

A RESPONSABILIDADE PENAL DO INDÍGENA E A (I)LEGITIMIDADE DA DUPLA PUNIÇÃO

INDIGENOUS CRIMINAL RESPONSIBILITY AND THE (IL)LEGITIMACY OF DOUBLE PUNISHMENT

Ludmila de Paula Castro Silva

Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo-USP (aprovada summa cum laude). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia-MG. Professora da Escola de Direito do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Promotora de Justiça no Estado de Mato Grosso do Sul.

Pedro Pulzatto Peruzzo

Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Campinas, onde coordena a linha de pesquisa Cooperação Internacional e Direitos Humanos. Mestre e doutor em Direito pela USP. Advogado popular com experiência de trabalho com povos indígenas e filhos separados de pais com hanseníase no Brasil do século XX.

Rogério Sanches Cunha

Mestrando em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade de Campinas (PUC-Campinas). Professor da ESMPSP, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Mato Grosso e de Santa Catarina. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Assessor Criminal do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

Thiago Rodovalho dos Santos

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Professor Titular da PUC-Campinas (Graduação e Mestrado).

RESUMO

Este artigo tem o objetivo de sistematizar questões legais e problematizar alguns aspectos sobre a punição estatal de indígenas na hipótese de cometimento de crimes, com um olhar sobre as penalidades aplicadas no âmbito da aldeia por seus pares e também pelo estado brasileiro. Partiu-se da hipótese de que existem diretrizes legais objetivas para um tratamento equitativo do assunto apoiando-se no método hipotético dedutivo, trabalhando com elementos extraídos da Constituição, da legislação nacional, de tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e de recomendações do Conselho Nacional de Justiça, considerou-se, numa revisão bibliográfica, questões relativas ao direito às diferenças e às peculiaridades desses grupos cultural e socialmente diferenciados.

Palavras-chave: Povos indígenas; Direito Penal; Direitos Humanos; Interculturalidade.

ABSTRACT

This article aims to systematize legal issues and problematize some aspects of state punishment of indigenous people in cases of crimes, with a look at the penalties applied internally by the tribe by its members and also by the Brazilian state. Assuming that there are objective legal guidelines for an equitable treatment of the subject of this work, it is based on the hypothetical deductive method working with elements extracted from the Constitution, national legislation, international treaties enacted into the legal system by Brazil and recommendations of the National Council of Justice and considers, in a bibliographic review, issues related to the right to differences and the peculiarities of these culturally and socially differentiated groups.

Keywords: Indigenous people; Criminal Law; Human rights; Interculturality.

SUMÁRIO

Introdução. 1 povos indígenas e direito: breves notas sobre a evolução normativa. 2 o indígena como sujeito ativo culpável do injusto penal. 3 a punição dos indígenas que cometem crimes. 4 jurisdição penal indígena, dupla punição pelo mesmo fato e o princípio da vedação do “bis in idem”. 5 conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de sistematizar questões legais e discutir alguns aspectos sobre a punição estatal de indígenas na hipótese de cometimento de crimes, com um olhar especial sobre as penalidades aplicadas no âmbito da aldeia por seus pares.

Além de uma disposição bastante aberta contida no artigo 231 da Constituição Federal, reconhecendo aos índios sua organização social, costumes, crenças e tradições, o artigo 57 do Estatuto do Índio também adota orientação um tanto genérica ao dizer que será “tolerada” a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), incorporada como estatuto supralegal ao ordenamento jurídico brasileiro, diz que, na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. Diz, ainda, que as autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais levarão em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto e, no artigo 10, anuncia que, ao serem aplicadas sanções penais pela legislação geral a membros dos povos mencionados, serão aquilatadas as suas características econômicas, sociais e culturais, preferindo sanções sem encarceramento.

Em suma, apesar de conter disposições claras como a proibição da pena de morte ou de caráter cruel ou infamante e a preferência por tipos de punição outros que não o encarceramento, a matéria é tratada pela legislação com referência a termos e ideias bastante vagas, como “tolerar” e “na medida em que for compatível”.

Em 2019, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 287, a ser aprofundada durante todo este trabalho, estabelecendo normas ligadas ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dando diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário.

Inobstante a especificação de questões importantes, como a nomeação de intérprete e perícia antropológica, a referida resolução não confere maior concretude às disposições da Constituição, do Estatuto do Índio e da Convenção 169 da OIT, reservando para a consulta prévia as dúvidas que eventualmente surgirem no âmbito da atividade judicial. Apesar de a consulta prévia ser uma ferramenta extremamente importante para a cidadania dos povos

indígenas (PERUZZO, 2020), a Resolução nº 287/2019, do CNJ, não avança de forma suficiente no sentido de garantir a objetividade e segurança jurídica que deveriam permear a punição estatal de indígenas acusados de crimes, em especial daqueles que já foram punidos dentro da aldeia, pelos seus pares. Eis a justificativa e relevância deste trabalho.

Antes de darmos sequência às reflexões propostas, contudo, consideramos importante fazer um registro de natureza não apenas metodológica, mas também política. Nós, autores deste trabalho, não manifestamos identidade ou pertencimento a nenhum povo indígena e, por isso mesmo, temos a consciência de que falamos de um lugar social, cultural e político que se confunde com o lugar daqueles que historicamente ocuparam, de forma hegemônica, os espaços de criação, interpretação e aplicação das leis.

Esse reconhecimento merece ficar registrado logo na introdução, pois não temos qualquer pretensão de produzir, neste trabalho, um discurso de autoridade, mas única e exclusivamente sistematizar ideias que possam, de forma minimamente organizada, contribuir para o processo de diálogo sobre a complexidade que reveste a aplicação da pena a indivíduos ou grupo de indivíduos culturalmente diferenciados de nós. Parafraseando Beltrão et alii (2017), temos consciência de que esse diálogo entre noções de justiça não ocorre com paridade de armas, pois o Estado brasileiro se constituiu olvidando etnicidades e engendrando políticas de homogeneização e integração dos grupos diferenciados à “sociedade nacional”. E, mais que isso, temos consciência de que: “A conversa entre as sensibilidades jurídicas no país ocorre na forma do que Yrigoyen Fajardo (2011) denomina *pluralismo jurídico subordinado colonial*, isto é, de modo a não reconhecer noções de direito que não sejam as provenientes do Estado.” (BELTRÃO et. Alii., 2017).

Trata-se, portanto, de um esforço conjunto para deixar algumas contribuições que somem no diálogo necessário entre variados sistemas de justiça e solução de conflitos que, no Brasil, marcam a realidade de um país culturalmente plural e diferenciado. Essa questão é relevante, ademais, se considerarmos a ilegalidade de qualquer medida legislativa ou administrativa que, podendo afetar os povos indígenas, partissem exclusivamente deste texto e caminhassem no sentido de uma consolidação sem prévia consulta aos povos interessados, uma vez que o artigo 6º da Convenção 169 da OIT, incorporada no Brasil pelo Decreto 5.051/2004, e consolidada no Decreto 10.088/2019, dispõe claramente sobre a obrigatoriedade de consulta.

Nas palavras de Pierre Clastres (2004, p. 87), o Estado “[...] é, por essência, o emprego de uma força centrípeta que tende, quando as circunstâncias o exigem, a esmagar as forças centrífugas inversas”. Assim sendo, temos consciência de que o Estado, sob os argumentos

sustentados ao longo da história sobre a inferioridade de raças não brancas¹ ou sob o argumento do integracionismo, representou e, de certo modo, ainda representa um projeto colonial de destruição dos modos de vida dos povos originários², ainda que a Constituição, os tratados internacionais incorporados e a legislação nacional assegurem o direito às diferenças culturais a esses povos. Em outros termos, temos consciência de que, ao longo da história, os povos indígenas foram vítimas de inúmeros crimes, de estupros a assassinatos em massa, passando por tortura, difamação, sequestro e redução a condição análoga a escravidão. Temos consciência, por fim, do papel a ser desenvolvido pelo Estado brasileiro para que esses crimes, ainda hoje recorrentes, não sigam sem a devida apuração e os danos sem reparação.

Por outro lado, como núcleo deste estudo, analisamos casos de crimes cometidos por indígenas. E, considerando que o monopólio estatal do uso da força é um fato da realidade - e que esse fato orienta (ou deveria orientar) a atuação das instituições no cumprimento da legislação e do pacto constituinte vigente -, nossa contribuição busca evitar um deslize incauto para o relativismo absoluto que, ao fim e ao cabo, poderia representar o descaso com a necessidade de diálogo franco para que o conteúdo dos direitos humanos pudesse ser realizado de forma a considerar a realidade da pluralidade que marca a sociedade brasileira. Como afirma Rouanet (1993, p. 258), alguns relativistas ficam tão ansiosos para mostrar que não são colonialistas que se esquecem de que a melhor maneira de tratar os homens como iguais é argumentar com eles, e que o modo mais devastador de desprezá-los é não se dar o trabalho de discordar deles.

Por tudo isso, temos que levar em conta que, em muitos casos, a “chegada” do Estado no cotidiano de um povo tradicional pode gerar uma dependência que, se no início poderia não ser desejável (exatamente tendo em vista a perspectiva de respeito às práticas tradicionais), posteriormente pode exigir exatamente a manutenção do aparato estatal, por exemplo, na forma de serviços públicos. E isso não pelo fato de os serviços públicos serem melhores, mas porque, com a sua implementação, as práticas tradicionais podem ser perdidas, abandonadas e, como já conta a nossa história, criminalizadas pelo próprio Estado.

¹ A respeito das correntes que sustentaram uma hierarquia racial entre seres humanos, e como as bases teóricas e metodológicas dessas correntes foram manipuladas e influenciaram os cursos de Direito no Brasil, conferir Gould (1999) e Schritzmeyer (2010).

² O mexicano Pablo Gonzales Casanova apresenta uma ideia importante para pensarmos as formas modernas de colonialismo: “A definição do colonialismo interno está originalmente ligada a fenômenos de conquista, em que as populações de nativos não são exterminadas e formam parte, primeiro do Estado colonizador e depois do Estado que adquire uma independência formal, ou que inicia um processo de libertação, de transição para o socialismo, ou de recolonização e regresso ao capitalismo neoliberal. Os povos, minorias ou nações colonizadas pelo Estado-nação sofrem condições semelhantes às que os caracterizam no colonialismo e no neocolonialismo em nível internacional” (LINERA, 2008, p. 209).

Nos tópicos seguintes, logo depois de lembrar a evolução normativa envolvendo povos indígenas, vamos debater quando e como incide o direito penal sobre o índio autor de crime, sua punição pelo Estado e possivelmente pela aldeia e a forma de executar as respectivas penas, notadamente sob o olhar da vedação do “*bis in idem*” (ou da dupla valoração negativa em face do mesmo fato).

Trata-se, ademais, de mais uma oportunidade para que os profissionais que atuam no sistema de justiça possam se deixar afetar por experiências do campo e transformar essas experiências em tema de pesquisa³.

1 POVOS INDÍGENAS E DIREITO: BREVES NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO NORMATIVA

O reconhecimento legal dos direitos indígenas no Brasil atravessa intrincado processo, marcado por delongado caminho de luta por sobrevivência, disputa por terras e busca por respeito a direitos essenciais, como alimentação, educação, saúde e segurança. Sem olvidar disposições normativas editadas no período colonial, a previsão da integração do indígena à sociedade nacional somente ganhou respaldo relevante nas Constituições Federais brasileiras de 1934 e 1967 (Emenda Constitucional nº 1/1969), assim como no Estatuto do Índio, enunciado pela Lei nº 6.001/1973, que em seu artigo 1º traz expressamente o propósito de preservar a cultura dos índios e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional⁴.

³Lima e Baptista (2014) dizem o seguinte sobre isso: “Entretanto, é preciso de início esclarecer que a pesquisa empírica é um desafio significativo para o campo do Direito, seja porque os seus operadores não estão socializados com essa metodologia, seja porque estão acostumados a pensar o Direito a partir de ideais abstrato-normativos (dever-ser) que costumam obscurecer a visão do campo para práticas e rituais que os contrariam, que se tornam objeto de estigma e, no limite, de denúncia, acusação e criminalização, não de pesquisa. Além do fato de que, socializados na lógica do contraditório, da *disputatio*, seja no processo, seja na produção da dogmática, os juristas são muito pouco afeitos à lógica da argumentação, voltada para consensualizações provisórias e sucessivas”.

⁴Uma visão geral sobre o Estatuto do Índio em vigor nos revela que a Lei 6.001/73 conta com 68 artigos, divididos em 7 títulos. Predominam dispositivos envolvendo questões afetas a terras dos índios (Título III) e bens e renda do patrimônio indígena (Título IV). No bojo da norma o legislador previu princípios que regem a matéria (Título I), assegurou direitos civis e políticos (Título II), tratou da educação, cultura e saúde (Título V), bem como normas penais (Título VI). O Estatuto encerra a matéria com disposições gerais (Título VII). Lendo e relendo a Constituição de 1988 não parece complexo perceber que aos povos indígenas foi reservado assento de destaque, consagrando a diversidade cultural e étnica como eixo norteador das demais normas sobre o tema. Esse reconhecimento converge para a não recepção do artigo 1º do Estatuto e de outros dispositivos, como por exemplo, o artigo 7º, que sujeita ao regime tutelar os índios e as comunidades indígenas consideradas, até a Constituição de 1988, não integradas à comunhão nacional. Tramita perante a Câmara dos Deputados, desde 1991, o Projeto de Lei 2.057, dispondo sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas, projeto que já recebeu diversos substitutivos. Caso aprovado e sancionado, revogará o atual Estatuto do Índio, promovendo mudanças significativas na matéria.

Apesar das vozes que se levantaram contra as “guerras justas”⁵ e que também alertaram para que os projetos de integração não fossem reduzidos à proposta eugenista contida no artigo 138, “b”, da Constituição de 1934⁶, a Constituição de 1988 avançou no sentido de considerar os povos indígenas como parte da sociedade nacional e focou numa inclusão pelo acesso a direitos, e não pela negação de identidades. É o que consta no texto final da Comissão Nacional da Verdade, especificamente no eixo temático sobre “Violações de direitos humanos dos povos indígenas”:

Tais violações perduraram até a promulgação da Constituição de 1988 e muitos dos seus efeitos permanecem até os dias atuais, apontando para a necessidade de completar o processo de justiça transicional aos povos indígenas, ainda em curso no Brasil. Ao superar juridicamente o paradigma do integracionismo, que concebia os “modos de ser” indígenas como condição a ser superada, a Constituição de 1988 se apresenta como principal marco de anistia aos povos indígenas (BRASIL, 2014, p. 252).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 demonstrou atenção à política indigenista, quebrando o paradigma integracionista e reconhecendo aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (artigo 231⁷). Positivou-se a possibilidade de que os índios, suas

⁵ João Pacheco de Oliveira e Carlos A. R. Freire (2006) explicam: “As “guerras justas” para aprisionamento dos índios *hostis* tinham sua legislação baseada num imaginário difuso sobre práticas indígenas “bárbaras” – canibalismo, poligamia etc. Tal imaginário era sempre acionado em defesa dos interesses econômicos dos colonos. [...] Foi com base nessas representações, associadas a argumentações de distintas ordens, que se construiu a crença (que se naturalizou como certeza) do caráter filantrópico e humanitário da intervenção colonizadora.”

⁶ O artigo 138, “b”, da Constituição de 1934 dizia que incumbiria à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas, estimular a educação eugênica. A educação eugênica pretendia a purificação racial. Gould (1999) explica: “As justificações pré-revolucionárias da hierarquia racial adotaram duas modalidades. O argumento “mais brando” – retomando definições impróprias de um ponto de vista moderno – sustentava a unidade de todos os povos através da criação única de Adão e Eva. Esta concepção foi denominada monogenismo, ou origem a partir de uma única fonte. As raças humanas são produtos da degeneração da perfeição do Paraíso. A degeneração atingiu diversos níveis, menor no caso dos brancos e maior no caso dos negros. O clima foi o fator invocado com mais frequência como principal causa da distinção racial. Quanto à possibilidade de remediar os defeitos apresentados por certas raças modernas, as opiniões dos degeneracionistas estavam divididas. Alguns afirmavam que, embora gradualmente geradas sob a influência do clima, as diferenças já estavam definidas e eram irreversíveis. Outros argumentavam que o fato de ter sido gradual esse desenvolvimento tornava possível a reversão em um meio ambiente adequado. [...] Mas outros degeneracionistas achavam que os resultados benéficos do clima não se manifestariam com rapidez suficiente para provocar algum tipo de repercussão na história humana. O argumento “duro” prescindiu da versão bíblica por considerá-la alegórica, e afirmou que as raças humanas eram espécies biológicas separadas e descendiam de mais de um Adão. Como os negros constituíam uma outra forma de vida, não participavam da “igualdade do homem”. Os proponentes deste argumento foram chamados “poligenistas”. A esse respeito, conferir também interessante trabalho de Simone Rocha (2014), intitulado “Educação eugênica na constituição brasileira de 1934”, que analisa os *Annais da Assembleia Nacional Constituinte de 1933/1934* e aponta para um conjunto de discursos de parlamentares em relação à defesa da educação eugênica e posteriores visitas a programas implementados por Adolf Hitler na Alemanha nazista.

⁷ O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 79.530, Rel. Min^o Ilmar Galvão, DJ de 25-02-2000, estabeleceu que é de natureza civil, e não criminal, a tutela que a carta constitucional estabeleceu no caput do art. 231, não

comunidades e organizações vindiquem os seus direitos e interesses em juízo, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (artigo 232).

Firmada a nova ordem constitucional, relevante citar outras normas supervenientes – algumas já referidas na introdução - que procuram, em menor ou maior grau, assegurar a proteção do indígena e de sua cultura: a) Decreto nº 26, de 4/2/1991, que trata da educação indígena no Brasil; b) Decreto nº 1.775, de 8/1/1996, que dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas; c) Decreto nº 3.156, de 27/8/1999, que estabelece as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Ministério da Saúde; d) Decreto nº 7.747, de 5/6/2012, que dispõe sobre a política nacional de gestão territorial e ambiental de terras indígenas (PNGATI); e e) Resolução nº 287, de 25/6/2019, do Conselho Nacional de Justiça, que estabelece procedimentos relativos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário.

A Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais caminha em sintonia, também, com o preceito constitucional do artigo 215 da CF/1988, que traduz o compromisso do Estado de garantir o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, bem como apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. Vale registrar, nesse tanto, o teor do artigo 216 da Carta Maior que, no inciso II, reconhece como patrimônio cultural brasileiro os modos de criar, fazer e viver dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

2 O INDÍGENA COMO SUJEITO ATIVO CULPÁVEL DO INJUSTO PENAL

Como esclarecido na introdução, o presente trabalho tem como objetivo principal sistematizar questões legais envolvendo a punição estatal de indígenas que cometeram crimes, merecendo olhar especial para aqueles que receberam, também, alguma punição na aldeia.

Algumas perguntas servirão de norte para o desenvolvimento do presente tópico: quem é o indígena a fazer jus à série de tratamentos diferenciados insculpidos no Estatuto? Todos têm capacidade de responder penalmente por fatos cometidos dentro e fora da aldeia? O indígena, a depender do seu grau de inadaptabilidade, pode ser considerado pessoa com desenvolvimento

se podendo confundir os respectivos direitos concedidos aos índios com o dever do Estado em proteger-lhes a vida e a integridade física, dever não restrito aos indígenas, mas estendido a todas as demais pessoas.

mental incompleto? Ou deve ser aquilatada em campo diverso, como na potencial consciência da ilicitude?

Vamos começar definindo o sujeito ativo especial. Na esteira do artigo 3º da Lei nº 6.001/1973, considera-se índio ou “silvícola” 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. O mesmo dispositivo define comunidade indígena ou grupo tribal como um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em Estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.

Os indígenas ainda são classificados, no artigo 4º da Lei nº 6.001/1973, em: I – Isolados, ou seja, 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, ou seja, 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, ou seja, quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Considerando que o Brasil incorporou a Convenção 169 da OIT como estatuto supralegal⁸, a autoidentificação deve ser considerada nesse debate, pois o artigo 1º, item 2, diz que a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.

⁸ O artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição, estatui que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. No Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, de 03 de dezembro de 2008, o STF atribuiu estatuto supralegal aos tratados e convenções de direitos humanos não incorporados como emenda. O art. 84, VIII, da Constituição diz que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. O art. 49, I, por sua vez, diz que é de competência exclusiva do Congresso resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. O Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279-4 (República Argentina), fixou entendimento no sentido de que a incorporação de tratado ou convenção internacional exige, primeiro, a assinatura pelo Chefe do Executivo nacional, depois referendo do Congresso, depósito do documento de ratificação na respectiva organização internacional (o que inicia a vigência e consequente responsabilidade internacional do Estado) e, por fim, a promulgação e publicação do texto no Diário Oficial, quando passa a ter vigência interna e vincular também internamente o Estado e os particulares.

Peruzzo e Ozi (2020) sustentam que o direito à autodeclaração tem tanto uma dimensão cultural de pertencimento a um grupo étnico ou racial específico, como também uma dimensão subjetiva, relacionada à personalidade do sujeito que titulariza e luta por direitos. O direito à autodeclaração, nesse sentido, é um desdobramento do direito à personalidade jurídica, considerando a indispensabilidade da condição de índio para a legitimidade de muitas lutas por direitos, como as lutas por cotas e pela terra tradicional. E, sobre isso, a Resolução nº 287/2019 do CNJ, no artigo 3º, diz que o reconhecimento da pessoa como indígena se dará por meio da autodeclaração, que poderá ser manifestada em qualquer fase do processo criminal ou na audiência de custódia.

No que tange aos fundamentos da teoria do delito, o tratamento jurídico-penal do indígena constitui tema que gera diversos embates, especificamente quanto à culpabilidade, em seu aspecto afeto à imputabilidade (capacidade de imputação).

Sobre esse tema, Juarez Tavares (2018, p. 418) explica que Claus Roxin, ao debruçar-se sobre a culpabilidade, afirma que seu conceito está ligado à ideia de acessibilidade normativa, ou seja, agente culpável é aquele que, em virtude de sua constituição psíquica e mental estava, no momento da prática do fato, em condições de atender ao apelo da norma.⁹ Já Reinhard Merkel, trabalha com dois conceitos: receptividade e reatividade. Dessa forma, o agente deve ser receptivo ao ser capaz de sentir o sentido da norma; e depois, ter a capacidade de reagir adequadamente a essa receptividade ou compreensão da norma.

Refletindo sobre a condição do indígena, as lições de Roxin e Merkel são perfeitamente aplicáveis, pois as ideias citadas colocam no centro do debate a acessibilidade normativa, que é capaz de superar a antiga discussão sobre a existência ou não da liberdade de vontade ou poder de agir de um sujeito culturalmente diferenciado.

Júlio Mirabete e Renato Fabbrini (2012, p. 199), por sua vez, lecionam que o indígena pode ser incluído na cláusula de desenvolvimento mental incompleto¹⁰, desde que fique demonstrada sua inadaptação à vida no meio civilizado. Anotam que não se trata de algo patológico ou teratológico, mas da ausência de adaptação à vida social de nosso nível às normas

⁹ Nesse sentido: “*Si se pudiera probar que una persona era alcanzable en la situación concreta por el llamado de la norma (‘asequible normativamente’), y era receptible a posibilidad normal de ser determinado por motivos – lo cual puede, en principio, ser investigado empíricamente – partimos de que este, al tomar una decisión contra el Derecho, ha actuado culpablemente*” (ROXIN, 2016, p. 290).

¹⁰ Este é o entendimento adotado na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 e assentado na doutrina tradicional, podendo ser citado na mesma linha a lição de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 290): “O desenvolvimento mental incompleto ou retardado consiste numa limitada capacidade de compreensão do ilícito ou da falta de condições de se autodeterminar, conforme o precário entendimento, tendo em vista ainda não ter o agente atingido a sua maturidade intelectual e física, seja por conta da idade, seja porque apresenta alguma característica particular, como o silvícola não civilizado ou o surdo sem capacidade de comunicação.”

complexas que a regulam e aos critérios de valores de nossos julgamentos que colocam os indígenas em condição de incapacidade total ou parcial de entendimento e orientação volitiva na qualidade e grau exigidos pela legislação penal. Ressaltam que não basta a condição de indígena, exigindo-se exame apurando a inadaptação.

Esse entendimento sobre desenvolvimento mental incompleto, apesar da intenção de contribuir para o debate, deixa de considerar uma série de fatores importantes. Não nos parece correto recorrer ao campo do desenvolvimento mental incompleto para tratar de trocas e traduções interculturais. Durante muito tempo, os povos indígenas, e também os negros, foram considerados seres humanos inferiores sob o argumento do “desenvolvimento mental”. Alguns estudiosos se valiam do tamanho da cavidade craniana para estabelecer uma escala evolutiva entre raças. Ocorre que esses critérios foram estabelecidos mais com base em preconceitos que em evidências científicas.

A análise que Gould (1999) fez da produção de George Morton, grande colecionador de crânios, voltando aqui pra questão metodológica que nos interessa especialmente, tem um foco especial no método, que consistia em encher cavidades cranianas com sementes de mostarda peneirada e, após completar a cavidade, despejar as sementes em um cilindro graduado e obter o volume médio do cérebro em polegadas cúbicas. Quanto maior o crânio, mais no topo da escala evolutiva era colocada a “raça”. Gould estudou esse método e, analisando os crânios, verificou sérias inconsistências metodológicas.

Durante o verão de 1977, passei várias semanas reavaliando os dados de Morton (Morton, que se declarava objetivista, publicou todos os seus dados brutos; portanto, podemos inferir com bastante segurança os passos que empreendeu para chegar aos resultados exibidos pelos quadros). Em poucas palavras, e para dizê-lo sem rodeios, os dados resumidos dos quadros formam uma colcha de retalhos de falsificações e acomodações evidentemente destinadas a verificar determinadas crenças *a priori*. (GOULD, 1999).

A respeito da medição dos crânios indígenas, Gould (1999) comenta:

[...] o valor “correto” de 80,2 é excessivamente baixo, pois resulta de um procedimento inadequado. Os 144 crânios de Morton pertencem a índios de muitos grupos diferentes, entre os quais existem diferenças significativas com relação à capacidade craniana. [...] A amostragem de Morton apresenta-se distorcida devido à presença majoritária de crânios pertencentes a um grupo extremo: o dos incas peruanos, cujo cérebro é pequeno (eles constituem 25% da amostragem e sua capacidade craniana média é de 74,36 polegadas cúbicas). Por outro lado, os iroqueses, cujo cérebro é grande, estão representados apenas por 3 crânios (ou seja, 2% da amostragem).

Vale lembrar o que consta do preâmbulo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial da ONU, incorporada pelo Decreto 65.810 de 1969: “Convencidos de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificção para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum.”

Considerando essa forma preconceituosa de tratar as diferenças, bem como essa categorização em escala evolutiva dos diferentes grupos humanos misturando questões biológicas e culturais, é possível estabelecer uma relação com o evolucionismo analisado por Kuppe e Potz. Esses autores trabalham a forma pela qual eram estudados os sistemas jurídicos de povos ditos “primitivos”.

[...] trataron de incluir el material procedente de pueblos primitivos o exóticos en una ciencia jurídica general, y todo eso durante una época en la cual tales pueblos eran considerados como decadentes y obtusos por el resto de las ciencias europeas. (...) Sin embargo, justamente fue ese estudio el propósito de los primeros antropólogos jurídicos. Ellos se dedicaron primeramente a la búsqueda de escalas evolutivas en la historia del derecho, para explicar a las instituciones jurídicas a partir de contextos socioculturales, y no a partir de conciencias individuales. (KUPPE; POTZ, 1995).

Essa análise se conecta, ademais, com outras três categorias difíceis utilizadas por Júlio e Renato Fabbrini, quais sejam: “meio civilizado”, “vida social de nosso nível” e “normas complexas”. Estamos chamando essas categorias de “difíceis”, pois são categorias culturais e, como tais, reflexivas¹¹. Além disso, dificulta a compreensão de que a complexidade da nossa cultura não exclui a complexidade de outras culturas e que, ademais, nem mesmo seria correto traçar qualquer correspondência entre uma manifestação cultural e outra¹².

Pondera Marcela Baudel de Castro (2013) que, no Estatuto do Índio, a questão da culpabilidade é resumida ao critério da inimputabilidade, à luz da divisão já ultrapassada entre índios isolados, integrados e em vias de integração. Entende, assim, que são inimputáveis os

¹¹ A busca por uma definição de “etnia” e “cultura”, parafraseando Manuela Carneiro da Cunha (2009, p. 235), já foi responsável pela derrubada de árvores demais, tantas foram as páginas dedicadas a essa empreitada. Certamente, pois a definição desses termos enfrenta, de início, um obstáculo epistemológico, na medida em que definir cultura seria uma atividade metalinguística reflexiva, ou seja, um esforço para se definir um discurso sobre o outro por meio dos conceitos típicos desse próprio discurso (que não é do outro). Nesse sentido, entendemos que vale a pena considerar que é exatamente em razão da verificação de uma metalinguagem reflexiva na busca pela definição de cultura que, sem a pretensão de coerência, mas apenas de completude (como afirmou a própria autora), Manuela Carneiro da Cunha estabelece uma distinção entre cultura e “cultura” (com aspas).

¹² Nesse sentido, Lévi-Strauss (1993, p. 339) diz que apesar de as sociedades indígenas utilizarem instrumentos semelhantes, por exemplo, aos utilizados por sociedades paleolíticas, (...) “a elaboração do material, os tipos de instrumentos, sua destinação, portanto, eram diferentes, e uns nos ensinam pouco sobre os outros a esse respeito. Como, portanto, poderiam instruir-nos sobre a linguagem, as instituições sociais ou as crenças religiosas?”

índios isolados, imputáveis os integrados, e a depender de exame antropológico será definida a capacidade de imputação dos índios em vias de integração, os quais, em sua maioria, apresentam-se como semi-imputáveis¹³.

Para nós, a condição de índio não integrado não gera presunção de incapacidade penal. A regra é a sua imputabilidade, que poderá ser afastada por critérios válidos para qualquer cidadão, ou seja, quando doente mental, menor de 18 anos na data dos fatos ou tomado por embriaguez acidental completa. Não se descarta, entretanto, diante do caso concreto, que a sua não integração seja causa excludente da culpabilidade, seja por ausência de potencial consciência da ilicitude (erro de proibição), seja por motivo supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, na linha do que sustenta Cunha (2020, p. 369) e de forma alinhada à forma como a Constituição de 1988 passou a tratar os povos originários. Nesse sentido, explica Víctor Gabriel Rodríguez:

No Brasil, em que ainda resta alguma população indígena não de todo integrada ao resto da sociedade, há que se questionar acerca da imputabilidade do índio. Mas esse questionamento deve necessariamente partir do abandono da antiga concepção de que o índio não integrado não tem desenvolvimento mental completo. Ainda que se reconheça, por questões antropológicas que aqui não cabe aprofundar, que a sociedade indígena se encontra em uma fase anterior de desenvolvimento – o que ainda assim é muito relativo –, não há qualquer sustentáculo, sequer jurídico, para que ao indígena não integrado se o considere de algum modo mentalmente incapacitado. O que pode ocorrer ao índio não integrado é que a ignorância acerca dos valores vigentes na sociedade não indígena possa impedir o conhecimento da proibição de alguns delitos. Não se trata apenas de conhecer a lei penal – que nesse contexto é o menor dos problemas –, mas da absorção ou não dos valores que são subjacentes à norma jurídico-penal. Se o ser humano aprende por imitação, há que se saber reconhecer que uma atitude que nos pareça abjeta pode representar um valor positivo a outra cultura. Em algumas tribos da Amazônia, matar o recém-nascido, o ancião ou o doente é atitude socialmente valorada para a manutenção do grupo (RODRÍGUEZ, 2010, p. 284-285).

Sem destoar da nossa linha de raciocínio, explica Monia Peripolli Dias (2014) que não se sustenta mais o critério de que os indígenas possuem mentalidade incompleta ou retardada, visto que, ocorrendo essa colisão cultural, importa tão somente perquirir se, de acordo com a

¹³ Aliás, para Marcela Castro, a redução da pena trazida pelo Estatuto do Índio será aplicada subsidiariamente à diminuição presente no art. 26, parágrafo único, do CP (culpabilidade reduzida), pressupondo esta que o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. De fato, anotando a premissa de que a imputabilidade situa-se em campo diverso do conceito social referente ao nível de integração do indígena, importante reconhecer que fica inviável a aplicação concomitante e sobreposta, neste aspecto da dosimetria da pena, do Estatuto do Índio e do Código Penal, porque a mesma circunstância afeta à ausência – ainda que parcial – de compreensão do indígena sobre o caráter ilícito do fato justifica tanto a incidência de atenuante, na forma do artigo 56 da Lei nº 6.001/1973, como da causa de diminuição de pena, com lastro no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal.

sua cultura e seus costumes, o indígena tinha condições de compreender o caráter ilícito daquela conduta positivada como crime, segundo os padrões da cultura da sociedade envolvente.

Para arrematar, vale a pena lembrar a lição de Edilson Vitorelli (2018, p. 391) quando afirma que a aplicação do erro de proibição traduziria a compatibilização do Direito Penal com o respeito constitucional à organização social, costumes, crenças e tradições indígenas¹⁴, visto que a seleção de condutas reprováveis penalmente tem sustentáculo marcadamente cultural, de modo que podem não coincidir com os bens eleitos por uma cultura distinta. Defende, portanto, que a reprovação imposta pelo Direito Penal só recairia sobre a conduta do índio que conhecesse os valores tutelados pela norma penal e tivesse vontade livre e consciente de transgredir o bem jurídico.

3 A PUNIÇÃO DOS INDÍGENAS QUE COMETEM CRIMES

A punição do indígena condenado pela prática de crime e a execução da sanção têm regramento especial no Estatuto do Índio, instrução a ser observada pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o artigo 56 do Estatuto determina que, em caso de condenação, a pena deverá ser atenuada de acordo com a maior ou menor integração do sentenciado, respeitando-se os parâmetros estabelecidos no artigo 4º.

Esta norma está revestida de simplicidade e vagueza em sua redação, considerada a complexidade de seu reflexo, gerando celeuma em sua aplicação. A jurisprudência prevalente concentra-se em designar que a disposição abrange somente o indígena não integrado à comunhão nacional¹⁵.

A análise do processo de integração ou não do indígena é complexa e parte de variados critérios, diversos da autoidentificação, a saber: a fluência na língua portuguesa, o grau de escolaridade, a habilidade para condução de veículos automotores, a qualidade de eleitor, o nível de ingerência em organização criminosa, a desenvoltura para a prática criminosa e outras¹⁶.

¹⁴ O Projeto de Lei 2.057/1991 adota o critério do erro de proibição no que concerne à alocação da culpabilidade do indígena, distanciando-se da mera atribuição de inimizabilidade, conforme seu artigo 90.

¹⁵ Sobre a possibilidade de atenuar a pena com base no artigo 56 do Estatuto do Índio apenas para indígena não integrado, conferir decisão do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.361.948/PE, publicado em 16/09/2013 e decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região na Apelação nº 200683050003400, publicado em 26/11/2008.

¹⁶ Afastando alegação de inimputabilidade do réu, conferir decisão da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus nº 30.113/MA, publicado em 16/11/2004, onde foi considerada 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.

Todavia, a jurisprudência majoritária na seara criminal faz a conjugação com outros critérios, evitando que pessoas que convivem plenamente na sociedade não indígena, ainda que tenham raízes étnicas indígenas e assim se reconheçam, sejam beneficiadas com a atenuação da pena sem respaldo em critério razoável que estabeleça o entrelaçamento adequado com a desequiparação concedida. Em outros termos, a qualificação como indígena não pode gerar uma atenuação automática da pena, assim também como não provoca a sua inserção em regime especial de aprisionamento, pelo simples fato de possuir tal raiz étnica.¹⁷

Nesta senda, ainda que o artigo 56 do Estatuto do Índio faça menção à necessidade de atender ao grau de integração do indígena, teria sido mais técnico e hialino se fizesse tal especificação como procedeu em outros dispositivos da lei, já que o indígena que convive e conhece a legislação oficial do Estado brasileiro não perde sua qualidade intrínseca, ainda que passe a se relacionar com outras regras de convivência e organização social. Em sentido contrário à jurisprudência consolidada, se fosse avaliada somente a interpretação literal do artigo, face à ausência de designação classificatória, deveria ser a atenuante aplicada a todos os índios – sem prejuízo da incidência da limitação constante do Enunciado de Súmula do Superior Tribunal de Justiça nº 231¹⁸ –, já que o artigo dispõe que, além de considerá-la na aplicação da pena, o juiz deve também observar o grau de integração do indígena.

Entretanto, sobre o tema, verifica-se uma possível mudança de paradigma com a edição da Resolução nº 287/2019, do CNJ. No seu artigo 2º, dispõe que os respectivos procedimentos serão “aplicados a todas as pessoas que se identifiquem como indígenas, brasileiros ou não, falantes tanto da língua portuguesa quanto de línguas nativas, independentemente do local de moradia, em contexto urbano, acampamentos, assentamentos, áreas de retomada, terras indígenas regularizadas e em diferentes etapas de regularização fundiária”. Acrescenta o artigo 3º que “o reconhecimento da pessoa como indígena se dará por meio da autodeclaração, que poderá ser manifestada em qualquer fase do processo criminal ou na audiência de custódia”.

O CNJ considerou, por consequência, a possibilidade de autodeclaração da pessoa indígena no âmbito do processamento criminal e, caso isto ocorra, a autoridade judicial “deverá indagar acerca da etnia, da língua falada e do grau de conhecimento da língua portuguesa (art. 3, § 2º, da Resolução nº 287/2019, CNJ)” e “remeter as cópias dos autos do processo à regional

¹⁷ Conveniente mencionar que, partindo da classificação do artigo 4º do Estatuto do Índio, em vários dispositivos ao longo do diploma há expressa referência ao grau de integração do índio, conforme se vê dos artigos: 2º, inciso II; 6º, parágrafo único; 7º, caput; 8º, caput; 12, caput; 16, §2º; 58, inciso III; e 59.

¹⁸ A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

da Fundação Nacional do Índio – FUNAI mais próxima em até 48 (quarenta e oito) horas” (art. 3, § 3º, da Resolução nº 287/2019, CNJ).

Quanto ao regime de cumprimento de pena, o parágrafo único do artigo 56 do Estatuto, especial em relação ao artigo 33 do Código Penal, determina que as penas de reclusão e detenção sejam cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos¹⁹ da habitação do condenado. Vale comparar a redação dos dispositivos em comento:

Art. 56, Estatuto do Índio: As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Art. 33, Código Penal: A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Percebam que o espírito da lei remete à manutenção do agente criminoso indígena em local que prestigie contato com sua cultura, encaminhando-o à Fundação Nacional do Índio - FUNAI²⁰ ou outro órgão federal de assistência aos índios, se houver. O preceito normativo traz comando de difícil execução, devido à ausência de estruturação da FUNAI para encarcerar pessoas condenadas, seja no que se refere à deficiência nos quesitos segurança e recursos humanos, seja pela desnaturação de sua função primeva. Em resumo, o legislador entrega para a FUNAI tarefa típica de execução de pena, destoando, por completo, da missão maior do órgão, o que acaba por refletir numa atuação muito aquém da esperada por todos, leia-se, legislador, sistema de justiça e a sociedade, aqui também compreendidos os indígenas.

Relevante mencionar que a Resolução nº 287/2019, do CNJ, prevê que, não sendo caso de seguir os mecanismos próprios da comunidade indígena para fins de responsabilização (artigo 7º), excepcionalmente, quando da definição da pena e do regime de cumprimento a serem impostos à pessoa indígena, a autoridade judicial deverá considerar as características culturais, sociais e econômicas, suas declarações e a perícia antropológica, de modo a: I - aplicar penas restritivas de direitos adaptadas às condições e prazos compatíveis com os costumes, local de residência e tradições da pessoa indígena; II - considerar a conversão da multa pecuniária em prestação de serviços à comunidade, nos termos previstos em lei; e III - determinar o cumprimento da prestação de serviços à comunidade, sempre que possível e mediante consulta prévia, em comunidade indígena (artigo 9º).

¹⁹ Transcrição feita nos exatos termos que constam na Lei nº 6.001/1973, em que pese o erro de concordância nominal.

²⁰ Foi criada por via da Lei nº 5.371, em 1967, com o intuito de ser o principal órgão oficial indigenista do Brasil.

O CNJ arrematou este ponto ao deliberar, no artigo 10 da supramencionada Resolução, que não havendo condições para aplicação do disposto nos artigos 7º e 9º, a autoridade judicial deverá aplicar, sempre que possível e mediante consulta à comunidade indígena, o regime especial de semiliberdade previsto no art. 56 da Lei nº 6.001/1973, para condenação a penas de reclusão e de detenção. Para tanto, a autoridade judicial poderá buscar articulação com as autoridades comunitárias indígenas da Comarca ou Seção Judiciária, bem como estabelecer parceria com a FUNAI ou outras instituições, com vistas à qualificação de fluxos e procedimentos.

Nesse ponto, pairam fundadas dúvidas sobre a precisão do cumprimento da pena e da fiscalização da respectiva execução, uma vez que não se pode depreender que o regime especial de semiliberdade fiscalizado por autoridades indígenas ou FUNAI tenha os mesmos rigores da execução de pena tradicionalmente observada pelo Estado. O risco de ineficácia de resposta ao crime é imenso, pois, sem o alcance dos olhos e das mãos do Estado, a pena aplicada ao indígena, fiscalizada por um par, pode ganhar características diversas daquelas pretendidas e necessárias à prevenção geral e específica do delito. E isso pode se agravar em situações como violência contra a mulher, crianças, idosos e outros sujeitos vulnerabilizados. Situação bastante complexa se considerarmos, ademais, que nem sempre o aparato estatal dá conta de cumprir com o seu papel em razão das questões que trouxemos para o centro da reflexão que norteia este artigo²¹. Em outros termos, a própria dimensão pedagógica da pena pode se perder nesse caminho se não forem consideradas todas as questões ora alertadas.

Levando em consideração que o parágrafo único do artigo 56 da Lei nº 6.001/1973 faz alusão ao regime de cumprimento de pena, atrela-se à fase de execução, não podendo ser invocado no caso de prisão cautelar. A prisão preventiva, por exemplo, se justifica como forma de preservação da ordem pública e econômica, por conveniência (necessidade) da instrução criminal e como garantia da futura aplicação da lei penal.

Como aponta Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 53),

na técnica processual, as providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz.

²¹ “Mulheres indígenas também são vítimas de violência doméstica e ao acessar as medidas previstas na Lei Maria da Penha encontram tantos obstáculos que na maior parte dos casos se sentem mais vitimizadas do que protegidas.” (TALAMONE, 2022).

Tem, portanto, inegável caráter de uma prisão cautelar de natureza processual e, por conta disso, deve preencher os requisitos típicos de toda e qualquer medida cautelar, a saber, o “*fumus commissi delicti*” e o “*periculum libertatis*”. Sua finalidade e eficácia não parecem conviver com o espírito do artigo 56 do Estatuto do Índio.

4 JURISDIÇÃO PENAL INDÍGENA, DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO “BIS IN IDEM”

Partindo de uma perspectiva ampla e moderna, pode-se afirmar que a jurisdição tem por função atribuir significado e aplicação aos valores constitucionais. Em outros termos, a jurisdição é a função do Estado que dá resposta às pretensões que lhe são apresentadas, dizendo o direito e dando significado concreto à aplicação dos valores constitucionais (NICOLITT, 2013, p. 63).

Essa função concentra-se nas mãos do Estado, detendo ele o monopólio do uso legítimo da força. Todavia, excepcionalmente, em algumas situações pontuais anunciadas pelo próprio sistema jurídico, o Estado admite o emprego de sanções por aqueles que não integram seus quadros. É nesse espectro de exceção que se analisa o artigo 57 do Estatuto do Índio, que prevê: “será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

Esse dispositivo precisa ser interpretado à luz dos artigos 5º, inciso XXXV, e 231 da CF/1988. Assim interpretando, Edilson Vitorelli (2018, p. 399) conclui que o Estado deve interferir no processo de responsabilização conduzido pelos grupos tribais apenas se e quando a sanção indígena se mostrar em flagrante desrespeito aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Incumbe ao Poder Judiciário, então, analisar se a sanção indígena se ateve aos limites dos direitos humanos, não podendo ingressar no mérito de sua justiça. Entende, ainda, que a regra deve ser a de que o Estado não deve sobrepor sua sanção à hipótese em que o crime já tenha sido punido de acordo com o sistema jurídico-penal indígena.

Partindo da lição de Vitorelli, faremos algumas observações, dela discordando em certa medida, em especial em relação ao conteúdo da segunda parte da sua conclusão, que parece reconhecer “bis in idem” na hipótese de dupla sanção (uma imposta pelo grupo, outra pelo Estado-Juiz). Para nós, a intervenção do Estado nas sanções do grupo tribal deve ser tomada num sentido mais alargado. Não bastasse, a possível dupla punição não implica, por si só, ilegítima intervenção do Estado. Vejamos.

Se é certo que a penalização aplicada pelos grupos tribais deve respeitar os direitos humanos²², também é certo que tal sanção deve ser proporcional ao crime cometido para conceder a justa medida de resposta, desestimulando a reiteração da conduta. Assim sendo, a violação aos direitos humanos não emerge apenas em relação ao tipo de pena (cruel, degradante ou de morte), mas também sob a dimensão pedagógica da resposta do grupo indígena. É neste ponto que entra tudo o que trouxemos para o debate sobre diversidade cultural, tradições, interpretações e compreensão da pena pelo índio que a recebe e pela comunidade (indígena e não indígena) que se beneficia dela.

Justamente atentando para esse juízo de proporcionalidade, tem-se por indeclinável que a jurisdição estatal não pode ser excluída de seu poder de análise, ainda que para tanto necessite adentrar no mérito da justiça da decisão para fazer respeitar os direitos humanos fundamentais, especialmente quando falamos de grupos vulnerabilizados, como mulheres, crianças, pessoas com deficiência e idosos. E essa tem sido a orientação de outras Constituições que igualmente reconhecem - expressamente - a jurisdição indígena.

O artigo 190 da Constituição boliviana de 2009, por exemplo, ao reconhecer a jurisdição indígena originária campesina, diz: "La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución".

Por sua vez, o artigo 171 da Constituição equatoriana de 2008, anuncia:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las

²² Relevante lembrar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 4º, 3, dispõe que "não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido" e no artigo 5º, 2, prevê que "ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes". Nesta perspectiva, a conduta de grupos tribais consistente na imposição de sanções de caráter cruel, infamante ou mesmo a pena de morte como forma de castigo constitui crime a ser tipificado de acordo com a conduta praticada. Nesse sentido: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TORTURA. CRIME EM RAZÃO DE COSTUMES INDÍGENAS. DISPUTA DE TERRAS INDÍGENAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. TIPICIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. Compete à Justiça Federal o processamento e o julgamento da ação penal quando a motivação do delito envolve questões intrínsecas de direitos e cultura indígenas, como ocorre na hipótese. 2. Nos termos do art. 57 do Estatuto do Índio, não é permitido aos líderes de grupos tribais a imposição de sanções de caráter cruel ou infamante, nem de pena de morte contra seus membros, sendo típica, portanto, a conduta que impõe à vítima intenso sofrimento físico, como forma de aplicar castigo. 3. Fixado pelas instâncias ordinárias, com amplo arrimo no acervo probatório, que a vítima - indígena sob sua autoridade - foi submetida a intenso sofrimento físico, não há como ilidir essa conclusão, pois demandaria revolvimento de provas e fatos, não condizente com a via estreita do remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação probatória. 4. Habeas corpus não conhecido. STJ-HC 208.634/RS (BRASIL, 2016).

decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

O fato de o artigo 57 do Estatuto do Índio “tolerar” a aplicação de penas pela própria comunidade não significa uma transferência plena do direito de punir do Estado para essas comunidades. Essa ideia se reforça pela previsão do artigo 56 do Estatuto, que reconhece a penalização estatal, fazendo previsão de modalidades mais flexíveis de pena. Não se trata de hipótese única de abrandamento da pena no ordenamento jurídico brasileiro, já que algo semelhante ocorre com as medidas socioeducativas de adolescentes em conflito com a lei, que devem observar a brevidade e a condição de pessoa em desenvolvimento.

Sem desconsiderar o teor do art. 231 da Constituição de 1988 e os artigos 9º.1, e 10, ambos da Convenção 169, da OIT²³, que reconhecem aos indígenas sua organização social, costumes, crenças e tradições, por certo a sanção penal aplicada dentro das aldeias não impede o poder-dever de o Estado também punir e executar sua punição, o que não significa que a sanção lá aplicada não deva ser considerada, de qualquer forma, na sanção estatal.

A Resolução nº 287/2019, do CNJ, prevê, no artigo 7º, que “a responsabilização de pessoas indígenas deverá considerar os mecanismos próprios da comunidade indígena a que pertença a pessoa acusada, mediante consulta prévia”. O respectivo parágrafo único dispõe que “a autoridade judicial poderá adotar ou homologar práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.001/73.”

Em outras palavras, um crime que configura violação a um direito humano perpetrado por um indígena não pode ser relativizado sem o devido cuidado, notadamente com base na diferença cultural, sob pena de o Estado, que assumiu a responsabilidade do uso legítimo da força, validar métodos que, ao fim e ao cabo, afrontam os valores essenciais da ordem constitucional e internacional. E isso fica ainda mais claro quando se trata de um indivíduo que conhece o motivo das proibições e entende a dimensão das consequências.

Lévi-Strauss, a respeito da diversidade, diz o seguinte:

²³ Artigo 9º. 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. 2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto. Artigo 10 1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais. 2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

A necessidade de preservar a diversidade das culturas, num mundo ameaçado pela monotonia e uniformidade, não escapou certamente às instituições internacionais. Elas devem compreender também que não bastará, para atingir essa finalidade, acalentar tradições locais e conceder uma trégua aos tempos passados. É o fato da diversidade que deve ser salvo, não o conteúdo histórico que cada época lhe deu, e que nenhuma soberania saberia perpetuar para além de si mesma. É preciso, portanto, atentar para a força nascente, encorajar as potencialidades secretas, despertar todas as vocações para conviver o que a história tem em reserva; é preciso estar pronto também para considerar sem surpresa, sem repugnância e sem revolta, o que todas essas novas formas sociais de expressão não poderão deixar de oferecer de inusitado. A tolerância não é a posição contemplativa, dispensando as indulgências ao que já foi ou que é. É uma atitude dinâmica, que consiste em prever, compreender e promover o que quer ser. A diversidade das culturas humanas está atrás de nós, à nossa volta e à nossa frente. A única reivindicação que podemos fazer a esse respeito (exigência que cria para cada indivíduo deveres correspondentes) é que ela se realize de modo que cada forma seja uma contribuição para a maior generosidade do outro. (1993, p. 366).

Nesse sentido, Lévi-Strauss propõe uma “coligação” entre as culturas para o progresso da humanidade, coligação essa que tem natureza complementar, de acréscimo, que é muito diferente do mero “aproveitamento de cultura”, que é descaracterizador, dizendo que o maior dever da humanidade é “[...] jamais esquecer que nenhuma fração da humanidade dispõe de fórmulas aplicáveis ao conjunto, e que uma humanidade confundida num gênero de vida único é inconcebível, pois seria uma unidade petrificada” (1993, p. 365).

Dentro desse espírito, e cientes da desigualdade de forças políticas e de narrativas que marca a relação dos povos originários com o Direito oficial do Estado, propomos que a responsabilização penal do indígena faça confluir o respeito à cultura indígena e a aplicação da legislação penal. Para tanto, deve estar fundado em três pilares: primeiro, na análise acurada da culpabilidade, em especial sob a ótica do possível erro de proibição; segundo, na proporcionalidade da pena aplicada dentro da aldeia, com espeque nos direitos humanos, inclusive com a fixação de critérios objetivos de execução da sanção, evitando, em especial, hipertrofia da punição; e, terceiro, que, no caso de dupla punição (da aldeia e do Estado), a sanção da aldeia não seja ignorada pelo Estado-Juiz, podendo atenuar a pena imposta pelo Judiciário, quando heterogêneas, ou nela computada, quando homogêneas e, ainda, quando cumpridos os requisitos legais objetivos, deixando de aplicar a pena.

Caso emblemático ocorreu no Tribunal de Justiça de Roraima que, interpretando o artigo 57 do Estatuto do Índio, sob a égide do artigo 231 da Constituição, em caso que envolvia a prática de homicídio entre indígenas, decidiu pelo reconhecimento da autonomia das comunidades indígenas na aplicação de penalidade, afastando a atuação do Poder Judiciário

com fundamento na proibição do bis in idem²⁴. Esse julgamento, apesar de contrário à praxe forense, ganhou ressonância na comunidade jurídica e vem sendo utilizado como referência de reconhecimento da cultura dos povos indígenas.

Noutro caso, sob a argumentação de que deve ser resguardada a manifestação cultural da etnia, praticada dentro da coletividade, nos limites da aldeia indígena, assim como seu modo de vida, tradições, crenças e formas de expressão do direito ao autorreconhecimento, o Ministério Público Federal (MPF), em sede extrajudicial, considerou que um homicídio de indígena, valendo-se de arma de fogo e esquartejamento em ritual tradicional do povo Munduruku, denominado “Pajelança Brava”, não deve ser objeto de intervenção judicial, pois, caso fosse, ocorreria ofensa aos meios culturais de aplicação de justiça e encontraria expressiva resistência dos indígenas. No bojo da decisão de arquivamento, chega-se a mencionar que tal perspectiva deve ser aplicada

ainda que as comunidades indígenas tenham um elevado nível de comunicação com a sociedade envolvente, pois os diferentes sistemas de valores éticos e culturais importam na consideração de que aquela conduta é normal e aceita dentro do grupo a que pertencem, impedindo que a norma seja internalizada. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021).²⁵

Com o devido respeito, não concordamos com as soluções alcançadas nos dois casos. Não estamos sustentando, importante registrar, que o Estado tem soluções perfeitas e irretocáveis para questões criminais. Isso seria o mesmo que argumentar que o Estado que não chega para demarcar a terra, que não chega para assegurar saúde pública, para garantir meio ambiente ecologicamente equilibrado, tenha que chegar apenas com o Direito Penal. No entanto, a não aplicação da pena, nesses casos, demanda, por força do que dispõe a legislação sobre o assunto, de fundamentação consistente que evidencie que a punição foi proporcional ao delito e que direitos humanos fundamentais violados não ficaram desamparados. E essas

²⁴ APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES. CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. ACr 0090.10.000302-0 (RORAIMA, 2016).

²⁵ No caso concreto, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do MPF, em sessão colegiada, por unanimidade, deliberou pela homologação do arquivamento do Procedimento de Investigação Criminal (PIC) nº 1.23.008.000394/2015-61. (Relator: Francisco de Assis Vieira Sanseverino; Membros: Carlos Frederico Santos e Luiza Cristina Fonseca Frischeisen) (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021).

considerações são importantes especialmente se tivermos em conta que a criação de precedentes que sustentam a absoluta autonomia do sistema de punição indígena pode passar a ser aplicado a grupos vulnerabilizados, como mulheres indígenas, idosos, pessoas com deficiência e crianças.

Vale lembrar que o princípio da vedação do *bis in idem* não é absoluto, bastando lembrar que o artigo 8º do Código Penal prevê a hipótese de extraterritorialidade da lei penal brasileira, caso em que a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas. Permite, portanto, que o agente seja processado, julgado e condenado tanto pela lei brasileira como pela lei estrangeira, devendo ser considerados dois fatores: a quantidade e a qualidade das penas. É esse o espírito que pugnamos para o caso de dupla punição.

Sobre referido dispositivo de lei, deve ser alertado que teve sua eficácia limitada pelo STF, o que não enfraquece nossa sugestão. No julgamento do HC 171.118/SP (BRASIL, 2019), em 12 de novembro de 2019, o tribunal concluiu que o artigo 8º do CP “deve ser lido em conformidade com os preceitos convencionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos”. No caso, um indivíduo havia praticado tráfico de drogas e lavagem de dinheiro por meio de condutas que abarcaram os territórios do Brasil e da Suíça. Foi processado e condenado no país europeu, mas, considerando as disposições do artigo 6º do CP, segundo o qual o crime se considera praticado no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado (teoria da ubiquidade), foi processado também no Brasil pelos mesmos fatos, situação à qual se aplicaria o disposto no artigo 8º. Baseando-se nas regras do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o STF concluiu que é vedada a dupla persecução penal em jurisdições de países distintos (CUNHA, 2020, p. 161-162). O ministro Gilmar Mendes destacou que o Código Penal deve ser interpretado em conformidade com os direitos estampados nos tratados internacionais, pois a jurisprudência do tribunal admite o controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais devido ao status normativo supralegal dos tratados de direitos humanos, que, embora, estejam abaixo da Constituição.

Trazendo esse mesmo raciocínio para o nosso estudo, quando a punição da aldeia for considerada injusta ou ilegítima, o Estado deve agir, seja para corrigir, seja para evitar a proteção ineficiente. A não aplicação da pena ocorreria nos casos em que os parâmetros de proporcionalidade e respeito aos direitos humanos fundamentais tivessem sido atendidos na

punição dentro da aldeia. É uma forma de compatibilizar a organização social, os costumes, as crenças e as tradições das comunidades indígenas com a soberania do Estado²⁶.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 demonstrou atenção à política indigenista, quebrando o paradigma integracionista e reconhecendo aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (artigo 231). Positivou-se a possibilidade de que os índios, suas comunidades e organizações vindiquem os seus direitos e interesses em juízo, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (artigo 232).

A condição de índio, mesmo o não integrado, não permite presumir sua incapacidade penal por desenvolvimento mental incompleto, como ainda hoje sugere alguma doutrina. A regra é a sua imputabilidade, que poderá ser afastada quando doente mental, menor de 18 anos na data dos fatos ou tomado por embriaguez acidental completa. Não se descarta, entretanto, diante do caso concreto, que a sua não integração seja causa excludente da culpabilidade, seja por ausência de potencial consciência da ilicitude (erro de proibição), seja por motivo supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

A responsabilização penal pelo Estado do indígena deve respeitar a sua cultura. Para tanto, serão considerados três pilares: primeiro, na análise acurada da culpabilidade, em especial sob a ótica do possível erro de proibição; segundo, na proporcionalidade da pena aplicada dentro da aldeia, com espeque nos direitos humanos, inclusive com a fixação de critérios objetivos de execução da sanção, evitando, em especial, hipertrofia da punição; e, terceiro, que, no caso de dupla punição (da aldeia e do Estado), a sanção da aldeia não seja ignorada pelo Estado-Juiz, podendo atenuar a pena imposta pelo Judiciário, quando heterogêneas, ou nela computada, quando homogêneas, ou deixar de aplicá-la quando cumpridos os requisitos legais.

As considerações construídas neste trabalho tiveram o propósito de contribuir para que, sob o argumento do respeito à diversidade, sejam consolidados entendimentos jurisprudenciais que desconsiderem a necessidade de atenção diferenciada quando as vítimas sejam grupos vulnerabilizados dentro das próprias aldeias, como pode ocorrer com mulheres indígenas, idosos, pessoas com deficiência e crianças.

²⁶ “*Um controle social mínimo*” (SILVEIRA, 2009, p. 372).

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Jane Felipe; BARATA, Camille Gouveia Castelo Branco; ALEIXO, Mariah Torres. Corporeidades silenciadas: reflexões sobre as narrativas de mulheres violadas. *Rev. Direito e Práx.* 8, 1, Mar. 2017.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. Textos temáticos. Brasília: CNV, 2014, v. 2. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *HC 208.634/RS*. Relator: Min. Rogério Schietti 14 jun. 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201101273835. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. *Habeas Corpus 171.118/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753484978>. Acesso em: 29 out. 2022.

CASTRO, Marcela Baudel de. O tratamento jurídico-penal conferido aos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro. *E-gov*, Florianópolis, 2 abr. 2013. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-tratamento-jur%C3%ADdico-penal-conferido-aos-ind%C3%ADgenas-no-ordenamento-jur%C3%ADdico-brasileiro-0>. Acesso em: 29 out. 2022.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosacnaif, 2009.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2004.

DIAS, Monia Peripolli. *O tratamento jurídico-penal dispensando aos indígenas: frente à colisão cultural desse povo com a cultura preponderante brasileira*. Editora Novas Edições Acadêmicas, 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e prisão cautelar*. São Paulo, Saraiva, 1991.

GOULD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem*. Trad. Valter Lellis Siqueira. Ed. 2. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário antropológico*, v. 39, n. 1, 2014, 9-37.

KUPPE, René; POTZ, Richard. La Antropología del Derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Antropología Jurídica*. Editora da Universidad Nacional Autónoma de México: México, 1995.

SILVA, Ludmila de Paula Castro Silva; PERUZZO, Pedro Pulzatto; CUNHA, Rogério Sanches; SANTOS, Thiago Rodovalho. *RJESMPPSP*, 22, 2022, P. 84-110.

LÉVI-STRAUSS, C. *Antropologia Estrutural Dois*. ed 4. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

LINERA, Álvaro García. *La potencia plebeya: Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia*. Buenos Aires: PROMETEO libros, 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Voto nº 4873/2021*. Procedimento nº 1.23.008.000394/2015-61. Relator: Francisco de Assis Vieira Sanseverino, 04 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/arquivamento-homicidio-indigena.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2022.

MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal*, volume 1: parte geral. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, João Paulo; ROCHA FREIRE, Carlos Augusto. *A Presença Indígena na Formação do Brasil*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

PERUZZO, Pedro Pulzatto. Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. *Rev. Direito e Práxis*, v. 8, n. 4, Dez. 2017, p. 2708-2740.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; OZI, Giulia. O direito à autoidentificação dos povos indígenas como direito fundamental. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, 15, 2, 2020. <https://doi.org/10.5902/1981369434252>.

ROCHA, Simone. Educação eugênica na constituição brasileira de 1934. In: *Anais X ANPEDSUL*, Seminário de Pesquisa em Educação da Região Sul, Florianópolis, 2014.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos do direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010.

RORAIMA. Tribunal de Justiça (Câmara Única). *ACr 0090.10.000302-0*. Relator: Des. Mauro Campello, 18 dez. 2015.

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade: ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez, Lima: Grijley, 2016, t. I.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. O ensino da antropologia jurídica e a pesquisa em direitos humanos. In: NALINI, José Renato; CARLINI, Angélica Lucía (Org.). *Formação Jurídica e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.137-153.

SILVA, Ludmila de Paula Castro Silva; PERUZZO, Pedro Pulzatto; CUNHA, Rogério Sanches; SANTOS, Thiago Rodovalho. *RJESMPSP*, 22, 2022, P. 84-110.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Linhas reitoras da adequação social em direito penal*. 2009. Professor Titular – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. . Acesso em: 28 jun. 2023.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural II*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 328-366.

TALAMONE, Rose. Mulher indígena enfrenta condicionamento cultural e obstáculos na aplicação da Lei Maria da Penha. *Jornal da USP*, São Paulo, 28 jul. 2022. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/mulher-indigena-enfrenta-condicionamento-cultural-e-obstaculos-na-aplicacao-da-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 29 out. 2022

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio*. Lei nº 6.001/1973. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

Artigo recebido em: 03/03/2023

Aceito para publicação em: 21/06/2023