integração, presente no Estatuto do índio, em especial no art. 4º, é utilizado com base no art. 56 da mesma lei pelos juízes. E já que o Código Penal não prevê essa circunstância, qual seja a aplicação do grau de integração, o fundamento análogo é baseado no critério de imputabilidade (art. 26 do Código Penal), adequando equivocadamente todos os índios no critério psicológico, de “desenvolvimento mental incompleto ou doença mental” para avaliar a responsabilidade penal de um acusado indígena, constituindo assim a total redução do índio.²⁰

1.2 A Constituição Federal da República de 1988

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu Título VIII- Da ordem Social, o capítulo VIII- Dos índios, exclusivo para questões indígenas, em especial, reconheceu aos índios os seus direitos, merecendo destaque o *caput* do art. 231:²¹

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.²²

O reconhecimento feito pela CF/88 é no sentido de afirmar que os direitos indígenas já existem e se legitimam independentemente de qualquer ato constitutivo. Mesmo porque, segundo Júlio Gaiger, ela utiliza o verbo *reconhecer*, pois

²⁰ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: Ensaio e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 43.

²¹ LEITÃO, Raimundo Sergio Barros. Natureza do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena – a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Org.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p.67.

²² BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. (1988)

se originário o direito, ela não o constituiu.²³

Além do capítulo específico sobre os índios, a Constituição contém em artigos esparsos outras normas relacionadas aos indígenas, exemplificamos: a competência da União para legislar sobre populações indígenas (art. 22, XIV), a competência dos juízes federais para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI), a função do Ministério Público em defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V).

O texto constitucional de 1988 tratou com tamanha propriedade, cuidado e atenção os direitos indígenas, como nenhuma outra Constituição brasileira fez. Como explica H. G. Barreto, *in verbis*:

Antes da CF/88, os “direitos indígenas” reconhecidos eram basicamente restritos ao *direito de posse* sobre sua terra, isto é, estritamente de *natureza civil*; a partir da CF/88, houve uma significativa ampliação destes direitos, sobretudo como consequência do reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e da legitimação processual para sua garantia e efetivação.²⁴

Para a efetivação desses direitos, o art. 232 prevê a legitimidade processual dos índios, da comunidade indígena e de organizações para o ajuizamento de ações em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público como fiscal da lei. Nota-se aqui o abandono da incapacidade dos índios, presente no Estatuto do Índio.

O avanço da Constituição atual consistiu no abandono dos ideais de assimilação ou integração, conforme observa Márcio Santilli:

A mudança profunda que a Constituição de 1988 introduziu foi o reconhecimento de direitos permanentes aos índios. Ela abandona a tradição assimilacionista e encampa a idéia – a realidade dos fatos –

²³ GAIGER, Júlio M. G. *Direitos Indígenas na Constituição Brasileira de 1988 e outros ensaios*. Brasília: CIMI, 1989, p. 13. Apud LEITÃO, Raimundo Sergio Barros. Natureza do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena – a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Org.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p.67.

²⁴ BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 99.

de que os índios são sujeitos presentes e capazes de permanecer no futuro.²⁵

Assim, é reconhecido aos índios seu direito de ser índio e de manter-se como tal, com sua organização social autônoma, sua cultura e particularidades. É a partir de 05 de outubro de 1988 que o índio tem o direito de ser índio, pois antes deveria “evoluir” para chegar ao status de “civilizado”.²⁶

Nesse sentido, a Constituição iniciou o caminho para a efetiva mudança de paradigma, haja vista que caracterizou o perfil de uma sociedade que tem uma perspectiva pluricultural no âmbito da nação, dando margem a seguir em busca e direção a uma política multicultural.²⁷

1.3 O Projeto de Lei nº 2.057, de 1991 (Estatuto das Sociedades Indígenas)

O Estatuto das Sociedades Indígenas (Projeto de Lei nº 2.057), escrito em 1991, visou a reformulação da Lei nº 6.001/73, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, obedecendo os preceitos constitucionais de 1988, que instituiu mudanças nas relações entre a sociedade, o Estado e a sociedade indígena no território nacional. Afirma ainda que “este projeto não é mera adaptação ou reformulação tópica da Lei 6.001/73, mas antes de tudo, uma nova lei cuja tônica principal é a sociedade indígena”.²⁸

O projeto reproduz as normas constitucionais gerais sobre os índios, para a regulamentação de preceitos específicos, tal como a definição de sociedades indígenas (art. 2º) e do índio (art. 92), em conformidade com a antropologia contemporânea, realçando a continuidade histórica e a identificação étnica, respectivamente, eliminando critérios discriminatórios inaceitáveis.²⁹

É visível que entre o Estatuto do Índio e o projeto de Estatuto das

²⁵ SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: Senac, 2000, p. 29.

²⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 107.

²⁷ d' ADESKY, Jacques. *Pluralismo Étnico e Multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas, 2009, p. 198.

²⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 2.057, *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, n. 156, ano XLVI, de 09.11.1991, p. 22527. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09NOV1991.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

²⁹ BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 35.

Sociedades Indígenas há uma mudança de foco, do tratamento de inferioridade, ou seja, a situação primitiva da evolução, para uma perspectiva de diferença étnica, sendo estes “distintos da sociedade envolvente”³⁰.³¹

No artigo 6º, há o reconhecimento da jurisdição própria dos povos indígenas, ao dispor que “as relações internas a uma sociedade indígena serão reguladas por seus usos, costumes e tradições.”³²

A exposição de motivos do projeto admite que o regime tutelar contido no Estatuto do Índio, transformou-se em um instrumento de opressão às sociedades indígenas, pelo fato de ter considerado a relativa incapacidade dos índios. E prossegue afirmando que a proteção especial aos direitos dos índios, decorre da reconhecida diversidade cultural existente, ressaltando que tal proteção não deve implicar limitações a sua livre manifestação de vontade e exercício dos seus direitos.³³

No que tange às normas penais, o Projeto de Lei 2.057 inova em seu artigo 90, ao determinar a realização de perícia antropológica para verificar o grau de consciência sobre a ilicitude do fato, para efeito do chamado erro de proibição, previsto no art. 21 do Código Penal, abandonando a questão de inimputabilidade decorrente de desenvolvimento mental incompleto em razão da inadaptabilidade dos índios à sociedade nacional.

O projeto modifica o regime de semiliberdade do art. 56, parágrafo único da Lei nº 6.001/73, a ser cumprido na FUNAI, para o regime aberto, de preferência na aldeia em que vive o índio (parágrafo único do art. 90 do projeto).

E ainda, atribui à Justiça Federal a competência para o processo e julgamento dos crimes praticados por ou contra o índio (art. 9º, incisos II e III, do projeto de lei).

Ressalta-se que não há previsão sobre a atenuação da pena, como previsto no art. 56 do Estatuto do Índio.

O projeto não está isento de críticas, mas não foi elaborado em um período de autoritarismo que excluía a sociedade das discussões políticas, como

³⁰ Art 2º - Sociedades indígenas são grupos socialmente organizados, compostos de uma ou mais comunidades, que se consideram distintos da sociedade envolvente e mantém vínculos históricos com sociedades pré-colombianas. (BRASIL. op. cit, p. 22522.)

³¹ BARRETO, Helder Girão. op. cit. p. 35.

³² BRASIL. Projeto de Lei nº 2.057, *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, n. 156, ano XLVI, de 09.11.1991, p. 22527. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09NOV1991.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

³³ *Ibidem*.

Estatuto do Índio, de 1973.³⁴ Pelo contrário, o legislador, ao apresentar a justificativa do projeto, inclui no último parágrafo, que houve a colaboração de organizações indígenas, entidades de apoio dos índios, especialistas de Direito e outros setores da sociedade civil na elaboração do projeto de lei.³⁵

Relembra-se que a proposta do Estatuto das Sociedades Indígenas, redigido em 1991, está tramitando no Congresso há 23 anos e encontra-se com 228 emendas: 51 emendas na comissão e 177 emendas ao substitutivo, e 4 projetos de lei apensados. Sua última ação legislativa foi o apenso do último projeto de lei em 2009.³⁶ Enquanto isso, o Estatuto do Índio continua em vigor.

1.4 A Convenção nº 169 Organização Internacional do Trabalho

O Sistema Jurídico Brasileiro, por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, incorporou a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 1989, sobre os povos indígenas e tribais em países independentes, observando o preceito constitucional de 1988.³⁷

A proteção dos povos indígenas e tribais é o objetivo principal da Convenção, mas tal proteção deve ser baseada no respeito de suas culturas, formas de vida, tradições e costumes próprios. Outro fundamento é a convicção de que esses povos têm direito de continuar existindo sem a perda de sua própria identidade.³⁸

Em resumo, no preâmbulo da Convenção, são reconhecidas as aspirações dos povos indígenas e tribais em assumir o controle de sua própria forma de vida e de manter suas identidades dentro dos Estados onde vivem, observando o fato de que em diversos países não é possível o gozo dos direitos fundamentais no mesmo patamar que o resto da população, notando-se ainda, que seus costumes têm sofrido

³⁴ OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Contexto e Horizonte Ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos (org.). *Sociedades Indígenas e o Direito*. Florianópolis: Ed. UFSC: CNPq, 1985, p.18.

³⁵ BRASIL. Projeto de Lei nº 2.057, *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, n. 156, ano XLVI, de 09.11.1991, p. 22528. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09NOV1991.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

³⁶ Dados disponíveis em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

³⁷ SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Pluralismo, Muticulturalismo e Reconhecimento: Uma análise constitucional do direito dos povos indígenas ao reconhecimento. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 43, nº0, p. 03, 2005.

³⁸ OIT. *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual*. 1ª edición. France: Dumas-Titoulet Imprimeurs, 2003.

freqüente erosão.³⁹

Ao definir os povos indígenas, o art. 1º, 1, b, considera as seguintes características: a continuidade histórica de vida de populações que habitavam o país antes da colonização, e a conservação de suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas próprias.

A autoidentificação indígena ou tribal (art. 1º, 2), ou seja, a consciência de sua identidade indígena, é uma inovação da Convenção, uma vez que ao ser instituída como critério subjetivo, é fundamental para que nenhum Estado ou grupo social tenha o direito de negar a identidade desses povos que como eles próprios já assim reconheceram.⁴⁰

A responsabilidade do governo em proteger e promover a plena efetividade dos direitos dos povos indígenas e tribais, assegurando o gozo, em condições de igualdade aos demais membros da população e ajudando a eliminar diferenças econômicas entre eles, está prevista no art. 2º, incisos 1 e 2 da Convenção 169 da OIT.⁴¹

Por trás das normas das Convenções da OIT⁴², os debates históricos consistiam em excluir o paradigma de integração, na qual deveria haver uma assimilação dos povos indígenas às sociedades nacionais de maneira menos traumática possível, de maneira gradual, pois se tratavam de organizações primitivas e em vias naturais de extinção.⁴³

Tal paradigma, também presente no Estatuto do Índio, conforme já explanado no item 1.1 deste capítulo, estava inserido em diversos países latinoamericanos, conforme destaca Juan Manuel Salgado:

[...] La postura de los países latinoamericanos [...] consistía en afirmar que se trataba de una problemática eminentemente europea que en esta región <<no reconocían la existencia de minorías>>. Esta era expresamente la postura de Brasil, Chile y Perú.⁴⁴

³⁹ OIT. Convenção 169. In: MAGALHÃES, Edvard Dias (Org.). *Legislação Indigenista Brasileira e normas correlatas*. Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003. p. 32.

⁴⁰ OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. 5ª ed. Brasília, OIT, 2011.

⁴¹ OIT. Convenção 169. In: MAGALHÃES, Edvard Dias (Org.). *Legislação Indigenista Brasileira e normas correlatas*. Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003, p. 33/34.

⁴² Desde muito tempo a OIT vem se empenhando em proteger os direitos dos povos indígenas e tribais. A primeira Convenção, que tratou implicitamente sobre povos indígenas foi a de número 29, que dispunha sobre o trabalho forçado de rurais e indígenas, em 1930. (OIT. Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual. 1ª edición. France: Dumas-Titoulet Imprimeurs, 2003, p.03)

⁴³ SALGADO, Juan Manuel. *Convenio 169 de La OIT sobre Pueblos Indígenas* (comentado y anotado). Neuquén: Educo, Universidad Nacional Del Comahue, 2006, p. 40.

⁴⁴ THORNBERRY, Patrick. *International Law and Rights of Minorities*, New York: Oxford University

Trazendo a Convenção supracitada para o âmbito penal, há que serem feitas algumas considerações: os artigos 8º, 9º e 10 fazem referência ao direito consuetudinário, ao levar em consideração os costumes desses povos na aplicação da legislação nacional, com a condição de ser compatível com os direitos fundamentais nacionais e direitos humanos internacionais (art. 8º), levando-se em conta os métodos tradicionais para lidar com delitos cometidos (art. 9º).⁴⁵

O artigo 10 reitera que devem ser levadas em consideração as características econômicas, sociais e culturais dos indígenas e tribais, e de preferência outros métodos de punições que não o encarceramento.

A explicação da OIT para esses artigos, que dizem respeito à aplicação de normas penais, é a de que muitos povos indígenas e tribais têm suas próprias práticas que formam seu direito consuetudinário e assim, sancionam as infrações, cada uma das quais tem um castigo específico.⁴⁶

Ao ratificarem a Convenção, os Estados membros comprometem-se a adequar sua legislação a suas normas e desenvolver políticas públicas com a finalidade de sua aplicação integral, informando a OIT sobre essa aplicação e acolhendo as suas recomendações.⁴⁷

Há uma visível ofensa aqui, já que o Brasil é omissivo quanto aos direitos indígenas, pois ainda vigora a lei antiga e inadequada do Estatuto do Índio, de 1973, com sua atualização, pelo Estatuto das Sociedades Indígenas, já desatualizada, de 1991. Ousamos dizer, é um compromisso hipócrita por parte do Estado Brasileiro, ressaltando-se ainda, que o Brasil, além de Estado membro da OIT, é um dos dez países com assento permanente no seu Conselho de Administração⁴⁸.

Press, 2001. p. 154/155. Apud SALGADO, Juan Manuel. *Convenio 169 de La OIT sobre Pueblos Indígenas* (comentado y anotado). Neuquén: Educo, Universidad Nacional Del Comahue, 2006, p. 41

⁴⁵ OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. 5ª ed. Brasília, OIT, 2011, p. 21.

⁴⁶ OIT. *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual*. 1ª edición. France: Dumas-Titoulet Imprimeurs, 2003, p. 26/27.

⁴⁷ OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. 5ª ed. Brasília, OIT, 2011, p. 10.

⁴⁸ Situação do Brasil na OIT atualizada. (OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. 5ª ed. Brasília, OIT, 2011.)

1.5 O Multiculturalismo como Teoria

Clifford Geertz, ao especializar e simplificar o conceito de cultura compreende-a como uma ciência interpretativa, em busca do significado, busca Max Weber exemplificando que “o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu”, para dizer que a cultura pode ser entendida como essas teias e a sua análise.⁴⁹

O conceito de cultura é o conjunto de padrões de comportamento e universo de símbolos, representados por meio das palavras, gestos, desenhos, sons, cujos significados dão sentido à edificação social de um grupo.⁵⁰

A noção de multiculturalismo vem sendo entendida em vários sentidos, os dois principais são os seguintes: 1- fato social, pois diz respeito à convivência de grupos com culturas diferentes num mesmo espaço geográfico; 2- teoria jurídica, em razão de apresentar propostas de solução para os conflitos decorrentes dessa convivência, levando-se em conta a busca pelos grupos em permanecer em suas culturas.⁵¹

Sob o primeiro aspecto, um exemplo de país multicultural é o Brasil, pois apesar de não existir reais políticas públicas de reconhecimento a esse multiculturalismo, há em sua estrutura a influência de várias culturas, misturando-se e formando uma cultura própria, perceptível na fusão física e cultural de elementos europeus, africanos, indígenas, asiáticos, que se integram mais do que em outros países com diversidade cultural semelhante, como é o caso dos Estados Unidos.⁵²

Entretanto, não se pode negar a existência de culturas dominantes, que se fecham rejeitando a idéia de culturas diferentes da sua.⁵³ Elas podem desprezar não só aqueles que vêm de fora, imigrantes, mas também a cultura nativa, tal como é o caso dos indígenas no Brasil. No sentido mais radical, há aqueles que consideram a mistura de raças indigna e destruidora da cultura colonizadora européia, mentalidade essa referente ao paradigma de integração do Estatuto do Índio.⁵⁴

⁴⁹ GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 15.

⁵⁰ ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. *Multiculturalismo e o Direito à Autodeterminação dos Povos Indígenas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p.74.

⁵¹ SILVA, Larissa Tenfen. O multiculturalismo e a política de reconhecimento de Charles Taylor. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. vol. 11 n. 2. p. 314. Jul-dez 2006.

⁵² RODRIGUES, Antônio Greco. Multiculturalismo. In: MORAES, Dijon de. *Caderno de Estudos Avançados em Design*. Barbacena: Editora da Universidade do Estado de Minas Gerais, 2013, p.43.

⁵³ STOLKE, Verena. *A “Natureza” da Nacionalidade*. In MAGGIE, Yvonne; REZENDE, Cláudia B. *Raça como retórica*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 430.

⁵⁴ RODRIGUES, op. cit, p.43.

Em relação ao segundo aspecto, o multiculturalismo surge, então, como um instrumento capaz de entender e analisar as relações que se formam do fenômeno do contato social das diversas etnias. Desse modo, destacando e respeitando as diferenças, é meio eficaz no combate à imposição de uma determinada cultura, desvalorizando a nativa e a imigrante.⁵⁵

O multiculturalismo pretende dissolver as fronteiras sociais e de pensamento, construindo uma comunidade que preze a humanidade de raiz única, igualitária e com respeito às diferenças.⁵⁶

Este pensamento de certo modo utópico, oriundo da teoria de Charles Taylor é possível apenas mediante a eliminação de elementos contrários ao novo paradigma da Constituição Federal de 1988, tal qual o não reconhecimento efetivo da cultura indígena no Brasil, tendo em vista a desnecessidade do laudo antropológico nos processos criminais.⁵⁷

1.6 O Multiculturalismo no Brasil

A Constituição de 1988 constitui um marco do resgate de instituições democráticas, tais como a igualdade e dignidade da pessoa humana, em um processo fundado na centralidade dos direitos fundamentais. No bojo dessas concepções, ela consagra princípios da teoria do reconhecimento, definindo a sociedade multicultural.⁵⁸

Assim, a CF/88 admite implicitamente, a existência de um pluralismo étnico, quando no título VIII da ordem social, consagra o capítulo VIII à questão indígena. No mesmo título, no capítulo III, seção II, o artigo 215 reconhece a realidade da sociedade pluricultural cujas diversas manifestações populares, indígenas e afro-brasileiras devem ser valorizadas e protegidas, usando a expressão “segmentos étnicos nacionais” e “diversidade étnica e regional”.⁵⁹

O texto da Carta Magna não define o que seja etnia nem pluralismo cultural. Mas para d’ Adesky, tais concepções podem ser deduzidas das seguintes

⁵⁵ RODRIGUES, Antônio Greco. Multiculturalismo. In: MORAES, Dijon de. *Caderno de Estudos Avançados em Design*. Barbacena: Editora da Universidade do Estado de Minas Gerais, 2013, p.43.

⁵⁶ TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 57

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ FIGUEIREDO, André Luiz Videira de. A constituição de 1988 e o Marco do Multiculturalismo: o caso das comunidades remanescentes de quilombo. *Revista da Faculdade de Direito de Cândido Mendes*, v. 13, n.13, 2008, p.72/74.

⁵⁹ d’ ADESKY, Jacques. *Pluralismo Étnico e Multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil*. 1ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Pallas, 2009, p. 187.

maneiras: a primeira remete a um universalismo fundamental, quando se refere à pessoa humana, aquele cidadão sem distinção de raça, religião, sexo e cultura (art. 3º, IV); a segunda reconhece a diversidade étnica do país, pelas expressões “populações indígenas” (art. 22, XIV e 129, V, além do capítulo específico para os índios) e “segmentos étnicos nacionais” (art. 215, parágrafo 2º); a terceira firma o pluralismo cultural como patrimônio comum da nação, razão pela qual deve ser protegido (art. 5º, LXXIII, art. 24, VII, arts. 215/216 da seção II- da cultura, capítulo III, Título VIII- da ordem social).⁶⁰

Albuquerque, embora não concordando, resume a posição de d’ Adesky, explicando que para este, há uma diferença entre pluralismo cultural e política multicultural/multiculturalismo, tendo em vista que a primeira seria a igualdade, o tratamento igual dos indivíduos, princípio básico da Constituição e da democracia, que não contempla necessariamente a segunda concepção, que seria o reconhecimento a igualdade de valor intrínseco de cada cultura e a política de tratamento em pé de igualdade das diferentes culturas que convivem no mesmo espaço.⁶¹

Portanto, o pluralismo cultural seria o todo, o reconhecimento previsto na Constituição de 1988. Já o multiculturalismo, seria o específico, o pleno reconhecimento da igualdade, cidadania e da cultura, ou seja, a efetivação dos direitos.

O sistema jurídico brasileiro é carecedor de um estudo multicultural para a compreensão do fenômeno jurídico, de forma que seja assegurado aos indígenas os direitos que lhe foram conferidos após a Constituição de 1988. Pois, em que pese o reconhecimento dado pela CF e pela Convenção 169 da OIT, poucas decisões judiciais que envolvem direitos indígenas mencionam tais garantias.⁶²

O reconhecimento constitucional é insuficiente, pois apenas o seu aspecto legal não significa a real aplicação no mundo dos fatos. É necessário que resulte conseqüências que concretize os direitos indígenas nas vidas, não só deles, mas de toda a sociedade brasileira. Portanto, para que haja a efetivação, é obrigatório o uso de recursos que permitam a realização das disposições constitucionais⁶³, tal como o laudo

⁶⁰ d’ ADESKY, Jacques. *Pluralismo Étnico e Multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil*. 1ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Pallas, 2009, p. 188.

⁶¹ ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. *Multiculturalismo e o Direito à Autodeterminação dos Povos Indígenas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p.74.

⁶² SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Pluralismo, Multiculturalismo e Reconhecimento: Uma análise constitucional do direito dos povos indígenas ao reconhecimento. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 43, nº0, p. 16, 2005.

⁶³ LÉON-PORTILLA, Miguel. América Latina: múltiplas culturas, pluralidade de línguas. *Revista Tempo Brasileiro- América Latina: vias e desvios*, Rio de Janeiro, n. 112-123, 1995, p. 39.

antropológico nos processos criminais em que o índio figure como réu.

1.7 Breves aspectos sobre a política multicultural de Charles Taylor

Charles Taylor, na sua obra “O multiculturalismo e a política de reconhecimento”, analisa o contexto multicultural e as políticas que a envolvem, defendendo a necessidade de uma política legítima de reconhecimento público das diferenças como condição de sobrevivência das comunidades culturais.⁶⁴

Ressalta-se aqui, que não cabe explicar o contexto histórico que deram origem à política de reconhecimento, bastando apenas explanação de que a identidade cultural foi atrelada primeiramente à política de reconhecimento igualitário e, subsequentemente, à política de reconhecimento da diferença.⁶⁵

Ambas as políticas de reconhecimento têm base no universalismo, porém não se confundem, porquanto a política da dignidade igualitária pretendia universalizar os direitos igualmente, e a política da diferença propunha o reconhecimento da identidade única, singular do indivíduo ou de um grupo, que são diferentes uns dos outros.⁶⁶

O autor explica que, no primeiro caso, a política visa a igualdade de direitos e privilégios, enfatizando a dignidade de todos os cidadãos e estabelece que essa dignidade seja de forma igualitária. Essa política pretendia evitar a existência de cidadãos de primeira classe, aqueles que são possuidores de direitos civis, políticos e sócio-econômicos, com os de segunda classe, que estão à margem da cidadania.⁶⁷

Entretanto, o contexto de desigualdade entre as classes, as quais possuíam os mesmos direitos, permanecendo, portanto, em suas desigualdades, tornou o universalismo uma política cega às diferenças.⁶⁸

A partir das denúncias de discriminação e recusa de cidadania às pessoas de segunda classe, surgiu a política da diferença, a qual trouxe a necessidade do reconhecimento da especificidade, reconhecer, portanto, a identidade, “o que é peculiar

⁶⁴ TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, apud SILVA, Larissa Tenfen. O multiculturalismo e a política de reconhecimento de Charles Taylor. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. vol. 11 n. 2. p. 314. Jul-dez 2006.

⁶⁵ TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 57.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 59.

⁶⁷ SILVA, Larissa Tenfen. O multiculturalismo e a política de reconhecimento de Charles Taylor. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. vol. 11 n. 2. p. 314. Jul-dez 2006.

⁶⁸ TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 58.

de cada um”, e estabelecer políticas públicas para “o que não é universalmente comum”.⁶⁹

Nesse sentido, os opositores da política do reconhecimento à diferença alegaram que certos direitos oriundos dessa identidade específica poderia trazer vantagens aos grupos antes desfavorecidos, como forma de “favoritismo não merecido”, violando o princípio da não-discriminação. Por outro lado, a crítica da segunda política à primeira, era de que a igual dignidade era na verdade a imposição de uma cultura hegemônica.⁷⁰

Em relação à posição do Estado na questão do multiculturalismo, segundo Charles Taylor, aquele não pode permanecer neutro diante de grupos culturais menosprezados, pois controla o destino do país e deve defender o reconhecimento das legítimas tradições culturais dos povos.⁷¹

Assim, Taylor propunha uma política de reconhecimento do igual valor das diversas culturas, de acordo com suas especificidades, sem contudo, tentar homogeneizar a diferença⁷², no sentido de “que as deixemos, não só sobreviver, mas também admitamos o seu mérito”⁷³.

⁶⁹ TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 59.

⁷⁰ TAYLOR, Charles. op. cit. p. 59/63.

⁷¹ d'ADESKY, Jacques. *Pluralismo Étnico e Multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil*. 1ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Pallas, 2009, p. 199.

⁷² ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. *Multiculturalismo e o Direito à Autodeterminação dos Povos Indígenas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p.86.

⁷³ TAYLOR, Charles. op. cit, p. 84.

2 O LAUDO ANTROPOLÓGICO

2.1 A Antropologia e o Direito

A aproximação da Antropologia e do Direito nasceu de uma sedutora fascinação entre os pólos, com afinidades e incompatibilidades, conforme explicita Clifford Geertz:

Dada a semelhança entre suas visões do mundo e até na maneira como focalizam o objeto de seus estudos (um enfoque no qual “para conhecer a cidade é preciso conhecer suas ruas”) pareceria que advogados e antropólogos foram feitos um para o outro e que o intercâmbio de idéias e de argumentos entre eles deveria fluir com enorme facilidade.⁷⁴

A junção desses dois universos de saberes no Brasil surgiu a partir de um encontro entre antropólogos, profissionais do Direito e representantes indígenas no Museu de Antropologia da Universidade Federal de Santa Catarina, na cidade de Florianópolis, em 1980, na qual foi discutido o tema da necessidade de antropólogos para a realização de laudos em questões judiciais envolvendo terras indígenas.⁷⁵

Assim, foram elaboradas propostas de discussão sobre os laudos antropológicos nos processos judiciais, com a finalidade de dar suporte ao Ministério Público ao tratar de processos envolvendo territórios indígenas. Um exemplo disso foi um acordo de cooperação entre a Associação Brasileira de Antropologia (ABA) e a Procuradoria Geral da República, em que esta contratava antropólogos indicados pela primeira para a realização de laudos periciais. Após a Constituição de 1988, esse debate adquiriu fundamento jurídico em razão do reconhecimento da cultura indígena.⁷⁶

A antropologia e o Direito, cada um com sua sabedoria, contribuem para a realização do laudo antropológico. A primeira, pois tem o objetivo de produzir a etnografia sobre determinada comunidade indígena, informando sobre seu território, cultura, genealogia, línguas utilizadas, costumes, tipo de organização social, tipo de família; e o segundo, com a orientação de como produzir a perícia judicial, para

⁷⁴ GEERTZ, Clifford. O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 249.

⁷⁵ A reunião deu origem ao livro “*O Índio perante o Direito*”, 1982, de coordenação de Sílvio Coelho dos Santos. (HELM, Cecília Maria Vieira. A etnografia, a perícia e o laudo antropológico nos processos judiciais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, vol. 1, nº 15, p. 6/7.)

⁷⁶ HELM, Cecília Maria Vieira. A etnografia, a perícia e o laudo antropológico nos processos judiciais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, vol. 1, nº 15, p. 6/7.

que possa ser levada como prova ao conhecimento do Juiz, para a resolução de um caso.⁷⁷

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, o juiz possui conhecimentos amplos, mas não enciclopédicos, e tendo que julgar as mais diversas e complexas causas, surge a necessidade de se recorrer a especialistas, que ajudam no julgamento.⁷⁸

Nesse sentido, Ela Wiecko afirma:

[...] o antropólogo tem que conhecer mais a teoria do Direito, suas várias vertentes, e nós, do Direito, temos que conhecer mais a teoria antropológica para poder fazer melhor a interação dentro de um contexto que sempre será político.⁷⁹

2.2 Dos Antropólogos

As perícias judiciais sempre foram feitos por profissionais de áreas distintas, tais como engenheiros, advogados. A presença dos antropólogos surgiu atualmente e segundo leciona Colaço:

Representou um reconhecimento de sua competência para avaliar contextos culturais específicos e também sua habilidade para a constituição de novos tipos de provas documentais com vistas a conferir ou assegurar os direitos sociais.⁸⁰

A interpretação de um caso costuma ser variada, conforme o ponto de vista, gerando dúvidas na aplicação do direito. Assim, o antropólogo vem para traduzir conceitos indígenas que não podem ser inseridos na linguagem jurídica.⁸¹

Dentre as etnias existentes no Brasil, a indígena é a que mais está à margem do reconhecimento real de direitos e garantias jurídicas. A causa indígena é a luta pela concessão de voz ativa a esses povos, para a elaboração da política de reconhecimento, que é deixado de lado ao passo de outros interesses do Estado, que

⁷⁷ HELM, Cecília Maria Vieira. A etnografia, a perícia e o laudo antropológico nos processos judiciais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, vol. 1, nº 15, p. 8.

⁷⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 267.

⁷⁹ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. A atuação dos antropólogos no Ministério Público Federal. In: LEITE, Ilka Boaventura (org.). *Laudos Periciais Antropológicos em debate*. Florianópolis: NUER/ABA, 2005, p. 58.

⁸⁰ COLAÇO, Thais Luzia. *Elementos de Antropologia Jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.183.

⁸¹ AMORIM, Elaine. O desafio do multiculturalismo na ação penal – Laudo pericial antropológico judicial em crime envolvendo indígena. *Revista IBCCRIM*, v. 12, n. 46, p. 253, 2004.

apesar de ser multiétnico e reconhecer isso na lei, na prática é tradicionalmente irreduzível às manifestações da etnia. O compromisso dos antropólogos pela concretização dos direitos dos povos indígenas é um exemplo da luta pela causa indígena.⁸²

Entretanto, como perito, o antropólogo deve ser imparcial, tem o dever da veracidade quanto à demonstração científica de seu laudo, pois não se admite o engajamento por um assunto que falseie as conclusões buscando favorecer propositalmente uma das partes do processo. Portanto caso presta informações inverídicas será penalizado como qualquer outro perito, conforme os art. 147 do CPC, art. 159, §§1º, 2º, e art. 275 CPP, art. 342 CP^{83, 84}.

A atividade pericial pelos antropólogos no decorrer da história do Brasil foi alvo de críticas por parte da população em geral, por suspeitas de priorizar condições favoráveis às populações pesquisadas. Também alegaram que era uma perícia omissa, de interesse privado, que colaborava com os governos autoritários.⁸⁵

É, então, de fundamental necessidade esclarecer que a ética do antropólogo deve ser inerente à sua profissão, como qualquer outra, presumindo-se a boa-fé destes nas perícias realizadas, conforme posição de Oliveira, destacada por Leite⁸⁶:

Representando esta vertente, Roberto Cardoso de Oliveira enfatiza que a questão ética se impõe como algo subjacente às noções de progresso e de desenvolvimento – é, portanto, um aspecto que abrange qualquer profissional e não apenas os antropólogos. Seu lugar

⁸² OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *O trabalho do antropólogo*. 2ª Ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 44.

⁸³ **CPC -Art.147** - O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer. (BRASIL, Código de Processo Civil. *Vade Mecum Compacto*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.) **CPP – Art. 159 § 1º** Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. **§ 2º** Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. **Art. 275** - O perito, ainda quando não oficial, estará sujeito à disciplina judiciária. (BRASIL, Código de Processo Penal. *Vade Mecum Compacto*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.) **CP - Falso Testemunho ou Falsa Perícia Art. 342** - Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (BRASIL, Código Penal. *Vade Mecum Compacto*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.)

⁸⁴ SANTOS, Roberto O. A. prova pericial através de laudo antropológico. p.24. In: LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira; SILVA, Orlando Sampaio. (Org.) *A Perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1994.

⁸⁵ LEITE, Ilka Boavetura (org.). *Ética e Estética na Antropologia*. Florianópolis, PPGAS/CNPq, 1998, p. 136. Apud LEITE, Ilka Boavetura (org.). *Laudos periciais antropológicos em debate*. Florianópolis: NUER/ABA, 2005, p. 16.

⁸⁶ Idem. *Laudos periciais antropológicos em debate*. Florianópolis: NUER/ABA, 2005, p. 16.

consubstancia-se em um Estado de Direito, em um projeto de sociedade democrática e, para alcançá-lo, no convívio com as diferenças – o que significa, em última instância, o pluralismo cultural.⁸⁷

O olhar do antropólogo não pode ser ingênuo como sendo apenas uma curiosidade do exótico ou do diferente, deve conter a sensibilidade em ouvir com atenção sobre os costumes desses indivíduos e grupos sociais, com fundamental compromisso em adquirir a verdade real, para que se possa fazer justiça, independente da condenação do índio ou não quando acusado de um crime, bastando o respeito aos seus direitos.⁸⁸

O trabalho do antropólogo perito não se resulta apenas no parecer técnico, mas vai além, pois consiste no aprofundamento de estudos e pesquisas de campo que realçam a convivência social e cultural dos grupos, o que é necessário à revisão das disposições normativas ao passo da atualização do modo de vida das sociedades indígenas.⁸⁹

É nesse sentido que João P. Oliveira Filho afirma que de um lado, o trabalho do antropólogo pode ser simples, quando se depara com grupos quem mantêm uma diferença nítida de padrões culturais com o restante da sociedade nacional.⁹⁰

Por outro lado, ao realizar a perícia, o antropólogo pode encontrar questões complexas, tal como a análise da etnia de determinado índio que perdeu os costumes nativos e cuja cultura não pode ser visivelmente diferenciada das demais. Diante dessa complexidade, a solução seria a observação apenas da manutenção de uma forma organizacional, pois é inegável que os costumes e valores de um grupo podem sofrer alterações no tempo, de maneira natural.⁹¹

⁸⁷ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Desenvolvimento de Direitos Humanos: a Responsabilidade do Antropólogo*. Campinas: Ed. Da UNICAMP, 1992, p.55-67. Apud LEITE, Ilka Boavetura (org.). *Laudos periciais antropológicos em debate*. Florianópolis: NUER/ABA, 2005, p. 16.

⁸⁸ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *O trabalho do antropólogo*. 2ª Ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 19.

⁸⁹ LEITE, Ilka Boavetura (org.). *Ética e Estética na Antropologia*. Florianópolis, PPGAS/CNPq, 1998, p. 136. Apud LEITE, Ilka Boavetura (org.). *Laudos periciais antropológicos em debate*. Florianópolis: NUER/ABA, 2005, p. 16.

⁹⁰ OLIVEIRA FILHO, João Pacheco. *Ensaio em Antropologia Histórica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999, p. 169/170.

⁹¹ *Ibidem*.

2.3 Laudo Pericial Antropológico

Segundo os autores Zarzuela, Matunaga, Thomaz⁹², o laudo pericial antropológico é o exame pericial realizado por antropólogo, sendo uma peça eminentemente técnica de percepções colhidas e interpretadas de maneira lógica, emitindo-se a conclusão de juízo de valor antropológico.

De acordo com a classificação das espécies de perícia lecionada por Fernando Capez, a perícia antropológica é “deducendi”, pois o perito é chamado a analisar cientificamente um fato, que compõe a materialidade do crime, e por outro lado, é uma perícia extrínseca, quando o estudo a ser feito tem por objeto elementos externos ao fato crime, como a análise do réu indígena e sua relação com a sociedade e seu povo.⁹³

A perícia antropológica pode ser vista como a apuração de um fato por meio da aplicação de conhecimento técnico ou científico em antropologia, na esfera de um processo em que se discute o direito, com o objetivo de que sejam ouvidas as perspectivas de uma cultura não dominante, que não tem supremacia, no bojo de ações jurídicas.⁹⁴

Ao juiz é indispensável que se requeira a confecção da perícia antropológica nos processos criminais que envolvam índios, pelo fato do julgador não estar acostumado a julgar este tipo de demanda, trazendo ao seu conhecimento, aspectos socioculturais relevantes a respeito do caso concreto. Assim, o antropólogo esclarece as questões divergentes entre o costume indígena e a cultura dominante nacional.⁹⁵

As perícias técnicas nos processos criminais são fundamentais para a reconstrução do crime e sua resolução, exemplos são exame de corpo de delito, exame cadavérico, análises balísticas de armas de fogo, perícia no local do crime, exame toxicológico, etc. No caso de perícia antropológica, os objetivos seriam:

⁹² ZARZUELA, José Lopes; MATUNAGA, Minoru e THOMAZ, Pedro Lourenço. *Laudo Pericial: Aspectos Técnicos e Jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 235.

⁹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁹⁴ AMORIM, Elaine. Parecer técnico nº 57/2008: pluralismo jurídico. In: *Reunião Anual de Antropologia*, 26, 2008, Porto Seguro, p. 2, Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/atuacao-do-mpf/parecer-tecnico/PT_N57_2008.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2014.

⁹⁵ Idem. O desafio do multiculturalismo na ação penal – Laudo pericial antropológico judicial em crime envolvendo indígena. *Revista IBCCRIM*, n. 46, p. 253- 289, 2004.

a) a investigação do grau de entendimento de um grupo indígena quanto à eliminação da vida humana, e b) a participação em uma junta antro-po-psicológica incumbida de determinar se, em certo caso, um índio estava na posse de suas faculdades mentais ao cometer o crime.⁹⁶

O exame antropológico, mesmo não sendo atualmente obrigatório, deve ser realizado sempre que não houver certeza da culpabilidade do indígena, para que se possa buscar a verdade real. Não bastando apenas os aspectos externos, como título de eleitor, grau de escolaridade, relativos à verdade meramente formal para auferir as peculiaridades de cada etnia.

Importante registrar que os tribunais do país fazem uso restrito do laudo pericial antropológico, pois buscam apenas observar se o indígena está inserido na cultura dominante, pensamento ultrapassado, que nos faz lembrar o paradigma de integração do Estatuto do Índio. O propósito do laudo deve envolver, além disso, questões mais relevantes sobre sua cultura, que é ignorada pelo julgador e que pode servir de base na interpretação das circunstâncias que envolveram um crime cometido por indígena, bem como ser utilizado na aplicação da pena, observando o princípio da individualização da pena.⁹⁷

Roberto Santos, movido pela atenção ao caráter científico que o laudo antropológico deve ter, sugere que o este seja dividido em quatro seções: 1- relatório, 2- resumo dos fundamentos, 3- respostas aos quesitos, 4- apêndice científico. Os três primeiros são mais breves com o objetivo de dar uma visão mais fácil, com delineamento claro dos objetivos, métodos aplicados, resumo das conclusões e suas razões; e o último o apêndice científico, é o documento profissional da pesquisa, que pode vir com fotos, mapas e outros anexos. E complementa:

A investigação que o antropólogo realiza está adstrita a todos os cânones do formalismo científico [...], por isso, o documento que sai de suas mãos deve estar tão apto quanto se amanhã tivesse de ser submetido a um júri acadêmico. Daí o apêndice científico [...] fazer parte do laudo. Mas os profissionais do Direito que vão servir-se do laudo não têm obrigação legal ou intelectual de familiaridade com a antropologia [...]. De maneira que lhes basta o que poderíamos considerar um “documento de divulgação científica”, um resumo

⁹⁶ SANTOS, Roberto O. A. A prova pericial através de laudo antropológico. p.22. In: LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira; SILVA, Orlando Sampaio. (Org.) *A Perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 1994.

⁹⁷ SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 05.

didático, capaz de levar à compreensão rápida das respostas aos quesitos.⁹⁸

Assim, o objetivo do laudo pericial antropológico é o de fornecer subsídios ao juiz e ao processo criminal quando envolve um índio acusado de um crime. Além disso, segundo a antropóloga Elaine Amorim, o intuito do laudo é evitar que as decisões relativas às vidas dos índios sejam baseadas numa visão etnocêntrica, onde a compreensão de mundo que está a cabeça do julgador, seja parâmetro para todos os contextos sociais e culturais, sem distinção.⁹⁹

2.4 O trabalho do antropólogo no Ministério Público

A Constituição de 1988 trouxe ao Ministério Público a característica de ser “uma instituição permanente, essencial à função, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127), constituindo ao lado da Advocacia e Defensoria Pública a “função essencial à justiça”. Uma especificidade dessa função é a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V, CF).¹⁰⁰

Convém ressaltar que a competência para o julgamento de disputas indígenas é da Justiça Federal (art. 109, XI, CF) e à Justiça Comum Estadual cabe o julgamento de crimes em que o índio figure como autor ou vítima (Súmula nº 140 STJ), portanto esses direitos devem ser tratados pelo Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, respectivamente.

Em 1988 houve a inserção dos antropólogos na Procuradoria Geral da República, decorrência do termo de cooperação entre ela e a Associação Brasileira de Antropologia (ABA). A necessidade de laudos feitos por antropólogos ocorreu devido à má qualidade de informações fornecidas pela FUNAI em ações judiciais movidas por particulares contra o Governo sobre criações por decreto de áreas indígenas. A perícia

⁹⁸ SANTOS, Roberto O. A. A prova pericial através de laudo antropológico. p.28. In: LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira; SILVA, Orlando Sampaio. (Org.) *A Perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 1994.

⁹⁹ AMORIM, Elaine. Parecer técnico nº 57/2008: pluralismo jurídico. In: *Reunião Anual de Antropologia*, 26, 2008, Porto Seguro, p. 2, Disponível em: <HTTP://ccr6.pgr.mpf.gov.br/atuacao-do-mpf/parecer-tecnico/PT_N57_2008.pdf> Acesso em: 17 mar. 2014.

¹⁰⁰ REGO, André Gondim do. *O trabalho do antropólogo no Ministério Público Federal*. Dissertação de mestrado. Brasília, UnB, 2007, p. 90-132.

antropológica tinha o papel de esclarecer aos juízes as questões em litígio, fornecendo argumentos antropológicos.¹⁰¹ Ressalta-se que esse acordo transformou-se em Convênio em 2001.

A importância da assessoria antropológica no Ministério Público Federal é em primeiro lugar na questão indígena, como afirma a Coordenadora da 6ª Câmara do MPF, Ela Wiecko V. de Castilho:

Na perspectiva do Ministério Público, quando ele se aproxima do antropólogo, quer na verdade o profissional capaz de resolver alguns problemas que nós, profissionais do Direito não sabemos resolver. Que respostas queremos? Que diga para nós, juristas, quem é índio, [...] que calcule os impactos culturais de uma obra projetada [...] que o antropólogo nos apresente alternativas de projetos de desenvolvimento para grupos étnicos desestruturados. [...] que o antropólogo diga como é que nós devemos tratar os casos de divisões internas, de conflitos, [...] queremos uma orientação com relação aos conflitos externos, como se situar, como fazer articulações para superar conflitos. Em suma, temos uma demanda muito grande. Dei alguns exemplos e esses exemplos, na maioria das vezes, dentro da 6ª Câmara, estão direcionados para a questão indígena. [...] Na área criminal, a compreensão da violência, da criminalidade, do crime, necessita da interlocução com a Antropologia.¹⁰²

É nítida, portanto, a harmoniosa relação que Ministério Público Federal tem com os antropólogos e seus laudos, por existir maiores demandas de conflitos relacionado a terras indígenas, cujo interesse, inevitavelmente é da União.

Entretanto, em relação aos crimes em que o índio figure como autor, há representantes do Ministério Público que não consideram o laudo antropológico indispensável.

O recurso nº 0005381-95.2008.4.03.6108, julgado em Bauru/SP, pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, debate a questão da necessidade de laudo antropológico em denúncia na qual dois indígenas são acusados de infringirem o disposto no artigo 148, § 2º, c.c. os artigos 29 e 70, todos do Código Penal.

No caso julgado, o magistrado de primeiro grau rejeitou a denúncia por entender que “para que seja autorizada a deflagração da ação penal, e eventual aplicação de sanção penal, [...] na hipótese vertente, que trata de ações praticadas por

¹⁰¹ OLIVEIRA FILHO, João Pacheco. *Ensaio em Antropologia Histórica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999, p. 165.

¹⁰² CASTILHO, Ela Wiecko V. de. A atuação dos antropólogos no Ministério Público Federal. In: LEITE, Ilka Boaventura (org.). *Laudos Periciais Antropológicos em debate*. Florianópolis: NUER/ABA, 2005, p. 55/56.

indígenas [...], **é necessária a prévia realização de estudo antropológico**" (fl. 174).

O Procurador interpôs recurso anexando o laudo antropológico, porém destacou a sua desnecessidade sob motivos meramente extrínsecos à cultura dos agentes:

No caso em apreço, ambos os acusados sabem ler e escrever fluentemente o português e possuem RG, CPF, carteira de motorista, contas bancárias e telefones celulares. Anildo Lulu é auxiliar de enfermagem, foi filiado a partido político por 11 anos e, atualmente, ocupa o cargo de Chefe da Coordenação Técnica Local da FUNAI em Bauru. Já Paulo Roberto Sebastião, tecnólogo, também vereador de Avaí, **razão pela qual o laudo antropológico se mostra manifestamente desnecessário para demonstrar que tinham eles plena capacidade de entender o caráter ilícito de suas ações** (fl. 197-verso).¹⁰³

Em seu voto, o relator deu provimento ao recurso, alegando que o laudo antropológico como requisito para o recebimento da denúncia restou superada, uma vez que a Procuradoria Regional da República promoveu a juntada do documento, e ainda, confirmou e transcreveu o trecho do parecer do Procurador. Tal voto foi acolhido por unanimidade pela Turma.

Extrai-se, portanto, que o entendimento majoritário da jurisprudência, é de que havendo elementos constantes nos autos compatíveis com a vida “civilizada”, tais como fluência na língua portuguesa, carteira de motorista, por exemplo, o exame pode ser dispensado.

Como é visto nesse caso, o representante do Ministério Público desconhece a importância desta perícia antropológica para o processo criminal em que o índio figure como réu, tendo em vista que sua ausência pode trazer prejuízos à futura e eventual análise da culpabilidade do agente.

¹⁰³ BRASIL. TRF-3 - RSE: 5381 SP 0005381-95.2008.4.03.6108, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, Data de Julgamento: 26/02/2013, SEGUNDA TURMA. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/2700083>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

3 CONSEQÜÊNCIAS PENAIS DO LAUDO ANTROPOLÓGICO

3.1 A culpabilidade penal e suas excludentes

Após todo o estudo da história, cultura, costumes e crenças do índio, documentado pelo laudo antropológico, o magistrado terá em suas mãos todo material necessário para a formação de sua convicção.

Nesse sentido, o tema mais controverso na doutrina e jurisprudência para o tratamento jurídico-penal do índio é a culpabilidade, tendo em vista que o Estatuto do Índio não previu normas para isso, motivo pelo qual são utilizadas disposições do Código Penal.¹⁰⁴

Em conseqüência, os juízes avaliavam a culpabilidade penal de um acusado indígena utilizando o critério de imputabilidade do art. 26 do Código Penal, qualificando os índios na característica de “desenvolvimento mental incompleto ou doença mental”. É, portanto, nitidamente um preconceito contra esses povos, pois universaliza os integrantes da etnia, reduzindo todos a uma capacidade intelectual diminuída.¹⁰⁵

A culpabilidade é o terceiro elemento da corrente majoritária no Brasil do conceito analítico de crime, que é um fato típico, antijurídico (ilícito) e culpável. *Nullum crimen sine culpa*. Segundo os adeptos da corrente finalista, a culpabilidade é um juízo valorativo de censura que se faz ao agente do crime e à sua ação criminosa, tal juízo de valor que está na cabeça de quem julga.¹⁰⁶

De acordo com a teoria normativa pura¹⁰⁷, a conduta do agente é uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade. E conta com três requisitos sobre seu autor: que seja imputável (imputabilidade), que tenha agido com consciência da ilicitude (potencial consciência da ilicitude) e com possibilidade de um comportamento conforme o Direito (exigibilidade de conduta diversa do fato

¹⁰⁴ CAVALCANTI, Fábio da Costa. A capacidade civil e a culpabilidade penal dos indígenas em face da Constituição de 1988. *Revista da AGU*, v. 4, nº 6, p. 44, 2005.

¹⁰⁵ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: Ensaios e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 43.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.174/300.

¹⁰⁷ A teoria normativa pura é uma das três principais teorias que conceituam a culpabilidade: psicológica, normativa ou psicológico-normativa, e normativa pura, as duas primeiras, correntes causalistas e a última finalista. Segundo a teoria normativa pura, a conduta é uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade dolosa ou culposa. (NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit. p. 301.)

praticado).¹⁰⁸

Assim as etapas do juízo de reprovação são explicadas pelos autores Luiz Flávio Gomes e Antônio Garcia-Pablos Molina:

Em primeiro lugar cabe ao juiz verificar se o autor do fato punível é um agente normal, isto é, se possui maturidade e sanidade psíquica suficientes para suportar a reprovação penal. [...] No segundo nível de valoração, cabe ao juiz analisar se o agente imputável tinha plena consciência da ilicitude do fato ou pelo menos a possibilidade de ter essa consciência (real ou potencial consciência da ilicitude); por último, na terceira etapa, impõe-se ao juiz verificar a normalidade ou anormalidade das circunstâncias em que o agente imputável atuou.¹⁰⁹

A ausência de algum desses requisitos constitui a denominada excludente de culpabilidade. No caso dos indígenas, merece destaque a análise dessas exculpantes, quais sejam, a inimputabilidade, o erro de proibição, e a inexigibilidade de conduta diversa, bem como a comparação com sua cultura, para que se possa verificar onde poderá eventualmente incidir a inculpabilidade.¹¹⁰

O critério de culpabilidade indígena adotado pela doutrina brasileira, antes da Constituição Federal de 1988, era a de (in)imputabilidade a partir do desenvolvimento mental incompleto, tendo em vista sua não integração à sociedade nacional.¹¹¹

Dalmo de Abreu Dallari assim se manifestou sobre o assunto em debate promovido pela Comissão Pró-Índio de São Paulo junto com a Procuradoria da República em São Paulo e a Faculdade de Direito da USP, em 1990:

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. [...] O juiz levará em conta as características do índio e saber até que ponto ele compreendia o significado jurídico daquele ato. Nisto há uma diferença do índio em relação a outros brasileiros.¹¹² (grifo nosso)

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.301.

¹⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Direito Penal: parte geral*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 569.

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit , p.306.

¹¹¹ BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 41.

¹¹² MARCKZYNSKY, Solange Rita. Índios: Temas Polêmicos. *Revista de informação legislativa*, v.28,

Entretanto, a partir da mudança de paradigma, dada pelo texto constitucional de reconhecimento da cultura indígena, a jurisprudência tem averiguado a culpabilidade ainda a partir da imputabilidade, mas não utilizando o termo “desenvolvimento mental incompleto”, utilizam-se de aspectos relativos ao potencial consciência da ilicitude, que é o segundo elemento da culpabilidade.¹¹³

Portanto, é nítida a confusão da jurisprudência quanto a imputabilidade e consciência da ilicitude. Ressalta-se que ainda utilizam o grau de integração à sociedade nacional como parâmetro para a decisão, conforme se verifica a seguir:

MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. **LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. ÍNDIO INTEGRADO NA SOCIEDADE.** INEFICIÊNCIA DA DEFESA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO. NEGATIVA DE AUTORIA. NÃO VERIFICADA. DOLO CONFIGURADO. SENTENÇA ANULADA NO TOCANTE À DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. 1. Havendo prova inequívoca de ser o **índio completamente integrado na civilização**, pode o Juiz prescindir do laudo antropológico para aferir **a imputabilidade penal**. [...] 3. A simples negativa de autoria não pode prevalecer ante o conjunto probatório em sentido contrário, que demonstra **a consciente prática do ilícito**. [...] 5. Sentença anulada na parte referente à dosimetria da pena, para que seja fixado o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. (TRF-4 - ACR: 4489 SC 2005.72.01.004489-2, Relator: NÉFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/06/2007, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 04/07/2007) (grifos nossos)

Imputamos correto o tratamento de erro de proibição, que é a falta da consciência da ilicitude, pois não se pode ordenar que o índio conheça os princípios e regras de outro tipo de cultura que não a dele, como defende René Ariel Dotti.¹¹⁴

Consideramos também o erro culturalmente condicionado, aquele que a cultura do indivíduo não o deixa compreender o ilícito do fato, posição que encontra adeptos como Eugênio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. Esse critério não é previsto na legislação brasileira, devendo ser aplicado o art. 21 do Código Penal, que trata do erro de proibição.¹¹⁵

nº 111, p. 333, jul./set. de 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175910>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

¹¹³ REZENDE, Guilherme Madi. *Índio - Tratamento Jurídico-Penal*. Curitiba, Juruá, 2009.

¹¹⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.613.

Seria aceitável ainda a inexigibilidade de conduta diversa para o caso de réus indígenas, uma vez que há casos em que, por motivo de honra à sua cultura, não era possível atuar conforme o direito penal brasileiro.

Ressalta-se, que em todas as hipóteses de excludentes de culpabilidade indígena, sua constatação deve ser precedida de laudo antropológico.

3.1.1 Inimputabilidade Penal

O primeiro requisito da culpabilidade, a imputabilidade pode ser definida como a aptidão para que o agente seja culpável. É a capacidade para que um agente seja penalmente responsável por seus atos.¹¹⁶

Os requisitos necessários para a imputabilidade, segundo o critério biopsicológico, são: 1- que o agente tenha, ao tempo da ação ou da omissão, a capacidade de compreender o caráter ilícito do ato praticado e determinar-se de acordo com tal entendimento; 2- que o agente tenha completado a idade de dezoito anos.¹¹⁷

De acordo com o artigo 27 do Código Penal, os menores de dezoito anos são inimputáveis, sujeitos apenas às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na legislação brasileira, adota-se para a menoridade o critério etário, pois há uma presunção absoluta que os menores de dezoito anos não possuem maturidade para compreender o caráter ilícito do fato.¹¹⁸

A segunda causa de inimputabilidade é a doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, disposto no art. 26 do CP. Nesse caso, o critério adotado é o biopsicológico, pois resulta tanto a presença de anomalias mentais (biológico), quanto a completa incapacidade de entendimento do caráter ilícito do fato (psicológico).¹¹⁹

Essas situações, quando não forem capazes de retirar a consciência sobre a ilicitude do fato ou a autodeterminação sobre a consciência, chamada de semi-imputabilidade, não excluem a culpabilidade, mas podem levar à redução da pena,

¹¹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 314.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme. *Manual de Direito Penal*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 207.

¹¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1: parte geral. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 408.

conforme o parágrafo único do art. 26 do Código Penal.¹²⁰

O problema da ausência ou redução de culpabilidade dos indígenas não se resolve no âmbito da inimputabilidade. Pois se por um lado, não há uma presunção de inimputabilidade, como é o caso dos menores de dezoito anos; por outro lado, é impossível dizer que para todos os indígenas, a falta de compreensão do caráter ilícito decorra de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto, tornando o critério biopsicológico ineficaz.¹²¹

Zaffaroni e Pierangeli esclarecem que:

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 imputabilidade diminuída, como se sustenta com freqüência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica – biologista e racista – já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes. Nada tem de diferente do discurso de justificação, que produziu freqüentíssimas destruições de grupos culturais originários e de perseguição religiosa, falando em delírios coletivos frente a atos e cerimônias que jamais compreenderam, e de relações culturais diferenciadas como simples e primitivas, quando a antropologia comparada nos mostra, hoje, a sua enorme complexidade. O homem da civilização industrial inventou, no seu gabinete de elocubração, uma “mentalidade primitiva”, que foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas. (grifo nosso)¹²²

Francisco de Assis Toledo, ao tratar da imputabilidade, faz uma comparação com os indivíduos isolados:

O crime é um fenômeno cultural. Aquilo que seria absolutamente normal em uma ilha deserta, para um indivíduo isolado (apanhar frutas de qualquer árvore, apossar-se de tudo que lhe aprovesse, destruir o que se lhe apresentasse como hostil ou desagradável, etc.), pode ser um grave crime na vida em sociedade. Ora, a criança é um ser inicialmente ilhado.¹²³

Essa observação nos faz lembrar o paradigma de integração do

¹²⁰ BRASIL, Código Penal. *VadeMecum Compacto*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹²¹ CASTRO, Marcela Baudel de. A culpabilidade dos indígenas à luz das exculpantes penais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3553, 24 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23972>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.615.

¹²³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 320.

Estatuto do Índio e à idéia de que os indígenas são como crianças, que precisam passar pelas etapas de integração (art. 4º, Lei nº 6.001/73) para que sejam considerados “adultos”, ou seja, integrados à comunhão nacional.¹²⁴

Dessa maneira, é possível fazer uma correlação do art. 4º do estatuto do índio com o art. 26 do Código Penal, sobre imputabilidade. É verdade que a referida lei 6.001/73 não conceitua imputabilidade penal do índio, a semi-imputabilidade e inimputabilidade. Porém algumas expressões contidas nela são passíveis de respectiva interpretação, como "incorporados à comunhão nacional", "aceitam algumas práticas" e "vivem em grupos desconhecidos", que são elementos objetivos fundamentais para a interação com a subjetividade do índio.¹²⁵

Não prospera a noção de culpabilidade dos indígenas partindo do único pressuposto da inimputabilidade ou semi-imputabilidade, ao analisar o grau de integração a sociedade. Todavia, a jurisprudência ainda julga dessa maneira:

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA. ÍNDIO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DISPENSABILIDADE. RÉU INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. PLEITO DE CONCESSÃO DO REGIME DE SEMILIBERDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N.º 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO. ORDEM DENEGADA.

Hipótese em que o paciente, índio Guajajara, foi condenado, juntamente com outros três co-réus, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, em associação, e porte ilegal de arma de fogo, pois mantinha plantio de maconha na reserva indígena Piçarra Preta, do qual era morador. **II. Não é indispensável a realização de perícia antropológica, se evidenciado que o paciente, não obstante ser índio, está integrado à sociedade e aos costumes da civilização.**

III. Se os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da inimputabilidade do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de laudo antropológico.

IV. Precedentes do STJ e do STF.

V. Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n.º 6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional.

VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime

¹²⁴ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a Civilização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p.214.

¹²⁵ LUZ PONTES, Bruno César, O índio e a justiça criminal brasileira, In: VILLARES, Luiz Fernando (Org.). *Direito Penal e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá Editora, 2010. Capítulo 10, p. 167-199.

especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido in casu. Precedentes. (Grifo)
VII. Ordem denegada.¹²⁶

A proteção da diversidade cultural dada pela Constituição Federal de 1988 e pela Convenção nº 169 da OIT, exige-se a consideração de uma possível ausência de culpabilidade dos indígenas de acordo com suas peculiaridades culturais. Todavia a razão dessa ausência de culpabilidade deve ser uma das hipóteses de excludentes penais, que não fundamentado no desenvolvimento mental incompleto.¹²⁷

3.1.2 O Erro de Proibição e Erro culturalmente condicionado

Os autores que mais estão compromissados com a questão penal do índio vêm se posicionando no sentido do tratamento penal a partir de excludentes de culpabilidade, diverso da inimputabilidade, de preferência o erro de proibição. A crítica de que os índios não têm desenvolvimento mental incompleto e que esse critério é contrário à Constituição Federal e a Convenção nº 169 da OIT, é o que embasa o entendimento.¹²⁸

A ausência da consciência sobre a ilicitude do fato é o chamado erro de proibição, previsto no art. 21 do Código Penal. O desconhecimento da lei não é desculpa para a prática de crimes, porém se o erro for evitável é causa de diminuição de pena. Já se for inevitável, é causa de excludente de culpabilidade, isentando o réu de pena.

Segundo Guilherme Nucci, o erro de proibição é aquele que incide sobre a ilicitude do fato. Neste caso, o agente atua sem consciência de ilicitude, ele pensa que é lícito o que não é. O erro de proibição está ao conteúdo da norma, que é adquirido pela vivência em sociedade. Aquele que por falta de informação justificada, não teve acesso ao conteúdo da norma poderá alegar erro de proibição, servindo de excludente de culpabilidade.¹²⁹

Para os autores que sustentam o erro de proibição para o índio, alegam

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 30113/MA, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 05/10/2004. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 17. mar. 2014.

¹²⁷ REZENDE, Guilherme Madi. *Índio - Tratamento Jurídico-Penal*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 31.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 50.

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 363.

que se um indígena no caso concreto não estava em condições de saber que sua atuação era contrária ao ordenamento, pode constituir sua inculpabilidade¹³⁰, pois “não se poderá exigir do silvícola a conduta segundo as normas de outro tipo de civilização e de cultura para as quais é editada a lei penal”, devendo ser reconhecida a hipótese de erro inevitável sobre a ilicitude do fato.¹³¹

Nesse sentido, a ausência do conhecimento da antijuridicidade da conduta, isto é, o erro de proibição, pode ser reconhecido quando o indígena ignorava que sua ação contrariava a norma penal vigente no país, e também quando ele acreditava que as circunstâncias de fato permitiam a ação cometida.¹³²

Na prática criminal brasileira, a consciência sobre a ilicitude não pode ser confundida com privilégios em relação ao julgamento dos crimes, conforme explica Dalmo de Abreu Dallari:

O índio não tem privilégios: ele está sujeito à ação penal e está obrigado a respeitar a legislação inclusive em termos de conservação ambiental. (...) **É preciso que o juiz pondere, em cada caso concreto, até que ponto o índio tinha consciência do significado jurídico e social do ato que praticou. Mas ele não é isento pelo fato de ser índio.**¹³³

Zaffaroni e Pierangeli sustentam que a solução para o tratamento penal do índio pode estar no erro culturalmente condicionado, que é uma espécie de erro de proibição, mas diferente desse. No erro culturalmente condicionado o indivíduo, mesmo conhecendo a ilicitude do fato, não a compreende ou tem dificuldades de se determinar de acordo com a norma, pelo motivo de ter sido educado numa cultura diferente.¹³⁴

Para os referidos autores, o conhecimento vem em primeiro lugar, e secundariamente, a compreensão do ilícito. Portanto, pode haver conhecimento sem

¹³⁰ YURETA, Gladys. *El indígena ante La Ley Penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciências Jurídicas Políticas, 1981, p.130. Apud REZENDE, Guilherme Madi. *Índio - Tratamento Jurídico-Penal*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 51.

¹³¹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 422.

¹³² YURETA, Gladys. op. cit. Apud REZENDE, Guilherme Madi. op. cit, p. 51.

¹³³ DALLARI, Dalmo; LEITÃO, Sérgio; ANTUNES, Paulo de Bessa; MONTERO, Paula. Direitos Indígenas: Debate com Paula Montero, Dalmo Dallari, Sérgio Leitão e Paulo de Bessa Antunes. *Revista Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, n°. 69, p. 66, julho 2004. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/MONTERO%20et%20al_Direitos%20Indigenas.pdf>. Acesso em 15 mar. 2014.

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.615.

compreensão, mas não a compreensão sem o conhecimento. Portanto, se o indígena conhecer a proibição do ato, mas não compreendê-lo, incidirá o erro de compreensão culturalmente condicionado.¹³⁵

Nesse sentido, afirmam:

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 que não a de respeitar a sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões de tipo etnocentrista, [...]. As disposições da Lei 6.001/73, [...] fazem uma constante referência a 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.¹³⁶

Luis Francia Sánchez, ao tratar da aplicação do erro culturalmente condicionado, constata quais os pressupostos para seja qualificado esse critério. E afirma que tais considerações devem ser provenientes de uma perícia antropológica.

É preciso levar em conta o fato de que se um membro de uma comunidade nativa (indígena) ou camponesa e que por sua cultura ou costume não possa compreender o caráter delituoso de seu ato ou determinar-se de acordo com esse entendimento, [...] Deve-se especificar as diferentes normas consuetudinárias que regem as relações sociais na comunidade e igualmente as normas morais que foram internalizadas pelos membros do grupo cultural.¹³⁷ (tradução nossa)

Ocorre que o erro culturalmente condicionado não é previsto na lei penal brasileira. Portanto, autores como Guilherme Madi Rezende sustentam que há a dúvida sobre a possível utilização desse critério analogamente ao erro de proibição do art. 21, uma vez que não se pode saber se o termo “consciência da ilicitude” do parágrafo único, quer dizer “conhecimento da ilicitude (erro de proibição), ou compreensão da ilicitude (erro culturalmente condicionado).¹³⁸

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.615.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ SÁNCHEZ, Luis E. Francia. *La aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado*. Disponível em: <http://www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/analisis_pleno/aplic_error.doc> Acesso em: 30 mar. 2014.

¹³⁸ REZENDE, Guilherme Madi. *Índio - Tratamento Jurídico-Penal*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 97.

3.1.3 Inexigibilidade de conduta diversa

A inexigibilidade de conduta diversa ou a falta de exigibilidade de conduta conforme o direito é a terceira causa de exclusão de culpabilidade, que de acordo com a doutrina, refere-se à coação moral irresistível e a obediência hierárquica do artigo 22 do Código Penal, como causas legais.¹³⁹

A coação moral ocorre quando o agente é obrigado pelo coator a praticar um fato típico e antijurídico. Quando a coação é irresistível, há isenção de pena para o agente coagido, pois não se pode exigir do agente uma conduta conforme os ditames do ordenamento jurídico, e punição ao agente coator. Caso a coação seja resistível, há atenuação de pena, conforme art. 65, III, c, do Código Penal.¹⁴⁰

A segunda causa de inexigibilidade de conduta diversa é a obediência hierárquica, em que o agente pratica um crime em obediência a ordem não manifestamente ilegal de outrem hierarquicamente superior. Assim, também encontra-se o agente de situação que era inexigível conduta diferente da ordem. Se a ordem for manifestamente ilegal, há a culpabilidade e atenuação da pena, conforme art. 65, III, c, do Código Penal.¹⁴¹

A inexigibilidade de conduta diversa como tese autônoma, é considerada causa supralegal, que assim como as causas previstas em lei tem potencial de excluir a culpabilidade do agente. Conforme defende Marco Antônio R. Nahum:

No Brasil, reconhecida taxativamente a lacuna do sistema jurídico quanto às hipóteses de *inexigibilidade*, há que se admiti-la como causa supralegal e excludente de culpabilidade, sob pena de não se poder reconhecer um pleno direito penal da culpa.¹⁴²

César R. Bitencourt cita Hans Welzel para explicar que existem situações extraordinárias que diminuem a motivação para atuar conforme a norma, de forma que não lhe é exigido uma conduta adequada ao Direito, ainda que seja o agente

¹³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 306.

¹⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1: parte geral. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 427.

¹⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. op. cit, p. 315.

¹⁴² NAHUM, Marco Antônio R. *Inexigibilidade de conduta diversa* – causa supralegal – excludente de culpabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 323/324.

imputável e que conheça a antijuricidade do ato.¹⁴³

A inexigibilidade de conduta diversa também apresenta como solução viável para o tratamento jurídico-penal do indígena, e tem origem na doutrina de Eugênio Raúl Zaffaroni e de José Pierangeli sobre o erro culturalmente condicionado.¹⁴⁴

Entretanto, esses autores não trataram desse critério, por entenderem que “a inexigibilidade de conduta diversa é natureza última de todas as causas de ausência de culpabilidade”, portanto, se já constatado a inculpabilidade indígena no erro, não há que se falar do terceiro elemento.¹⁴⁵

Por outro lado, Guilherme Madi Rezende entende que sempre que o agente for imputável (imputabilidade) (1); (ter potencial consciência da ilicitude) (2), ou seja, conhecer, saber que um fato é ilícito em outro ordenamento, o que afasta o erro de proibição (a), e compreendê-la, mesmo inserido em outra cultura, o que afasta o erro culturalmente condicionado (b); mas tiver agido em conformidade com valores de sua cultura, que forem conflitantes com o Código Penal, impõe-se a inexigibilidade de conduta diversa (3).¹⁴⁶

A inexigibilidade de conduta diversa aparece após a análise do erro de proibição, ou seja, é verificado se o índio possuía consciência dos seus atos e do padrão comportamental que a sociedade exige, para então saber se ele não poderia agir em conformidade com a norma em razão de choque de valores culturais.¹⁴⁷

Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos, ao tratar da causa supralegal intitulada “fato de consciência”, afirma que existem deveres morais ou religiosos que vinculam a conduta do agente, pois apresentam-se como sentimentos de obrigação incondicional e que não podem ser valorados pelo juiz como certo ou errado, sendo limitados apenas conforme outros direitos fundamentais ou coletivos, tais como direitos humanos por exemplo.¹⁴⁸

Tais deveres são assegurados pela Constituição Federal, pela garantia

¹⁴³ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema Del Derecho Penal*, Barcelona: Ariel, 1964, p. 125/126. Apud BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*- parte geral, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 457.

¹⁴⁴ REZENDE, Guilherme Madi. *Índio - Tratamento Jurídico-Penal*. Curitiba, Juruá, 2009.p. 100.

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.653.

¹⁴⁶ REZENDE, Guilherme Madi. op. cit., p. 110.

¹⁴⁷ CASTRO, Marcela Baudel de. A culpabilidade dos indígenas à luz das exculpantes penais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3553, 24 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23972>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

¹⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª Ed. ICPC-Lumen Juris, 2005, p. 260.

da liberdade de crença e consciência (art. 5º, VI, CF). No caso dos índios, o respaldo encontra-se no reconhecimento da cultura indígena (art. 231, CF), além de outras previsões sobre pluralismo étnico na Constituição, e proteção cultural da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho.¹⁴⁹

Nesse sentido, Thais Luzia Colaço exemplifica que a eutanásia é uma prática aceita por índios Guarani, portanto mesmo que eles tenham conhecimento e compreensão sobre a ilicitude do ato no Código Penal, caso ocorra esse fato, deve incidir a inexigibilidade de conduta diversa, pois foram orientados por valores da etnia e não poderiam agir de outra forma. Por outro lado, um índio de outra tribo que não adota a prática, cometer o ato, será responsabilizado.¹⁵⁰

Especificamente no exemplo dado pela antropóloga, há que se fazer uma ressalva. A eutanásia não foi tipificada no Código Penal Brasileiro, mas é entendida como homicídio piedoso. Quando o médico ou terceiro provoca a morte com um agir, tal fato é englobado no homicídio privilegiado do art. 121, 1º, do CP, pois o agente atuou “por motivo de relevante valor moral”, ao ter piedade da dor alheia.¹⁵¹

Posto isso, criticamos uma parte do entendimento da antropóloga no exemplo dado, uma vez que não foi observado o disposto no art. 8º, item 2, da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, em que se afirma que o direito de conservação dos costumes dos povos indígenas e tribais não deve ser incompatível com os direitos fundamentais do sistema jurídico nacional, nem com os direitos humanos internacionais, portando violando o direito fundamental à vida (art. 5º, CF) e como consequência, não incidindo a inexigibilidade de conduta diversa.

Por outro lado, concordamos que, sendo de acordo com direitos fundamentais nacionais e internacionais, o crime praticado estiver, também, ido ao encontro de cultura, costumes, crenças e valores da sua própria etnia, o indígena terá excluída sua culpabilidade.

É demonstrado, que os índios são diferentes entre si, sendo adequado, portanto um tratamento diferente para cada caso, pois além de serem culturas e organizações sociais específicas, não estão numa mesma circunstância de contato com a sociedade nacional, conforme Orlando Sampaio afirma:

¹⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª Ed. ICPC-Lumen Juris, 2005, p. 260.

¹⁵⁰ COLAÇO, Thais Luzia. *A incapacidade indígena*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 185.

¹⁵¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.34.

É absurda a aplicação da legislação ordinária e suas normas complementares uniformemente aos índios, como se eles constituíssem em uma categoria unívoca. [...] Assim, segundo penso, os atos praticados por indivíduos, por exemplo, os que configuram como infrações penais, quando os que os cometem se encontram em total ou grande isolamento em relação à sociedade nacional, podem estar rigorosamente coerentes com seu universo cultural, muito embora haja a possibilidade de serem tidos como ilícitos penais na legislação do país.¹⁵²

Assim, é necessária a realização de uma perícia antropológica verificando aspectos intrínsecos do grupo social étnico, para que se possa analisar se uma conduta está ou não amparada pela cultura de determinado grupo indígena, incidindo ou não a consequência de culpabilidade indígena.

¹⁵² SILVA, Orlando Sampaio. Circunstância atenuante ou dirimente. Compromisso ético do antropólogo. In: LEITE, Ilka Boaventura (org.). *Laudos Periciais Antropológicos em debate*. Florianópolis: NUER/ABA, 2005, p. 33.

CONCLUSÃO

É inegável que Constituição Federal de 1988 marcou um avanço para os direitos indígenas. Entretanto, foi constatado que mesmo com o pluralismo e com o reconhecimento da diversidade cultural desta Carta Magna, e com a ratificação da Convenção nº 169 da Convenção Internacional do Trabalho, ainda existe pontos do pensamento retrógrado do Estatuto do Índio presente na Justiça Criminal, a se ver pela culpabilidade indígena analisada sob o critério da inimputabilidade.

O respeito universal à diversidade cultural deve envolver indispensavelmente o respeito aos valores próprios de cada cultura indígena. Essa política deve refletir numa legislação atualizada, portanto, revogando o Estatuto do Índio pelo Estatuto das Sociedades Indígenas, sendo utilizada a Convenção nº 169 da OIT e melhor interpretando Constituição Federal de 1988 e as Legislações Penais.

Conclui-se que o critério da inimputabilidade relacionado à cultura indígena, se mostra inadequado, pois reduz o índio a retardado ou pessoa que tem mentalidade incompleta, e que por isso é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. Tratamento esse que é absurdo e discriminatório, e que está diretamente ligado ao paradigma de integração e proteção reducionista do Estatuto do Índio.

O critério de erro de proibição, erro culturalmente condicionado e inexigibilidade de conduta diversa, por sua vez, rompem com a visão integracionista, tendo em vista que o parâmetro de análise da culpabilidade é a cultura e não mais seu falso desenvolvimento mental incompleto.

Nesse sentido, tais critérios se mostram mais adequados para o tratamento penal do índio, pois pode existir índio, imputável, e que pela vivência em grupo isolado de outras sociedades, conheça apenas o método de punição de sua tribo e não a lei penal brasileira (erro de proibição).

Por outro lado, existe índio imputável que conhece o ilícito do fato, dado legislação brasileira, mas não a compreende, tendo em vista que em sua tribo, tal fato é lícito (erro culturalmente condicionado). Este último, utilizado analogamente ao art. 21 do Código Penal, que trata do erro de proibição.

É concluído, também, que a inexigibilidade de conduta diversa é outra alternativa de excludente de culpabilidade sempre que, o índio imputável e com consciência (conhecimento e compreensão) da ilicitude, contraria a lei, por ter internalizado valores conflitantes com os valores contidos na norma, o que torna

inexigível a sua conduta conforme o direito penal brasileiro.

Em todos os casos, caso não haja conflito de valores culturais entre o do índio e de não-índio, não haverá incidência de excludente de culpabilidade, atentando-se apenas para a forma de sanção adequada aos seus costumes.

Nesse sentido, a conformidade da conduta com os valores do povo a que pertence o índio deve ser necessariamente objeto de perícia antropológica. Assim, é indispensável o laudo antropológico feito por antropólogo, traduzindo os costumes, tradições, crenças do índio, e esclarecendo de que modo essas características interferem ou não na culpabilidade do índio, dando subsídios ao juiz para que julgue de maneira justa.

O laudo pericial antropológico é necessário para que se evite que as decisões criminais de réus indígenas tenham por base uma visão de mundo universal, parâmetro para todos os contextos culturais, sem considerar a distinção cultural de cada grupo social.

A pesquisa científica do antropólogo, documentado em laudo, faz-se imprescindível, pois destaca a convivência social e cultural dos índios, importante para contribuir na atualização das legislações brasileiras indigenistas que encontram-se atualmente antiquadas.

Comprovamos então, que a concretude do multiculturalismo no ordenamento jurídico brasileiro, consiste em admitir que todas as etnias têm valor, que são de igual peso, não sendo permitido discriminá-las, devendo serem respeitados suas diferenças culturais individuais.

Os povos indígenas desejam o respeito sobre seu livre arbítrio de permanecerem ou não em sua cultura, não o favorecimento, não a tutela discriminatória, e não a mera tolerância de existirem.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. *Multiculturalismo e o Direito à Autodeterminação dos Povos Indígenas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

AMORIM, Elaine. O desafio do multiculturalismo na ação penal – Laudo pericial antropológico judicial em crime envolvendo indígena. *Revista IBCCRIM*, v. 12, n. 46, 2004.

AMORIM, Elaine. Parecer técnico nº 57/2008: pluralismo jurídico. In: *Reunião Anual de Antropologia*, nº 26, 2008, Porto Seguro, p. 1-2, Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/atuacao-do-mpf/parecer-tecnico/PT_N57_2008.pdf> Acesso em: 17 mar. 2014.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

BARTH, Frederik. *Ethnic Groups and Boundaries*. Bergen-Oslo: Universitets Forlaget, 1969.

BRASIL, Código Penal. *Vade Mecum Compacto*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. (1988) *Vade Mecum Compacto*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. In: MAGALHÃES, Edvard Dias (Org.). *Legislação Indigenista Brasileira e normas correlatas*. Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus nº 30113/MA*, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 05/10/2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 17. mar. 2014.

BRASIL. TRF-3 - RSE: 5381 SP 0005381-95.2008.4.03.6108, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, Data de Julgamento: 26/02/2013, SEGUNDA TURMA. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/2700083>>. Acesso em: 28 mar. 2014

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal- parte geral*, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAVALCANTI, Fábio da Costa. A capacidade civil e a culpabilidade penal dos indígenas em face da Constituição de 1988. *Revista da AGU*, v. 4, nº 6, p. 44, 2005.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. A atuação dos antropólogos no Ministério Público Federal. In: LEITE, Ilka Boaventura (org.). *Laudos Periciais Antropológicos em debate*. Florianópolis: NUER/ABA, 2005.

CASTRO, Marcela Baudel de. A culpabilidade dos indígenas à luz das exculpantes penais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3553, 24 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23972>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

CASTRO, Marcela Baudel de. O tratamento jurídico-penal conferido aos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3560, 31 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24072>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

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

COLAÇO, Thais Luzia. *Elementos de Antropologia Jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

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

d' ADESKY, Jacques. *Pluralismo Étnico e Multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil*. 1ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Pallas, 2009.

DALLARI, Dalmo; LEITÃO, Sérgio Leitão; ANTUNES, Paulo de Bessa; MONTERO, Paula. *Direitos Indígenas: Debate com Paula Montero, Dalmo Dallari, Sérgio Leitão e Paulo de Bessa Antunes*. *Revista Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, n.º. 69, p. 66, julho 2004. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/MONTERO%20et%20al_Direitos%20Indigenas.pdf>. Acesso em 15 mar. 2014>.

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

FIGUEIREDO, André Luiz Videira de. A constituição de 1988 e o Marco do Multiculturalismo: o caso das comunidades remanescentes de quilombo. *Revista da Faculdade de Direito de Cândido Mendes*, v. 13, n.13, 2008.

GAIGER, Júlio M. G. *Direitos Indígenas na Constituição Brasileira de 1988 e outros ensaios*. Brasília: CIMI, 1989.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GEERTZ, Clifford. O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Direito Penal: parte geral*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Mércio Pereira. *Índios e o Brasil: Ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

HELM, Cecília Maria Vieira. A etnografia, a perícia e o laudo antropológico nos processos judiciais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, vol. 1, nº 15.

LEITÃO, Raimundo Sergio Barros. Natureza do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena – a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Org.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

LEITE, Ilka Boavetura (org.). *Ética e Estética na Antropologia*. Florianópolis: PPGAS/CNPq, 1998.

LEITE, Ilka Boavetura (org.). *Laudos periciais antropológicos em debate*. Florianópolis: NUER/ABA, 2005.

LÉON-PORTILLA, Miguel. América Latina: múltiplas culturas, pluralidade de línguas. *Revista Tempo Brasileiro- América Latina: vias e desvios*, Rio de Janeiro, n. 112-123, 1995.

LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira; SILVA, Orlando Sampaio. (Org.) *A Perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1994.

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

MAGALHÃES, Edvard Dias (Org.). *Legislação Indigenista Brasileira e normas correlatas*. Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003.

MARCKZYNSKY, Solange Rita. Índios: Temas Polêmicos. *Revista de informação legislativa*, v.28, nº 111, jul./set. de 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175910>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Dijon de. *Caderno de Estudos Avançados em Design*. Barbacena: Editora da Universidade do Estado de Minas Gerais, 2013.

NAHUM, Marco Antônio R. *Inexigibilidade de conduta diversa – causa supralegal – excludente de culpabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OIT. *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual*. 1ª edición. France: Dumas-Titoulet Imprimeurs, 2003.

OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. 5ª ed. Brasília, OIT, 2011.

OIT. Convenção 169. In: MAGALHÃES, Edvard Dias (Org.). *Legislação Indigenista Brasileira e normas correlatas*. Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Desenvolvimento de Direitos Humanos: a Responsabilidade do Antropólogo*. Campinas: Ed. Da UNICAMP, 1992.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *O trabalho do antropólogo*. 2ª Ed. São Paulo: UNESP, 2006.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco. *Ensaio em Antropologia Histórica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Contexto Horizonte Ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos. (org.). *Sociedades Indígenas e o Direito*. Florianópolis: Ed. UFSC: CNPq, 1985.

PIOVESAN, HÉLIO Botelho. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 20, nº 96, jun 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1: parte geral. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

REGO, André Gondim do. *O trabalho do antropólogo no Ministério Público Federal*. Dissertação de mestrado. Brasília, UnB, 2007.

REZENDE, Guilherme Madi. *Índio - Tratamento Jurídico-Penal*. Curitiba, Juruá, 2009.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a Civilização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

RODRIGUES, Antônio Greco. Multiculturalismo. In: MORAES, Dijon de. *Caderno de Estudos Avançados em Design*. Barbacena: Editora da Universidade do Estado de Minas Gerais, 2013.

SALGADO, Juan Manuel. *Convenio 169 de La OIT sobre Pueblos Indígenas* (comentado y anotado). Neuquén: Educo, Universidad Nacional Del Comahue, 2006.

SÁNCHEZ, Luis E. Francia. *La aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado*. Disponível em: <http://www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/analisis_pleno/aplic_error.doc>. Acesso em: 30 mar. 2014.

SANTILLI, Juliana (Org.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: Senac, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª Ed. ICPC-Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Roberto O. A. A prova pericial através de laudo antropológico. In: LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira; SILVA, Orlando Sampaio. (Org.) *A Perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 1994.

SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Pluralismo, Muticulturalismo e Reconhecimento: Uma análise constitucional do direito dos povos indígenas ao reconhecimento. Curitiba: *Revista Eletrônica UFPR*. Curitiba, v. 43, nº0, p. 03. 2005.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. (org.). *Sociedades Indígenas e o Direito*. Florianópolis: Ed. UFSC: CNPq, 1985.

SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, Larissa Tenfen. O multiculturalismo e a política de reconhecimento de Charles Taylor. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. vol. 11 n. 2, Jul-dez 2006.

SILVA, Orlando Sampaio. Circunstância atenuante ou dirimente. Compromisso ético do antropólogo. In: LEITE, Ilka Boaventura (org.). *Laudos Periciais Antropológicos em debate*. Florianópolis: NUER/ABA, 2005.

SOBRINHO, Oliveira. Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria. In: SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. *Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá Editora: ND, 1991.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. *Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá Editora: ND, 1991.

STOLKE, Verena. *A "Natureza" da Nacionalidade*. In MAGGIE, Yvonne; REZENDE, Cláudia B. Raça como retórica. Rio: Civilização Brasileira, 2002.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

THORNBERRY, Patrick. *International Law and Rights of Minorities*, New York: Oxford University Press, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VILLARES, Luiz Fernando (Org.). *Direito Penal e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema Del Derecho Penal*, Barcelona: Ariel, 1964.

YURETA, Gladys. *El indígena ante La Ley Penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciências Jurídicas Políticas, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZARZUELA, José Lopes; MATUNAGA, Minoru e THOMAZ, Pedro Lourenço. *Laudo Pericial: Aspectos Técnicos e Jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.