



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fransuellen Ogawa Akiana

**Tratamento jurídico-penal do indígena a partir de uma visão redutora do  
poder de punir**

Rio de Janeiro

2025

Fransuellen Ogawa Akiama

**Tratamento jurídico-penal do indígena a partir de uma visão redutora do poder de punir**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal

Orientador: Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino

Rio de Janeiro

2025



Fransuellen Ogawa Akiama

**Tratamento jurídico-penal do indígena a partir de uma visão redutora do poder de punir**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Aprovada em: 31 de março de 2025.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino (Orientador)  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Patrícia Mothé Glioche Béze  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Hamilton Gonçalves Ferraz  
Universidade Federal Fluminense

---

Prof. Dr. Tédney Moreira da Silva  
Universidade de Brasília

Rio de Janeiro

2025

Dedico a todos os povos originários.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, motivo de minha existência.

Aos meus pais, Felício e Miriam, meus amores eternos.

Ao meu irmão, Hiroshi, gratidão pela sua atenta generosidade.

Ao meu orientador, prof. Davi Tangerino, o exemplo de como lecionar, sempre com uma escuta afável, ensinamentos coerentes e simplicidade ímpar.

Ao prof. Hamilton Ferraz, que me acompanhou durante toda a minha trajetória na UERJ. Devo muito a ele e se há uma coisa que aprendi com Hamilton, esta é sobre o cuidado. Sempre muito atencioso e solícito.

Aos professores da casa, em particular à Patrícia Glioche, Nilo Batista e Vera Malaguti Batista. Ouvi-los em sala de aula era como uma bela sinfonia na qual nunca queria parar de escutá-los.

Aos servidores da biblioteca de Direito da UERJ e em especial à Flavinha, que com seus abraços carinhosos e palavras de incentivo me ajudava a ir além, quando as minhas forças humanas queriam sucumbir.

Aos colegas de PPGD, vida longa, que a vida proporcione outros bons encontros!

É importante viver a experiência da nossa própria circulação pelo mundo, não como uma metáfora, mas como fricção, poder contar uns com os outros.

*Ailton Krenak*

## RESUMO

AKIAMA, Fransuellen Ogawa. *Tratamento jurídico penal do indígena a partir de uma visão redutora do poder de punir*. 2025. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2025.

Desde a chegada dos portugueses ao Brasil, os povos originários travam uma constante luta que continua até os dias atuais. O sistema penal brasileiro não foi pensado para atender as especificidades da pessoa indígena, pois sobre ela recai a seletividade penal diante do próprio contexto histórico de colonização ao qual foi submetida, que enxerga o indígena como sempre “inferior” e vulnerabilizado. Pode-se dizer que o sistema de justiça criminal brasileiro é caracterizado por ser uma “máquina de moer gente”, tamanha é a sua violência e o discurso jurídico penal. Esse, influenciado pela dogmática penal alemã, se distancia da realidade latino-americana, e em especial, da brasileira. Como acreditar em um sistema penal que mata corpos indígenas, seus modos de vida e práticas culturais, depositando no discurso jurídico penal sua confiança, se esse discurso, por excelência, busca como filtros punitivos esses próprios corpos? A resposta penal não surge como a melhor opção, ao passo que demonstra evidente incoerência do referido sistema. Por outro lado, o sistema penal tem sede de punir e as agências penais continuam operando a seletividade para escolher aqueles mais vulneráveis, na qual os indígenas estão inseridos. Diante dessa realidade, acreditar que o Direito Penal não será aplicado para a pessoa indígena que cometer supostamente algum delito pode ser considerado uma ingenuidade. Frente a isso, a construção conceitual do delito deve empreender-se como um sistema orientado pela ideia reitora de uma intencionalidade redutora do poder punitivo, que influenciará, portanto, todas as particularidades construtivas que pretendam integrar-se ao sistema.

Palavras-chave: povos originários; crimes culturalmente motivados; dogmática penal; violência estatal; método teleológico redutor.

## ABSTRACT

AKIAMA, Fransuellen Ogawa. *Criminal legal treatment of indigenous people from a reductive view of the power to punish*. 2025. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2025.

Since the arrival of the Portuguese in Brazil, Indigenous peoples have been engaged in a constant struggle that continues to this day. The Brazilian criminal justice system was not designed to address the specific needs of Indigenous individuals, as it imposes penal selectivity on them within the very historical context of colonization to which they were subjected—one that sees Indigenous people as inherently "inferior" and vulnerable. It can be said that the Brazilian criminal justice system is characterized as a "people-grinding machine," given its level of violence and legal-penal discourse. This discourse, influenced by German penal dogmatics, is detached from the Latin American—and particularly Brazilian—reality. How can one trust a penal system that kills Indigenous bodies, their ways of life, and cultural practices, placing faith in a legal discourse that, by its very nature, targets these very bodies as punitive filters? The penal response does not appear to be the best option, as it clearly reveals the system's inconsistencies. On the other hand, the penal system is thirsty for punishment, and penal agencies continue to operate selectively, targeting the most vulnerable—among whom Indigenous people are included. Given this reality, believing that criminal law will not be applied to an Indigenous person who allegedly commits a crime may be seen as naïve. In light of this, the conceptual construction of the offense should be undertaken as a system guided by the central idea of reducing punitive power, which will, in turn, influence all structural particularities that seek to be integrated into the system.

Keywords: original people; culturally motivated crimes; penal dogmatics; state violence; reductive teleological method.

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Distribuição da População Indígena por região.....	44
Gráfico 2 - Estados com maior número de população indígena.....	45
Gráfico 3 - Presos indígenas: Estados com maiores taxas de encarceramento.....	52
Gráfico 4 - Crimes praticados pelos indígenas encarcerados em Dourados (MS).....	53

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Total de casos de tipos de violência sofrida pelos indígenas no Brasil.....	46
Tabela 2 - Presos Indígenas no biênio 2023/2024 no Brasil.....	51
Tabela 3 - Presos indígenas e Não Indígenas no Estado do Amazonas.....	55

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ASI	Assessoria de Segurança e Informação
CASAI	Casa de Saúde Indígena
CF	Constituição Federal
CIMI	Conselho Indigenista Brasileiro
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNV	Comissão Nacional da Verdade
CP	Código Penal
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
GRIN	Guarda Rural Indígena
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PIC	Procedimento Investigatório Criminal
RELIPEN	Relatório de Informações Penais
SPI	Serviço de Proteção ao Índio

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	14
1.1	<b>Os povos originários: ontem e hoje, apresentação do objeto e da justificativa da pesquisa.....</b>	14
1.2	<b>O delito sob a lente de um método teleológico negativo do poder de punir.....</b>	17
1.3	<b>Crise do discurso jurídico penal: apresentação da inquietude e da hipótese do trabalho.....</b>	18
2	<b>LEVANTANDO O OBJETO DE ESTUDO: AS SITUAÇÃO SOCIAL E PRISIONAL DOS POVOS ORIGINÁRIOS E A POLÍTICA INDIGENISTA BRASILEIRA.....</b>	23
2.1	<b>Apresentação dos Casos.....</b>	23
2.1.1	<u>Primeiro caso: Sol.....</u>	23
2.1.2	<u>Segundo caso: Ritual da pajelança brava.....</u>	26
2.2	<b>Metodologia: levantando o perfil do objeto de estudo.....</b>	31
2.2.1	<u>Situação social dos povos originários.....</u>	32
2.2.2	<u>Situação prisional dos povos originários.....</u>	36
2.2.2.1	Levantamento de dados estatísticos compondo o quadro de violências no sistema prisional que sofrem os povos originários.....	37
2.3	<b>Pilares do sistema punitivo brasileiro.....</b>	45
2.3.1	<u>Primeiro pilar do sistema punitivo brasileiro: o racismo.....</u>	45
2.3.1.1	Michel Foucault e o racismo.....	46
2.3.1.2	O racismo na América Latina.....	48
2.3.1.3	O caso brasileiro: Branquitude e o Mito da Democracia Racial.....	49
2.3.2	<u>Segundo pilar do sistema punitivo brasileiro: influências positivistas à luz da Criminologia.....</u>	52
2.3.2.1	Breves notas sobre a criminologia positivista.....	52
2.3.2.2	Seletividade e sistema penal punitivo: reflexos da criminologia positivista e do racismo no Brasil.....	54
2.4	<b>Política Indigenista brasileira.....</b>	55
2.4.1	<u>Colonial.....</u>	55
2.4.2	<u>Imperial.....</u>	59

2.4.3	<u>Republicano</u> .....	61
2.4.4	<u>Ditadura Militar</u> .....	63
2.4.5	<u>Pós-Redemocratização</u> .....	68
2.5	<b>O lugar social do indígena: Quem é? Quem não é?</b> .....	69
3	<b>RECONHECIMENTO DO DIREITO INDÍGENA NO PLANO INTERNACIONAL E ESTUDO COMPARADO NA AMÉRICA LATINA: PERMANÊNCIAS E CONTINUIDADES DO POSITIVISMO</b> .....	72
3.1	<b>Convenção nº 169 OIT</b> .....	73
3.2	<b>Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas</b> .....	75
3.2.1	<u>Direito à identidade e a integridade cultural</u> .....	76
3.2.2	<u>Direito à não discriminação e a igualdade perante a lei</u> .....	78
3.2.3	<u>Direito à livre determinação</u> .....	79
3.3	<b>Códigos penais latino-americanos</b> .....	80
3.3.1	<u>Código Penal Peruano</u> .....	81
3.3.2	<u>Código Penal Boliviano</u> .....	86
3.3.3	<u>Código Penal Colombiano</u> .....	87
3.3.4	<u>Código Mexicano</u> .....	90
4	<b>PROPOSIÇÕES DOGMÁTICAS SOBRE O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO INDÍGENA: DE AÇÕES PERFORMÁTICAS À CULPABILIDADE</b> .....	91
4.1	<b>A crise do discurso jurídico penal</b> .....	91
4.1.1	<u>A crítica à dogmática penal alemã</u> .....	95
4.1.2	<u>Respeito à autonomia, ao direito consuetudinário indígena e ao pluralismo jurídico</u> .....	98
4.1.3	<u>Por uma abordagem teleológica negativa do poder de punir</u> .....	101
4.1.4	<u>Notas sobre o conceito de cultura</u> .....	103
4.1.5	<u>Crimes culturalmente motivados</u> .....	105
4.1.6	<u>Teoria da ação</u> .....	109
4.1.6.1	Ações performáticas de Juarez Tavares.....	109
4.1.7	<u>Tipo e tipicidade</u> .....	113
4.1.7.1	Algumas notas sobre bem jurídico.....	114
4.1.7.2	Elemento subjetivo geral: dolo.....	115

4.1.7.3	Ausência de dolo: erro de tipo.....	116
4.1.8	<u>Excludentes de antijuridicidade</u> .....	119
4.1.8.1	Exercício regular de um direito (à diferença): uma nova alternativa à responsabilidade penal dos povos originários?.....	121
4.9	<b>Culpabilidade</b> .....	124
4.9.1	<u>Culpabilidade pela vulnerabilidade</u> .....	126
4.9.2	<u>Inimputabilidade</u> .....	127
4.9.2.1	Crítica ao elemento da inimputabilidade.....	129
4.9.3	<u>Erro de proibição</u> .....	130
4.9.3.1	Erro de proibição culturalmente condicionado.....	132
4.9.3.2	Crítica ao erro de proibição e ao erro de proibição culturalmente condicionado.....	133
4.9.3.3	Estudo do segundo caso: ritual da pajelança brava.....	135
4.9.3.4	Inexigibilidade de conduta diversa.....	137
4.9.3.5	Falta de motivabilidade como modalidade de inexigibilidade de conduta diversa.....	139
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	141
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	145

## INTRODUÇÃO

### 1.1 Os povos originários: ontem e hoje, apresentação do objeto e da justificativa da pesquisa

No dia 06 de maio de 2018 Terra foi presa por policiais militares por supostamente ter praticado o crime de tentativa de homicídio de sua bisneta Sol. Dentre as diversas narrativas presentes no caso a que é sustentada pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso é que a bisavó e a avó não queriam a criança, pois se tratava de um infante, filha de “mãe solteira”, o que era inadmissível na comunidade indígena. A bisavó continua presa porque o que importa é encarcerar indígenas e demonstrar que o sistema penal está “funcionando”, por mais que, na verdade, o referido sistema opere seletivamente sobre determinados grupos sociais, estando os indígenas, como se verá, com certa frequência na mira do Estado. Ademais, o presente caso concreto insere-se na discussão dos crimes culturalmente motivados, que consoante explicita Cristina de Maglie refere-se a um comportamento realizado por um sujeito que pertence a um grupo étnico minoritário, que é considerado crime pelas normas do sistema da cultura dominante. No entanto, o mesmo comportamento, na cultura do grupo de pertença do agente, é, por outro lado, tolerado, aceitável ou aprovado, ou, em determinadas situações, e até mesmo imposto, evidenciando assim, um conflito cultural a ser resolvido.<sup>1</sup>

Dentro do mesmo contexto, insere-se o caso do ritual da “Pajelança Brava”. Na ocasião, a mãe de Kauê informou que no dia 21 de junho de 2015 seu filho havia sido morto por disparo de arma de fogo ocasionado por outros dois indígenas, na aldeia Sai Cinza, no contexto de um ritual tradicional da etnia Munduruku denominado “pajelança brava”<sup>2</sup>. As nuances do caso serão trabalhadas em momento oportuno, mas o que importa demonstrar é o conflito cultural que esse caso também vai gerar. De um lado, o procurador oficiante promoveu o arquivamento, uma vez que a dinâmica dos fatos mostrara estar inserida em um contexto de ritual indígena, próprio da cultura daquele grupo, mas por outro, os órgãos estatais não aceitaram muito bem a decisão, pois era uma vida que era ceifada e esse direito não poderia sucumbir em detrimento do aspecto cultural.

---

<sup>1</sup> DE MAGLIE, Cristina. **Crimes Culturalmente Motivados: ideologias e modelos penais** [livro eletrônico] / Cristina de Maglie, Tradução de Stephan Doering Darcie, 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 38.

<sup>2</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Procedimento Investigatório Criminal nº 1.23.008.00394/2015-61**, da 2ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal do Estado do Pará, Jacareacanga, PA, 02 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ar/arquivamento-homicidio-indigena.pdf>. Acesso em: 30 out. 2024

Casos como esse demonstram a vulnerabilidade na qual os povos originários estão inseridos, seja a violência do encarceramento, seja a violência social, que a partir de uma visão eurocêntrica e racista que permeia a história brasileira, torna difícil (quase impossível) reconhecer as especificidades culturais e as necessidades do povo indígena.

De antemão, importante esclarecer a nomenclatura a ser utilizada ao se referir ao povo indígena, que permeará toda essa pesquisa. Um dos tipos de violência praticados contra eles se refere ao apagamento de sua língua e/ou a utilização de termos eurocêntricos, tratamentos os quais esse trabalho busca combater.

Sendo assim, para designar o indivíduo será utilizado o termo “indígena” e não use o termo “índio”, posto que esse último está ligado a uma série de estereótipos que ignoram a diversidade indígena e acabam os reduzindo a uma figura caricata, que vira até “fantasia” em blocos de carnaval e escola.

De forma a esclarecer a escolha, o termo indígena significa "originário, aquele que está ali antes dos outros" e valoriza a diversidade de cada povo. Para se referir ao dia 19 de abril, por exemplo, deve ser utilizado o termo “Dia dos Povos Indígenas” (com iniciais maiúsculas), e não mais “Dia do Índio”, pelas razões expostas acima. Recomenda-se, ainda, o uso dos termos aldeia, terra ou território indígena, ao invés de tribo. Adicionalmente, para se referir a um grupo de indígenas, utiliza-se os termos etnia ou povo.<sup>3</sup>

Desde a chegada dos portugueses ao Brasil, os povos originários travam uma constante luta para não se extinguirem, que continua até os dias atuais. Como destaca Roberto Lyra, as primeiras páginas da História do Brasil estão alastradas de sangue, mas de sangue inocente, que foi derramado. O que se viu durante três séculos foi a cobiça- infrene, insaciável, que não se contentou em apenas furtar os frutos de uma terra virgem, a produção abundantíssima do mais fértil clima do universo, e as mais abundantes minas de metais e pedras preciosas<sup>4</sup>, mas almejou também uma política de extermínio contra esses povos e de toda a diversidade cultural que dela advinha.

Atualmente um dos principais problemas enfrentados pelos indígenas é a delimitação de suas terras. Foram registrados, no ano de 2023, 276 casos de invasões possessórias, exploração de recursos naturais e danos ao patrimônio indígena, que atingiram ao menos 202

---

<sup>3</sup> SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/manualdecomunicacao/estilos/indio#:~:text=Os%20nomes%20de%20povos%20ind%C3%ADgenas,%2C%20os%20uaimiris%2C%20os%20xavantes>. Acesso em: 24 fev. 2025

<sup>4</sup> LYRA, Roberto. **O Direito Penal dos Índios**. Núcleo de Direitos Indígenas. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/250737985/Roberto-Lyra-O-direito-penal-dos-indios-pdf>. Acesso em: 16 fev. 2024.

terras e territórios indígenas em 22 estados, e outros 150 casos de conflitos por direitos fundiários em 24 estados do país, de acordo com o Relatório do CIMI. <sup>5</sup>São números preocupantes que demonstram que o conflito fundiário ainda persiste no país. Outro problema enfrentado pelos indígenas é a constante violência à qual são submetidos. De acordo com o Relatório do CIMI de 2023, as principais violências foram: abuso de poder (15 casos); ameaça (17); ameaça várias (40); homicídios (208); lesão corporal (18); racismo e Discriminação Étnico-Cultural (38); tentativa de homicídio (35) e homicídio culposo (17).<sup>6</sup> Muitas dessas práticas foram realizadas por madeireiros, grileiros e garimpeiros em prol de um projeto desenvolvimentista e agroexportador que permeia as terras indígenas, mas que, em contraposição, os indígenas seguem resistentes.

Além da violência física e psicológica contra esses povos, há a violência estatal que tem marcado a sua história. Segundo o mesmo relatório, foi registrada a ocorrência de 1040 óbitos de crianças indígenas de 0 a 4 anos de idade e os principais problemas de saúde encontrados foram: gripe e pneumonia (141), diarreia, gastroenterite e doenças infecciosas intestinais (88) e desnutrição (57). Também chama atenção a quantidade de mortes decorrentes de doenças causadas por protozoários (26), como malária, toxoplasmose e leishmaniose.<sup>7</sup>

Vale destacar que a maneira encontrada para “punir” o indígena é através da violência praticada em face de seu corpo e intelecto, como destacado anteriormente, mas também através do encarceramento. Apesar de poucos estudos desenvolvidos sobre o sistema prisional indígena, foi possível coletar algumas informações no Relatório de Informações Penais<sup>8</sup>, no Relatório Estatístico: Indígenas e Justiça Criminal no Amazonas<sup>9</sup> e Relatório: Mutirão de atendimento às pessoas indígenas presas na Penitenciária Estadual de Dourados<sup>10</sup> que ajudam

---

<sup>5</sup> CIMI. **Relatório: Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil- dados de 2023**. Brasília: CIMI, 2024. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2023-cimi.pdf>. Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> RELIPEN. **Relatório de Informações Penais**. Brasília: RELIPEN, 1º semestre de 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1o-semester-de-2024.pdf>. Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>9</sup> GRUPO PERMANENTE DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E SOCIOEDUCATIVO. **Relatório Estatístico: Indígenas e Justiça Criminal no Amazonas**. Amazonas: GMF/TJAM, abril de 2024. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/relatorios/relatorios-estatisticos/45212-relatorio-estatistico-indigenas-e-justica-criminal-no-amazonas/file>. Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>10</sup> ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul. **Relatório: Mutirão de atendimento às pessoas indígenas presas na Penitenciária Estadual de Dourados**. Campo Grande: DPMS/IISC e CIMI, 26 a 30 de julho de 2023. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/06/relatorio-pedms-2023.pdf>. Acesso em: 30 out. 2024.

a elucidar a atual situação prisional indígena a fim de demonstrar o contexto de violência ao qual estão submetidos.

Consoante ao Relatório de Informações Penais, a taxa de encarceramento dos indígenas aumentou no último biênio. Em relação ao encarceramento masculino, a taxa de aumento foi de 17,62% e do feminino foi de 15,18%.<sup>11</sup> O Estado do Mato Grosso do Sul aparece com os maiores números de encarceramento indígena no Brasil e os crimes mais praticados na região foram: homicídio qualificado (65); estupro de vulnerável (62) e tráfico de drogas (26).<sup>12</sup>

É fundamental ressaltar que tais dados serão estudados mais profundamente, mas não impedimento ao destaque no contexto de violência prisional e/ou social que os povos originários ainda enfrentam, tornando o tema atual e urgente.

Os povos originários apresentam uma enorme diversidade cultural com 305 etnias e mais de 250 línguas indígenas faladas<sup>13</sup>, demonstrando que debater a matéria, muitas vezes, torna-se complexo tamanha a especificidade cultural que tem que ser levada em consideração. Noutro giro, o debate é riquíssimo, porque coloca luz em um tema que é frequentemente debatido no campo constitucional, principalmente com a luta dos povos originários sobre a questão da terra (marco temporal), mas pouco discutido no campo do Direito Penal, em especial no que tange ao recorte de crimes culturalmente motivados a partir de uma visão própria da América Latina, que envolve o método e a hipótese desse trabalho, que serão abordados nos tópicos seguintes.

## **1.2 O delito sob a lente de um método teleológico negativo do poder de punir**

As pessoas indígenas estão submetidas a um contexto de vulnerabilidade, pois constantemente são discriminadas e marginalizadas, frente à ausência de políticas estatais específicas que estejam voltadas para educação, saúde, além dos constantes conflitos fundiários, que os colocam a margem da sociedade. A seletividade dos indígenas acontece por uma perspectiva racial, que enxerga em seus corpos pessoas inferiorizadas e, consequentemente, vulneráveis, “alvos” mais fáceis para a incidência do Direito Penal.

A partir desse contexto, parte-se de um referencial teórico de contenção do poder punitivo defendido por Nilo Batista e Zaffaroni, principalmente para aquelas situações em que

---

<sup>11</sup> RELIPEN. *Op. cit.*

<sup>12</sup> ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul. *Op. Cit.*

<sup>13</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Censo Demográfico de 2022**. Rio de Janeiro: IBGE. 2022.

não seja possível prevalecer o respeito à autonomia, à diversidade e ao direito consuetudinário indígena.

Os autores ilustram que o direito penal deve programar o exercício do poder jurídico como um dique que contenha o avanço do estado de polícia. Apesar de o estado de polícia apresentar águas que se encontram em nível superior, ultrapassando o dique, deve o dique deixar passar apenas uma quantidade controlada de poder punitivo, filtrando a torrente menos irracional e reduzindo as turbulências de modo que as comportas assegurem a contenção devendo se dar por etapas; a partir de cada pretensão de abertura do exercício do poder punitivo, o direito penal deve opor-lhe uma resistência.<sup>14</sup> Os efeitos do poder punitivo são deletérios e o que se visa conter é que haja uma política criminal com derramamento de sangue<sup>15</sup>, na qual frequentemente os indígenas são alvos.

Portanto, a construção conceitual do delito deve se empreender como um sistema orientado pela ideia reitora de uma intencionalidade redutora do poder punitivo, que influenciará, assim, todas as particularidades construtivas que pretendam se integrar ao sistema.

Dentro de uma abordagem teleológica redutora do poder de punir e de redução de danos, que esse trabalho almeja propor, busca-se um olhar agnóstico da pena, que não apele para as suas funções manifestas. A pena leva a uma privação de direitos ou infringe uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza os perigos iminentes. Trata-se de um conceito de pena então que é negativo por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão e é agnóstica quanto a sua função, pois confessa não a conhecer.<sup>16</sup>

### **1.3 Crise do discurso jurídico penal: apresentação da inquietude e da hipótese do trabalho**

O sistema penal não foi pensado para atender as especificidades da pessoa indígena, pois sobre ela recai a seletividade penal diante do próprio contexto histórico de colonização que foram submetidos enxergando o indígena como sempre “inferior” e vulnerabilizado. Basta observar o genocídio que foram inseridos assumindo um aspecto racial. Ademais, Pierre Clastres traz à luz o conceito de etnocídio indígena. Se o termo genocídio remete a ideia de

---

<sup>14</sup> BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul et. al. **Direito penal brasileiro, I**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 156.

<sup>15</sup>BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>16</sup>BATISTA; ZAFFARONI *et al.* **Op. cit.**, p. 100.

“raça” e a vontade de extermínio de uma minoria racial, o termo etnocídio aponta não para a destruição física dos homens (caso em que se estaria diante da situação genocida), mas para a destruição de sua cultura. Para o autor, “etnocídio é a destruição sistemática dos modos de vida e pensamento de povos diferentes daqueles que empreendem essa destruição. Em suma, o genocídio assassina os povos em seu corpo, o etnocídio os mata em seu espírito”.<sup>17</sup>

Pode-se dizer que o sistema de justiça criminal brasileiro é caracterizado por ser uma máquina de moer gente tamanha é a sua violência e o discurso jurídico penal, sendo influenciado pela dogmática penal alemã, o que o distancia da realidade latino-americana, e em especial, da brasileira.

Eugenio Raul Zaffaroni esclarece que as sociedades latino-americanas são muito estratificadas e a polarização da riqueza aumentou nos últimos anos do século passado diminuindo o padrão de vida das pessoas e, conseqüentemente, provocando a exclusão social e o aumento da violência criminal. Ademais, a legislação penal se torna cada vez mais repressiva apresentando obscuridade e contradição na lei penal.<sup>18</sup>

Trata-se de duas realidades opostas: a latino-americana e a alemã; mas essa última vai conseguir transportar mentalidades de exclusão e de uma caça a grupos raciais distintos, que era o que predominava na América Latina. Como acreditar em um sistema penal que mata corpos indígenas e seus modos de vida e práticas culturais, depositando no discurso jurídico penal sua confiança, se esse discurso, por excelência, busca como filtros punitivos esses próprios corpos? A resposta penal não se caracteriza como a melhor opção, demonstrando uma evidente incoerência do referido sistema.

O melhor caminho ao tratar sobre responsabilidade penal indígena é não incidir o Direito Penal sobre esses povos, pois o sistema penal não foi elaborado para atender as especificidades do povo indígena. Deve-se buscar outros caminhos, dentre eles no campo constitucional para que seja assegurado a autonomia, o multiculturalismo e os métodos de resolução de conflitos do próprio grupo.

---

<sup>17</sup> CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**: pesquisas de antropologia política, Trad.: Paulo Neves, Cosac & Naify, 2004. Disponível em: [https://www.google.com/search?q=pierre+clastres+arqueologia+da+violencia&rlz=1C11SCS\\_pt-PTBR1122BR1123&oq=pierre+clastres+arqueologia+da+violencia&gs\\_lcrp=EgZjaHJvbWUyCggAEEUYFhgeGDkyDQgBEAAyhgMYgAQYigUyDQgCEAAyhgMYgAQYigUyDQgDEAAyhgMYgAQYigUyDQgEEAAyhgMYgAQYigUyBwgFEAAy7wUyBwgGEAAy7wUyBwgHEAAy7wXSAQg4NzY5ajBqNKgCALACAQ&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=pierre+clastres+arqueologia+da+violencia&rlz=1C11SCS_pt-PTBR1122BR1123&oq=pierre+clastres+arqueologia+da+violencia&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyCggAEEUYFhgeGDkyDQgBEAAyhgMYgAQYigUyDQgCEAAyhgMYgAQYigUyDQgDEAAyhgMYgAQYigUyDQgEEAAyhgMYgAQYigUyBwgFEAAy7wUyBwgGEAAy7wUyBwgHEAAy7wXSAQg4NzY5ajBqNKgCALACAQ&sourceid=chrome&ie=UTF-8). Acesso em: 20 dez .2024

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina**. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, n. 17/18, 2010, p. 39.

Adicionalmente, é fundamenta destacar que o direito indígena é “múltiplo, complexo e histórico” variando conforme os padrões culturais de cada etnia, não sendo aconselhável que os Estados Nacionais imponham unidade e uniformidade contra aqueles que são caracterizados por sua diversidade e pluralidade, sob pena de apagamento dos modos de vida e identidade indígena.

Todavia, sabe-se que o sistema penal tem sede de punir e as agências penais continuam operando a seletividade para escolher aqueles mais vulneráveis, na qual os indígenas estão inseridos. Diante dessa realidade, acreditar que o Direito Penal não será aplicado para a pessoa indígena que cometer supostamente algum delito é, no mínimo, uma ingenuidade. Sendo assim, a opção pelo método teleológico redutor visa ser uma frente viável para conter o poder irracional do Estado, utilizando-se dos elementos dogmáticos do crime como barreiras do poder de punir.

Diante dessa realidade, a hipótese do trabalho se apresenta, qual seja, “Qual seria o enquadramento mais adequado a partir do conceito analítico de delito para situações conhecidas como delitos culturalmente motivados quando praticados por indígenas?”. A pergunta que norteia esse trabalho visa discutir a teoria do crime considerando a própria classificação utilizada pelo Estatuto do Índio para diferenciar os grupos indígenas e levando em consideração o bem jurídico que se trata.

O referido diploma legal dispõe de três graus de integração, que os indígenas poderiam ser enquadrados: a) isolados - quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; b) 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; c) 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. A partir dessa classificação a discussão da dogmática penal começará almejando buscar para cada grupo indígena se é possível excluir o crime a partir de algum elemento da teoria do delito, e se sim, qual seria e suas razões.

Tednéy Moreira da Silva explicita que o Estatuto do Índio acaba por reforçar o regime tutelar de Estado, além de cumprir uma função política de controle social da alteridade

indígena<sup>19</sup> (posicionamento compartilhado pela autora), mas será utilizada a classificação de “indígenas isolados”, “em vias de integração” e “integrados”, pois são as nomenclaturas usadas também pelo Judiciário para reproduzir o paradigma assimilacionista e, que no final, estão sendo responsáveis por encarcerar os indígenas.

O que se busca é propor um caminho subsidiário diante da realidade punitiva que o Estado brasileiro se encontra, não acreditando que o *ius puniendi* deixará de incidir instantaneamente, principalmente sobre os corpos mais vulnerabilizados, que os indígenas estão inseridos. Almeja-se o pluralismo jurídico e o respeito à autodeterminação indígena, embora não haja que se negar a dificuldade de alcance dessa realidade pela onda de violência que se escala. Então, a partir da própria classificação adotada pelo Judiciário é possível deslegitimar (ou punir menos) indígenas que constantemente são alvos do poder de punir. Ademais, é preciso reconhecer que, na época de sua elaboração, o Estatuto do Índio refletia os valores sobre a temática indígena, que foram alterados significativamente com o advento da Constituição Federal de 1988.

A disposição do presente trabalho está dividida da seguinte forma: no primeiro capítulo se almeja estabelecer os alicerces teóricos da pesquisa. O sistema punitivo brasileiro está erigido sob pilares do racismo e de práticas positivistas que selecionam os indígenas como alvos fáceis do Estado para incidir o seu *ius puniendi*. Aníbal Quijano trata bem sobre o tema da colonialidade de poder e como o racismo pode ser encontrado na América Latina, desde a colonização, criando a dicotomia entre inferiorizado e superior.<sup>20</sup> Ademais, será realizado um levantamento estatístico social e prisional dos povos originários para corroborar o contexto de violência em que estão inseridos. Por fim, nesse mesmo capítulo será apresentada a política indigenista brasileira que foi marcada por práticas ora de assimilação, ora de extermínio.

No segundo capítulo se pretende demonstrar que o direito à não discriminação, à igualdade, à identidade, à integridade cultural e a autodeterminação não são assegurados apenas no plano constitucional, pós-redemocratização, mas dispositivos internacionais, como a Convenção n 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas também dispõem de tais direitos, sendo assegurados internacionalmente ampliando o escopo dos direitos indígenas. Nessa parte, será apresentado

---

<sup>19</sup> SILVA, Tedney Moreira da. **No banco dos réus, um índio: Criminalização de indígenas no Brasil**. 2015. 243 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18728>. Acesso em: 17 fev. 2024.

<sup>20</sup> QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. **Perspectivas latino-americanas**. Edgar Lander (org.). Coleção SurSur, CLACSO. Rio de Janeiro: 2005, p. 118.

um estudo comparado entre os códigos penais latino-americanos e será possível verificar algumas similitudes entre eles, como a imitação dos códigos europeus e a reprodução acrítica para a realidade latino-americana, demonstrando que não é um problema específico do Brasil incorporar determinados valores europeus, mas que países da América Latina também estão inseridos nesse contexto, até mesmo pelo mesmo processo histórico que vivenciaram que foi da colonização.

O terceiro capítulo traz um tom dogmático e visa discutir os elementos da teoria do delito para os povos originários, demonstrando que há algumas categorias, como a inimputabilidade, que não devem ser aplicadas a eles, pois representa a permanência de valores racistas e eurocêtricos apontando-se outras estruturas como possíveis, dentre elas: ações performáticas, o exercício regular de um direito (à diferença), a inexigibilidade de conduta diversa, o erro de proibição culturalmente condicionado e a falta de motivabilidade como modalidade de inexigibilidade de conduta diversa. O objetivo é ampliar o escopo dos elementos dogmáticos possíveis de serem aplicados até mesmo para conseguir se excluir o crime, não correndo o risco de incidir o Direito Penal.

Por fim, esse trabalho visa ampliar o estado da arte sobre o estudo indígena provocando no leitor reflexões sobre a matéria. Como todo texto acadêmico, busca suscitar mais dúvidas do que respostas, dando visibilidade aos povos originários a fim de resistir ao constante apagamento de suas histórias e modos de viver. Pretende-se propor um diálogo intercultural e étnico entre os órgãos do sistema de Justiça Criminal com as diferentes culturas e as variadas formas de compreensão da justiça e dos direitos, sempre preocupado em respeitar as especificidades indígenas. Na esteira de Ailton Krenak, é um texto que visa adiar o fim do mundo, o fim da cultura e a mundividência indígena.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

## **2 LEVANTANDO O OBJETO DE ESTUDO: AS SITUAÇÃO SOCIAL E PRISIONAL DOS POVOS ORIGINÁRIOS E A POLÍTICA INDIGENISTA BRASILEIRA**

Para responder à pergunta desse trabalho, que é: “Qual seria o enquadramento mais adequado a partir do conceito analítico de delito para situações conhecidas como delitos culturalmente motivados?”, faz-se necessário estudar o contexto atual em que os indígenas se encontram. Entender o atual panorama é fundamental, pois pretende-se demonstrar que o tema é urgente diante do contexto de violência e de extermínio que se encontram, desde o período da colonização e que se mantém até os dias atuais.

O levantamento estatístico que foi realizado junto ao Conselho Indigenista Missionário no período de 2023 a 2024 busca evidenciar que os indígenas ainda estão submetidos em um contexto de vários tipos de violência contra os seus corpos, sendo a mais preocupante, a do encarceramento.

Objetiva-se demonstrar nesse primeiro capítulo que a seletividade penal que recai sobre os indígenas é decorrente do racismo e de permanências positivistas que alicerçam o sistema punitivo brasileiro e tais alicerces se encontram também na política indigenista brasileira, que ao longo da sua história, serviu mais para segregar os indígenas do que os incluir, em uma política estatal que está vendida a projetos desenvolvimentistas e aos interesses do agronegócio.

Conseqüentemente, o lugar social do indígena foi difícil de ser encontrado perante a sociedade, pois a depender do momento histórico em que se inserem podem ser vistos como “índios aliados x índios bravos”, “integrados” à comunhão nacional e até mesmo como “inimigos” perante a ordem estatal que se queria estabelecer.

Atualmente, o critério que se utiliza para definir quem é indígena ou não é o da autoidentificação, que dialoga com outros dispositivos internacionais, como será visto no capítulo dois.

### **2.1 Apresentação dos Casos**

#### **2.1.1 Primeiro caso: Sol**

O povo Kamayurá, que se autodenomina Aɣɣap, habita uma só aldeia localizada no extremo sul da Lagoa Ipavu, em terras da margem esquerda do Rio Kuluene, na Bacia dos formadores do Xingu, estado do Mato Grosso.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> AGOSTINHO, Pedro. **Mitos e outras narrativas Kamayurá**. 2ª edição. Salvador: EDUFBA, 2009, p. 11.

Essa região foi estudada pela primeira vez em 1884 pelo etnógrafo alemão Karl von den Steinen. Em seguida, outras viagens se seguiram, como a de Max Schmidt, em 1900; H. Hintermann em 1925; V. Petruccio em 1932; Buell Quain, em 1939 e, mais recentemente, a da equipe cinematográfica do Serviço de Proteção ao Índio, dirigida por Nilo Veloso.<sup>23</sup>

A aldeia Kamaiurá segue o modelo alto-xinguano, com casas dispostas mais ou menos circularmente, cobertas de sapê, de teto arredondado até o chão. No centro do local se encontra um pátio ou “praça” (*hoka'yterip*) para a qual convergem os caminhos, conduzindo tanto às moradias como aos lugares públicos, e onde se ergue a casa das flautas (*tapuwi*), atravessada medianamente pelo “caminho do sol”.<sup>24</sup>

As casas são ocupadas por famílias extensas sob a liderança de um homem, geralmente da classe dos morerekwat, à qual estão afetas certas prerrogativas cerimoniais e de prestígio e importante papel na manutenção da coesão tribal e do status de chefia. Tem esta, aliás, presentemente, pouco poder coativo, e assenta mais na capacidade de liderança do morerekwat do que em normas institucionalizadas, ou em ser viável a aplicação de sanções pelo detentor do poder. O “capitão” da aldeia seria idealmente um morerekwat, intervindo na sua designação fatores de herança, descendência, capacidade e prestígio pessoal.<sup>25</sup>

De acordo com Pedro Agostinho, a economia se baseia numa agricultura de roças e o principal produto é a mandioca brava, não sendo prática recorrente a caça<sup>26</sup>. Quanto às indumentárias, Eduardo Galvão menciona que os indígenas Kamaiurá andam inteiramente nus, apenas as mulheres usam um pequeno triângulo colocado pouco acima do púbis, feito do líber de uma árvore, preso a um cinto de fios obtidos da folha de palmeira buriti. Frequentemente pintam o corpo de vermelho de urucu e quando tem festas ou nas lutas desportivas pintam o corpo com urucum, jenipapo, carvão e tabatinga.<sup>27</sup>

Em relação à interação intertribal, os indígenas Kamaiurá possuem constantes e pacíficos contatos com as outras sociedades nativas do Alto Xingu, apesar de sob uma capa de cordialidade ostensiva se possa descobrir indícios de rivalidade latente e de acumulação de

---

<sup>23</sup> GALVÃO, Eduardo. **Encontro de Sociedades: Índios e brancos no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 18.

<sup>24</sup> KAMAIURÁ, Kanawayuri; KAMAIURÁ, Aisanain; JUNQUEIRA, Carmen et.al. Kamaiurá. **Povos Indígenas do Brasil**, 20 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Kamaiur%C3%A1>. Acesso em: 30 dez.2024.

<sup>25</sup> AGOSTINHO. *Op. cit.*, p, 13-14.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>27</sup> GALVÃO. *Op.cit.*, p. 21.

tensões. Os jogos competitivos, os casamentos, as festas e o comércio são os principais mecanismos de interação intertribal.<sup>28</sup>

Essa comunidade foi submetida a contatos frequentes com outros povos e seu caráter pacífico facilitou a aculturação entre as tribos xinguanas, o que ocasionou uma uniformidade cultural que resta como marca mais evidente das identidades étnicas as várias línguas oriundas da família tupi-guarani.<sup>29</sup>

Daniela Lacerda aponta que o povo Kamayurá, dentre outras etnias, comete a prática de infanticídio indígena, quando a criança nasce com alguma deficiência, quando os recém-nascidos são filhos gêmeos e/ou filho de mãe solteira.<sup>30</sup>

Ao nascerem com deficiência, a razão para tal prática é que as crianças não poderão receber o cuidado adequado. Já o nascimento de gêmeos é considerado uma causa de manifestação não humana; e no caso de mãe solteira a criança crescerá sem poder se alimentar, por exemplo, já que a mãe sem o auxílio do homem não poderia pescar. Soma-se a isso, o próprio estigma sofrido pela criança e a não aceitação pela tribo indígena, já que ela não se desenvolveria completamente enquanto membro da comunidade por crescer sem a presença de um pai.<sup>31</sup>

É nesse contexto, que se insere o caso Sol<sup>32</sup>, que apresenta diferentes narrativas, mas o que fica claro na análise do processo judicial é o choque cultural nos discursos entre a comunidade indígena e os representantes dos órgãos estatais, como a Casa de Saúde Indígena (CASAI) impactando diretamente o modo como o direito será aplicado, em especial, o direito penal diante da colisão de interesses.

De acordo com a peça exordial acusatória, no dia 05 de junho de 2018, no bairro Nova Canarana, estado do Mato Grosso, Lua, de 15 anos de idade, deu à luz a um bebê (Sol), porém, por ser mãe solteira, sua mãe (Estrela) e sua vó (Terra) não queriam o nascimento da criança, e

---

<sup>28</sup> AGOSTINHO. *Op. cit.*, p. 14-15.

<sup>29</sup> AGOSTINHO, *Op. cit.*, p. 15.

<sup>30</sup> LACERDA, Daniela Lopes. **As concepções de cultura, vida e humanidade em relação ao “infanticídio indígena” na aldeia Kamayurá.** Revista Ciências da Sociedade (RCS), Vol. 5, n. 9, p. 26-38, Jan/Dez 2021. Disponível em: <<https://portaldeperiodicos.ufopa.edu.br/index.php/revistacienciasdasociedade/article/view/1959/1402>>. Acesso em: 30 dez.2024

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 31-32.

<sup>32</sup> N.A.: Serão dados nomes fictícios para preservar os nomes das partes. A opção pelos elementos da natureza é devido à própria relação estreita que os povos originários possuem com a natureza. Ver KRENAK, Ailton. Ideias para adiar o fim do mundo. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 40.

em comunhão de ações e desígnios, praticaram o crime de homicídio tentado, enterrando a criança enrolada em um lençol no quintal da residência em uma cova de 50 cm.<sup>33</sup>

Os vizinhos, ao tomarem conhecimento da prática, ligaram para a CASAI e a Polícia Militar para informarem do ocorrido, e ao chegarem ao local, encontram o corpo do bebê e a levaram para o hospital.<sup>34</sup>

Todavia, a avó e a bisavó da criança contam uma outra versão da história. Terra teria enterrado a criança, pois quando Lua deu à luz ao bebê, a criança já teria nascido sem vida, pois não chorou e não apresentou nenhum movimento. A mãe foi para o banheiro da residência e, por ser inexperiente, acabou deixando a criança cair ao chão. Quando Terra chegou ao local, viu a criança sem sinais vitais, enrolou-a e a levou para ser enterrada no quintal da residência, que era uma prática da comunidade indígena. Não queriam a morte da criança, apenas a enterraram, pois pensaram que o bebê estava sem vida.<sup>35</sup>

O presente caso torna-se paradigmático, pois: 1) coloca em discussão o tema dos crimes culturalmente motivados, e conseqüentemente, o debate dos indígenas serem responsabilizados criminalmente quando envolve um entendimento cultural diverso daquele que é apresentado pela cultura do ocidente e 2) retrata a criminalização indígena, que como se verá, não acontece por acaso, mas é oriunda de um sistema penal seletivo e punitivo, que encontra nos corpos de pessoas indígenas a maneira de imprimir o seu poder de punir. Os aspectos judiciais do caso serão analisados em momento oportuno.

### 2.1.2 Segundo caso: Ritual da pajelança brava

A comunidade indígena Munduruku está situada às margens das bacias do rio Tapajós e do rio Amazonas, entre os estados do Pará, Mato Grosso e Amazonas, e se autodenomina Wuyuju, cujo significado é “gente verdadeira”.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> MATO GROSSO, Tribunal de Justiça. **Processo Júri nº 0002738-61.2018.8.11.0029**, da 1ª Vara de Canarana do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Ministério Público do Estado de Mato Grosso X Tapoalu Kamayura. Disponível em: <https://consultaprocessual.tjmt.jus.br/?numeroUnico=00027386120188110029>. Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>34</sup> MATO GROSSO. *Op. cit.*

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> DIAS, Bárbara do Nascimento. **“Com os espíritos dos antigos”: a luta do povo Munduruku do médio Tapajós pelo território e pela vida**. 2021. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

Conhecidos e temidos por suas expedições de caças às cabeças-troféu<sup>37</sup>, que duraram até o século XIX, essas práticas tinham grande significado para os guerreiros, além de possuírem valor mágico para atrair as caças.<sup>38</sup>

As mulheres também tinham grande importância na guerra, já que, além de carregar as armas, preparar a comida, ajudar feridos e participar do preparo das cabeças, de acordo com as músicas e histórias contadas por elas, também possuíam o poder de cantar até que os inimigos adormecessem, facilitando o sucesso dos ataques.<sup>39</sup>

O povo Munduruku é muito ligado à terra, contudo, frequentemente eles têm enfrentado invasões em seus territórios por parte de madeireiros, garimpeiros, grileiros e palmiteiros. Tais invasões podem ser explicadas pois a região funciona como rota estratégica para a exportação de grãos e outras commodities, crescendo consideravelmente a quantidade de portos graneleiros às margens do rio, nas proximidades de aldeias Munduruku, além de influenciar a implementação de grandes projetos desenvolvimentistas favorecendo o agronegócio.<sup>40</sup>

Adicionalmente, as hidrelétricas representam uma grande ameaça aos modos de vida e aos territórios Munduruku, pois, por causa delas, o Estado brasileiro tem impedido o processo de demarcação de terras indígenas.<sup>41</sup>

Para os Munduruku a terra é lugar sagrado permeado de histórias sobre os seus antepassados. O território não apenas nutre uma relação de identificação com esse povo, mas também relação de reciprocidade, que é construída através de uma troca de dádivas com os diversos seres existentes no território.<sup>42</sup>

Faz parte de uma construção coletiva e é possível citar dois lugares importantes para a sociocosmologia desse povo: o Karobixexe (Cachoeira de Sete Quedas) e a Dekoka'a (Morro dos Macacos), que são locais que emanam existência e temporalidade para os Munduruku, todavia, foram ambos destruídos por barragens construídas nos rios São Manoel e em Teles Pires, ambas entre os estados do Mato Grosso e Pará.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> N.A.: O povo Munduruku é historicamente conhecido como povo guerreiro, famoso por cortar, mumificar e dependurar em lanças as cabeças de seus inimigos de guerra.

<sup>38</sup> DIAS, *Op. cit.*, p. 19.

<sup>39</sup> DIAS. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 40-41.

Sendo assim, verifica-se uma forte relação desse povo com a terra, todavia, o território indígena constantemente está sendo invadido por projetos desenvolvimentistas que visam expandir o agronegócio.

Outro ponto essencial quando ao se referir aos Munduruku é sobre os seus rituais, dentre eles, a “pajelança brava”<sup>44</sup>. Para esse povo, trata-se de uma “feitiçaria”, quando uma pessoa faz mal a outra jogando cauxi (ou feitiço) trazendo doenças e outros problemas para a aldeia. Na ocasião do pajé bravo ser descoberto, a sua punição é ser executado<sup>45</sup> e foi o que supostamente aconteceu com o filho de Dona Yara.<sup>46</sup>

Ela conta que seu filho Kauê, de 16 anos, no dia 21 de junho de 2015, foi morto por disparo de arma de fogo por outros dois indígenas, na aldeia Sai Cinza, no contexto de um ritual tradicional da etnia Munduruku denominado “pajelança brava”.<sup>47</sup>

A história começa no dia 01 de junho de 2015, quando outro indígena faleceu em um suposto afogamento. Os pais da vítima consultam o Pajé, o capitão, o cacique e lideranças da aldeia e a morte é atribuída a uma feitiçaria que o adolescente Kauê teria realizado. Conclui-se, então, que o que levou a morte desse jovem foi um ritual da “pajelança brava” e que Kauê seria um pajé.<sup>48</sup>

Por ser a prática de magia negra a única conduta passível de pena de morte naquela comunidade, segundo a Informação Técnica nº 002/2016/FUNAI, dois indígenas executaram Kauê dentro de casa, a tiros de espingarda, que teve seu corpo arrastado até o rio Cabitutu, onde

---

<sup>44</sup> N.A.: O tema da pajelança é extremamente denso, que envolve um estudo antropológico mais aprofundado da matéria, não sendo o foco dessa pesquisa. Para aprofundar os estudos sobre a temática, ver obra de: PIKANÇO, Eloane Janay dos Santos; COSTA, Fabiana de Almeida; FILHO, Florêncio Almeida Vaz, et.al. Pajés, Benzedores, Puxadores e Parteiras: Os imprescindíveis sacerdotes do povo na Amazônia. Universidade Federal do Oeste do Pará, 2016. Disponível em: [https://www.ufopa.edu.br/media/file/site/ufopa/documentos/2019/0257e12537b267b4391b66dd10062a8f\\_Wa0H HqV.pdf](https://www.ufopa.edu.br/media/file/site/ufopa/documentos/2019/0257e12537b267b4391b66dd10062a8f_Wa0H HqV.pdf). Acesso em: 30 out. 2024 e COSTA, Nathalia Martins Peres. Estudo Etnoterminológico Preliminar do Sistema de Cura e Cuidados do Povo Mundurukú (Tupí). 2013. Dissertação (Mestrado em Linguística) - Departamento de Linguística, Línguas Clássicas e Português, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>44</sup>N.A.: De acordo com a autora, existe três categorias de pajé entre os Munduruku: o pajé, o completo e o bravo. O primeiro possui um amplo conhecimento sobre plantas e animais medicinais, além da habilidade para reconhecer as causas das enfermidades, que podem ser oriundas de razões naturais/físicas (como a má alimentação, a exposição à chuva) ou sobrenaturais/metafísicos (como ser vítima de algum kauxi (feitiço)). A diferença entre um pajé completo e um comum, está em como ele faz o reconhecimento dos elementos causadores de doenças e no poder que ele possui para curá-las. O pajé completo é capaz de ver e ouvir os espíritos, conseqüentemente, pode dar diagnósticos mais completos e realizar curas mais fortes. Já o pajé bravo é o oposto do pajé. Ao invés de preservar a saúde da comunidade, ele realiza feitiços que levam aldeias inteiras a adoecer e morrer.

<sup>45</sup> DIAS. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>46</sup> N.A.: Foi dado nomes fictícios a fim de preservar a identidade das partes.

<sup>47</sup> BRASIL. *Op. cit.*

<sup>48</sup> *Ibid.*

foi esquartejado em pequenos pedaços, sendo retirados seu fígado e coração, que foram triturados. As demais partes do corpo foram amarradas numa pedra e jogadas no rio.<sup>49</sup>

Trata-se, notoriamente, de um caso, que envolve questão cultural e o debate jurídico se concentrou em se os dois indígenas poderiam ser responsabilizados criminalmente ou não diante de se tratar de uma prática cultural comum para aquela comunidade, o ritual da “pajelança brava”.

Chama à atenção a forma através da qual a mídia tratou o caso. O procurador responsável da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal entendeu pelo arquivamento do processo, pelas razões jurídicas que serão expostas em momento oportuno, mas tal decisão tem sido constantemente criticada pelas matérias jornalísticas e órgãos estatais, tendo o Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania emitido uma nota de repúdio da decisão no ano de 2021.<sup>50</sup>

Para o órgão estatal, a morte do adolescente fere o disposto no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, que proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. De acordo com o Ministério, o Brasil reconhece a vida como um bem supremo, devendo ser resguardada a todos, até mesmo quando estamos diante de questões culturais. O referido ato representou uma verdadeira desvalorização da vida indígena, razão pela qual o órgão estatal manifestou seu repúdio à homologação do arquivamento em questão.<sup>51</sup>

Vale dizer que essa nota de repúdio foi emitida enquanto a ex-ministra Damares Alves estava como Ministra dos Direitos Humanos no governo Bolsonaro, momento em que, de acordo com o Relatório do Conselho Indigenista Missionário, o assassinato de indígenas cresceu 54% em comparação com os anteriores (Dilma Rousseff e Michel Temer) sendo registrados 795 mortes de adultos, 416 casos de violência contra pessoas indígenas e 835 mortes de crianças indígenas.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. **Nota de Repúdio**. [Brasília]: Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, 17 nov. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/novembro/nota-de-repudio-1>. Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>51</sup> N.A.:A Gazeta do Povo acompanhou o entendimento do Ministério dos Direitos Humanos emitindo uma nota grotesca intitulada: “MPF defende ritual indígena que incluiu assassinato de menor com espingarda”. LACKSO, Madeleine. “MPF defende ritual indígena que incluiu assassinato de menor com espingarda”. Gazeta do Povo. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/madeleine-lacksko/mp-defende-ritual-indigena-que-incluiu-assassinato-de-menor-com-espingarda/>>. Acesso em 30 out.2024.

<sup>52</sup> BRASIL. **Nota de Repúdio**. *Op. cit.*

<sup>53</sup> ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. **Assassinatos de indígenas cresceram 54% durante governo Bolsonaro, aponta relatório do Cimi, 27 jul 2023**. Disponível em: <https://apiboficial.org/2023/07/27/assassinatos-de-indigenas-cresceram-54-durante-governo-bolsonaro-aponta-relatorio-do-cimi/>. Acesso em: 30 out. 2024.

Como será demonstrado ao longo desse capítulo, no decorrer da história indígena os órgãos estatais estavam mais a serviço de um projeto desenvolvimentista e agroexportador do que visando preservar a vida e o bem-estar dos povos originários, sendo a história desses povos permeada majoritariamente por luta e de violência ao invés do que por reconhecimento cultural e autonomia.

Casos como os demonstrados acima (“ritual da pajelança brava” e caso Sol) trazem que o debate sobre os povos originários incide também na seara penal, através da discussão dos crimes culturalmente motivados (o que se apresenta em ambos os casos), e sobre os atos de criminalização e violência que os indígenas vivem, como a violência do encarceramento, em que se encontra a indígena Terra.

## 2.2 Metodologia: levantando o perfil do objeto de estudo

Realizar um levantamento estatístico sobre a situação prisional e social em que a pessoa indígena se encontra é tarefa árdua, visto que há poucas pesquisas estruturadas sobre a matéria, seja no âmbito dos Estados quanto da União.<sup>54</sup>

A questão indígena fica sempre em um “segundo plano”, o que dificulta conhecer melhor as especificidades desses povos. No entanto, frequentemente em matérias jornalísticas aparece o cenário de violência que os povos originários precisam enfrentar denunciando as lutas existentes que necessitam ser resolvidas.

A fim de elucidar melhor o atual cenário que eles estão inseridos e ampliar o estado da arte sobre a matéria foi realizado um levantamento estatístico dividido em duas partes.

A primeira busca retratar a situação social dos povos originários, ou seja, tem como propósito responder às seguintes perguntas: como eles estão distribuídos espacialmente? quantas e quais são as etnias existentes? Quantos indígenas existem no Brasil? Quais são as suas principais dificuldades? Para isso, foi selecionado duas pesquisas: uma do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em parceria com a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) do ano de 2022<sup>55</sup> e a outra do Conselho Indigenista Missionário, relatório de Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil – dados de 2023 - a fim de responder tais perguntas.

O segundo levantamento estatístico busca analisar a situação prisional dos indígenas. Objetiva-se entender quais são os Estados que mais encarceram indígenas, as taxas de encarceramento distribuídas por gênero e as principais dificuldades encontradas nos estabelecimentos prisionais<sup>56</sup> buscando entender o atual panorama em que se encontram. Contou-se com os dados fornecidos pelo Relatório de Informações Penais<sup>57</sup>, Relatório

---

<sup>54</sup> N.A.: Outro problema no levantamento desses dados é a subnotificação impedindo compor o real quadro da situação indígena no país e, conseqüentemente, verificar se os direitos indígenas estão sendo resguardados ou não. Situação semelhante aconteceu durante a pandemia do COVID-19, em foi possível encontrar casos de subnotificação, em relação ao número de óbitos de indígenas, impossibilitando o direito à saúde desses povos garantido constitucionalmente.

<sup>55</sup> N.A.: Vale ressaltar que a pesquisa do ano de 2022 foi a mais recente que foi possível encontrar sobre a matéria. Há poucas informações reunidas de órgãos oficiais que ajudam a entender o quadro social do indígena, sendo urgente o desenvolvimento de tais pesquisas.

<sup>56</sup> N.A.: Outras perguntas, como: “Que crimes lhes são imputados”, “Qual o(s) perfil(s) do(s) autor(es) e da(s) vítima (s)?” e “Quais foram as penas aplicadas”, não foram possíveis de serem respondidas, porque não foram encontrados dados sobre a matéria. Através da Lei de Acesso à Informação, buscou-se junto aos órgãos oficiais, como Conselho Nacional da Justiça, Tribunais de Justiça dos Estados com maiores taxas de encarceramento, informações que ajudassem a compor o quadro prisional dos indígenas. Contudo, não há dados coletados sobre a matéria demonstrando que a questão indígena não é prioridade no país, sendo essencial o financiamento de pesquisas sobre.

<sup>57</sup> RELIPEN. *Op. cit.*

Estatístico: Indígenas e Justiça Criminal no Amazonas<sup>58</sup> e Relatório: Mutirão de atendimento às pessoas indígenas presas na Penitenciária Estadual de Dourados<sup>59</sup>, no período do primeiro semestre de 2023 até o primeiro semestre de 2024, para responder a tais questionamentos.<sup>60</sup>

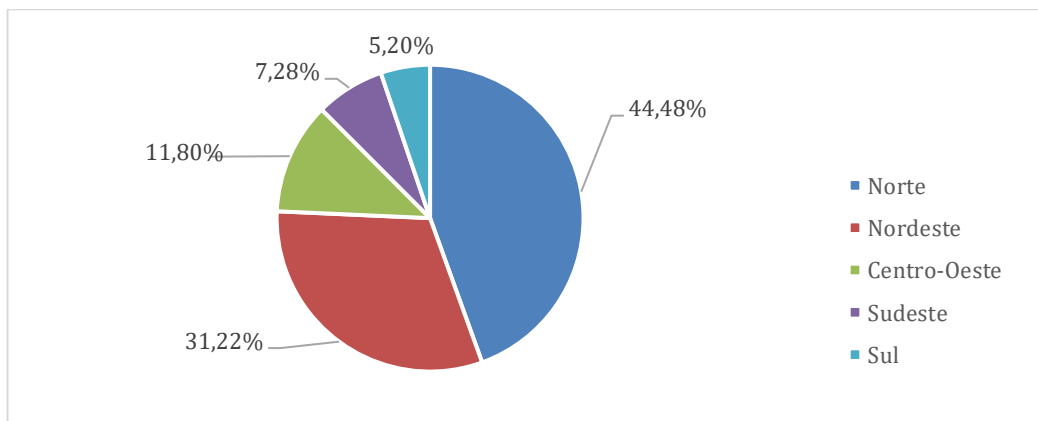
Almeja-se com esses elementos compor o quadro atual dos povos originários e perceber os tipos de violência que precisam superar, como a do encarceramento, demonstrando que o sistema penal devido a sua seletividade - fundada no racismo e em permanências positivistas - encontra no corpo indígena o seu *modus operandi* de punir.

### 2.2.1 Situação social dos povos originários

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em parceria, com a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai), a população indígena no Brasil no ano de 2022 chegou a 1.693.535 pessoas, o que representa 0,83% do total de habitantes.<sup>61</sup>

O país registra mais de 250 línguas indígenas faladas por 305 etnias (Munduruku, Kamayra, Yanomami, Kaiang, Macuxi, Guajajara, Guarani etc.). A região com maior concentração de indígenas é a Norte, de acordo com o Gráfico 1, sendo o estado do Amazonas com maior concentração de número de pessoas indígenas, consoante Gráfico 2.<sup>62</sup>

Gráfico 1 - Distribuição da População Indígena por região



Fonte: Censo Demográfico Nacional-IBGE (2022)

<sup>58</sup> GRUPO PERMANENTE DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO SOCIOEDUCATIVO. *Op. cit.*

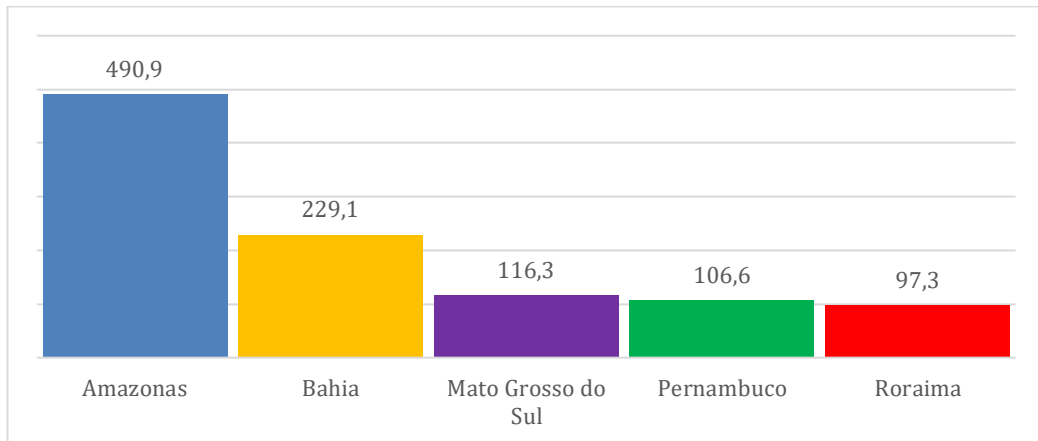
<sup>59</sup> ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, *Op. cit.*

<sup>60</sup> N.A.: Devido à dificuldade da pesquisa em coletar informações sobre o tema, os dados encontrados, excetuando-se aqueles advindos do Relatório de Informações Penais, são de dois estados brasileiros que reúnem informações sobre o quadro prisional indígena, que é o Amazonas e o Mato Grosso do Sul.

<sup>61</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Op. cit.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

Gráfico 2 - Estados com maior número de população indígena



Fonte: Censo Demográfico Nacional-IBGE (2022)

Apesar da riqueza cultural e da diversidade étnica apresentada pelos povos originários, que se encontram em diversos cantos do Brasil, principalmente na Região Norte, o ataque aos direitos indígenas remonta desde o período colonial, persistindo até a atualidade através da continuidade das invasões de terras indígenas, conflitos e ações violentas contra as comunidades repercutindo nos altos índices de assassinatos, suicídios e mortalidade na infância entre esses povos, conforme levantamento de dados apresentado pelo Conselho Indigenista Missionário no relatório *Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil – dados de 2023*.<sup>63</sup>

Na atualidade, um dos principais problemas enfrentados pelos indígenas é a delimitação de suas terras. Foram registrados no ano de 2023, 276 casos de invasões possessórias, exploração de recursos naturais e danos ao patrimônio indígena, que atingiram ao menos 202 terras e territórios indígenas em 22 estados, e outros 150 casos de conflitos por direitos fundiários em 24 estados do país, de acordo com o Relatório do CIMI<sup>64</sup>. São números preocupantes que demonstram que o conflito fundiário ainda persiste no país.

Um dos principais pontos discutidos sobre o conflito de terras envolvendo a questão indígena é o marco temporal.<sup>65</sup> Apesar de o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365, ter decidido que o marco temporal é inconstitucional, o Senado Federal aprovou em regime de urgência o Projeto de Lei (PL) 2903/2023, que foi

<sup>63</sup> CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Op. cit.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> N.A.: O marco temporal está inserido no debate referente aos povos indígenas e o direito a ocupar apenas terras que ocupavam ou já disputavam em 05 de outubro de 1988.

vetado parcialmente pelo presidente Lula, em especial, o artigo que tratava sobre o marco temporal.

No entanto, o Congresso não demorou a derrubar a maior parte dos vetos presidenciais, promulgando a Lei 14.701/2023, sendo um verdadeiro retrocesso de direitos no tocante à demarcação de terras indígenas.<sup>66</sup>

A Lei 14.701/2023 contribui para a abertura dos territórios indígenas aos interesses econômicos de exploração por parte de terceiros, limitando o direito conquistado pelos povos de usufruto exclusivo dos bens naturais dentro de suas terras. Ademais, flexibiliza o direito fundamental dos povos indígenas à consulta prévia, livre e informada e altera substancialmente a forma do procedimento administrativo de demarcação. Mais uma vez os interesses econômicos do capital são colocados à frente dos interesses dos grupos vulnerabilizados em busca de um falso projeto desenvolvimentista argumentado pelo Estado.

Outro problema enfrentado pelos indígenas é a constante violência pela qual são submetidos. De acordo com relatório do CIMI de 2023 podem ser mencionadas as seguintes<sup>67</sup>, de acordo com a Tabela 1 abaixo.

Tabela 1 - Total de casos de tipos de violência sofrida pelos indígenas no Brasil

<b>Tipo de Violência</b>	<b>Total de Casos</b>
Abuso de Poder	15
Ameaça	17
Ameaça Várias	40
Assassinatos	208
Lesão Corporal	18
Racismo e Discriminação Étnico-Cultural	38
Tentativa de Assassinato	35
Homicídio Culposo	17

<sup>66</sup> BRASIL. **Lei 14.701, de 20 de outubro de 2023**. Dispõe sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 2023.

<sup>67</sup> CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Op. cit.*

Violência Sexual	23
	<b>411 casos</b>

Fonte: CIMI (2023)

Esses números chamam atenção para as diversas violências sofridas pelos indígenas no ano de 2023<sup>68</sup>. As ameaças que sofrem os povos originários são realizadas por madeireiros, grileiros e garimpeiros, que frequentemente recorrem a atos intimidatórios para silenciar aqueles que são contra suas atividades ilegais.

As lideranças indígenas são as principais figuras a serem ameaçadas. Como exemplo há o caso da liderança indígena do povo Mura no Amazonas. Trata-se de uma terra indígena que não está demarcada, mas se encontra no centro dos interesses do agronegócio e da mineração, em razão do seu potencial como reserva de potássio para a indústria nacional de fertilizantes. Por causa da sua potencialidade na extração do mineral, lideranças indígenas estão sendo ameaçadas o que levou o MPF/AM a inclui-los no programa estadual de proteção no Amazonas.<sup>69</sup>

Outro caso semelhante ocorre com as lideranças da Terra Indígena Munduruku, que pedem proteção às autoridades contra as retaliações de garimpeiros. Segundo levantamento de grupos indígenas, ao menos 18 líderes indígenas estão ameaçados de morte após ações contra o garimpo ilegal no Pará. Vale destacar que a TI Munduruku é uma das três TIs que concentram 95% do garimpo ilegal no país, juntamente com Yanomami e Kayapó. Entre os líderes ameaçados, que tiveram de deixar suas casas por pressão de criminosos, está Maria Leusa Munduruku, coordenadora da Associação das Mulheres Munduruku Wakoborên.<sup>70</sup>

Consoante se depreende desses dados, observa-se um aumento expressivo na violência praticada contra lideranças indígenas com o objetivo de enfraquecer toda a luta pelos direitos indígenas, já que eles são os principais representantes de cada Terra Indígena.

Além das ameaças, os indígenas são vítimas de assassinatos. O Estado brasileiro com maior número de assassinatos computados foi Roraima com 47 casos, seguido de Mato Grosso do Sul (43) e Amazonas (36). Os crimes foram registrados em 26 estados do país e vitimaram

---

<sup>68</sup> N.A.: Vale ressaltar que esses números dizem respeito ao total de casos no Brasil. Para observar os números de violência em cada Estado do país, ver relatório do CIMI de 2023.

<sup>69</sup> CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Op. cit.*, 129.

<sup>70</sup> *Ibid.* 131.

179 homens e 30 mulheres. A maioria das vítimas, 171, tinham entre 20 e 59 anos de idade, e 19 delas tinham até 19 anos.<sup>71</sup>

Além desses tipos de violência realizados contra a pessoa, os indígenas lidam com a falta de assistência do Estado, principalmente no tocante à saúde.

De acordo com o relatório do CIMI de 2023, foram registrados a ocorrência de 1040 óbitos de crianças indígenas de 0 a 4 anos de idade. Os estados que computaram o maior número de óbitos de crianças indígenas de até 4 anos de idade foram Amazonas (295), Roraima (179) e Mato Grosso (124). Juntos, os três somam 57,5% do total de mortes registradas no ano. A maior parte total dos óbitos, 575 (55,3%), vitimou crianças do sexo masculino.<sup>72</sup>

As principais causas de óbito são: gripe e pneumonia (141), por diarreia, gastroenterite e doenças infecciosas intestinais (88) e por desnutrição (57). Também chama atenção a quantidade de mortes decorrentes de doenças causadas por protozoários (26), como malária, toxoplasmose e leishmaniose.<sup>73</sup>

Nesse levantamento de dados não foi possível obter informações de quantas crianças indígenas faleceram em decorrência de alguma questão cultural, como foi o caso 1: Sol, até mesmo porque diante dessas situações, prevalece a subnotificação.

Pode-se dizer que a questão indígena no país suscita ainda mais dúvidas do que se obtém respostas, sendo escassos trabalhos acadêmicos, principalmente com levantamento de dados estatísticos, que tratem sobre a situação social dos indígenas, principalmente com o recorte cultural sendo importante pesquisas serem desenvolvidas, nesse sentido.

Apesar da falta de dados sobre o tema, o que se buscou foi traçar um breve quadro da situação social desses povos, que se deparam com constantes violências e é nesse cenário que eles estão inseridos.

### 2.2.2 Situação prisional dos povos originários

Na atualidade, a maneira encontrada para “punir” o indígena é a violência praticada em face de seu corpo e alma como destacado no tópico anterior, mas também através do encarceramento.

O sistema penal, invariavelmente, gera violência fundado na lógica da seletividade, recaindo sobre corpos vulnerabilizados, em especial, negros, mulheres e indígenas, a ótica

---

<sup>71</sup> *Ibid.* 141.

<sup>72</sup> CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Op. cit.*, 221.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 222.

punitiva do Estado. São inúmeras as denúncias encontradas no sistema prisional e no caso brasileiro levou até o seu reconhecimento como “estado de coisas inconstitucionais” pelo STF através da ADPF nº 347/DF.<sup>74</sup>

Segundo Rusche e Kirchheimer, a forma originária do cárcere moderno estava estritamente ligada às casas de correção manufatureiras tendo como objetivo principal não a recuperação dos reclusos, mas a exploração racional da força de trabalho<sup>75</sup>. Melossi e Pavarini exemplificam com as Bridewells, na Inglaterra, cujo objetivo era reformar os internos através do trabalho obrigatório e da disciplina, acolhendo nesse lugar os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de menor importância. Ademais, deveriam elas desencorajarem outras pessoas a seguirem o caminho da vagabundagem e do ócio, assegurando o próprio auto-sustento através do trabalho.<sup>76</sup>

Da mesma forma, os autores citam como casas de correção as rasp-huis em Amsterdã na primeira metade do século XVII. A composição da população interna era semelhante aquela encontrada na Inglaterra: jovens autores de infrações menores, mendigos, vagabundos e ladrões.<sup>77</sup>

Ainda sobre a instituição-prisão, Michel Foucault menciona que ela foi criada sob um duplo fundamento- jurídico-econômico-por um lado, técnico-disciplinar por outro- fazendo aparecer como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas.<sup>78</sup>

Jurídico-econômico, pois visa retribuir o “mal” que foi feito através de um trabalho, e técnico disciplinar, uma vez que cria uma forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo.<sup>79</sup>

#### 2.2.2.1 Levantamento de dados estatísticos compondo o quadro de violências no sistema prisional que sofrem os povos originários

Longe de querer esgotar toda a temática que envolve a história das prisões, o foco da presente pesquisa é demonstrar de maneira sucinta que o sistema penal, por si só, já é violento

---

<sup>74</sup> N.A.: O estado de coisas inconstitucional caracteriza-se por um quadro de violação generalizada de direitos fundamentais causado por falhas estruturais e pela inércia das autoridades públicas em atender as demandas prisionais.

<sup>75</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social (1939)**. 2. ed. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 99.

<sup>76</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 36

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 43

<sup>78</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 262.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 260.

e, desde sua origem, recai sobre corpos específicos perante a ótica punitiva do Estado, ganhando contornos particulares quando se trata dos povos originários. Ademais, foram criados mecanismo de controle e disciplinamento dos corpos indígenas, que assumiu na prisão a sua expressão máxima, instituição até então desconhecida para esses povos.

José Corrêa aponta a existência de pequenas cadeias e áreas de confinamento apresentando documentos relativos ao período de 1942-1967, que registram a transferência de indígenas supostamente infratores para vários locais de detenção em determinadas regiões do território brasileiro.<sup>80</sup>

Podem ser mencionados: o Posto Indígena de Icatu, em Braúna/SP, para onde foram encaminhados indígenas do Paraná, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais e Rio de Janeiro. Também o de Vanuíre, em Arco-Íris/SP.<sup>81</sup>

Os Postos Indígenas Nonoai e Cacique Doble no Rio Grande do Sul havia celas em condições humanas degradantes. Menciona-se ainda o presídio criado na Ilha do Bananal e durante a Ditadura Militar, a FUNAI manteve o Reformatório Krenak, a Fazenda Guarani e uma colônia penal clandestina no território Yanomami.<sup>82</sup>

Ou seja, o modelo prisional havia chegado aos povos originários com a sua violência e truculência. No relatório apresentado por Figueiredo<sup>83</sup> é apontado que nos Postos Indígenas Nonoai e Cacique Doble no Rio Grande do Sul, os indígenas Kaiang sofriam maus tratos, roubos, castigos corporais, espancamento e tortura através do instrumento do tronco.<sup>84</sup>

Marcelo Mayora menciona que para o Reformatório Krenak eram enviados os indígenas “desobedientes” de todo o país<sup>85</sup>. José Corrêa explica que eram os policiais os responsáveis por “controlá-los”. A estada no reformatório buscava recuperar os indígenas de seus maus hábitos, reeducar a sua maneira viciada (roubos, vadiagem, embriaguez, etc.) de lidar com o mundo,

<sup>80</sup> CORRÊA, José Gabriel Silveira. **A ordem a se preservar: A gestão dos índios e o Reformatório Agrícola Indígena Krenak**. 2000. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, UFRJ, p. 38.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p.144.

<sup>83</sup> BELTRÃO, Jane Felipe. **Relatório Figueiredo: Atrocidades contra povos indígenas em tempos ditatoriais**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Mórula, 2022. Disponível em: [http://laced4.hospedagemdesites.ws/wp-content/uploads/2022/10/RelatorioFigueiredo\\_WEB\\_01SET.pdf](http://laced4.hospedagemdesites.ws/wp-content/uploads/2022/10/RelatorioFigueiredo_WEB_01SET.pdf). Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>84</sup> N.A.: O Tronco consistiu no método de esmagar os tornozelos de pessoas indígenas, colocando-os entre duas estacas enterradas em ângulo agudo, movimentadas de forma a juntar os dois pedaços de madeira, pressionando e moendo os ossos dos tornozelos. O desastre da prática de tortura é inominável, pois deixava as pessoas sem andar, afora a dor e a humilhação.

<sup>85</sup> ALVES, Marcelo Mayora; ANTÔNIO, Márcio Kaiang Katánh Manoel; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. **Controle Social e resolução de conflitos em um território Kaiang**: estudo sobre a cadeia indígena. Rev. Direito e Práxi., Rio de Janeiro, Vol. 14, n.02, 2023, p. 1127-1159. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/74990/46345>. Acesso em: 30 out. 2024.

adequando-os a uma nova rotina de horários e atividades que seguiam os interesses dos funcionários ou da “instituição”.

Em tópico próprio será aprofundado o estudo sobre como os órgãos estatais da época, influenciados por uma política assimilacionista, criaram essas instituições de controle, mas o que cabe destacar é a existência dessas instituições e como, já desde a sua origem, elas eram violentas.

Ademais, a prisão representa uma dupla punição para os povos indígenas, uma vez que, além da privação da liberdade, o indígena é submetido a um verdadeiro processo inquisitivo de acultramento e perda de sua subjetividade<sup>86</sup>. Inseridos forçosamente em práticas assimilacionistas são obrigados a apagar suas especificidades culturais e na prisão, essa dura realidade não seria diferente.

Apesar de poucos estudos desenvolvidos sobre o sistema prisional indígena foi possível coletar algumas informações no Relatório de Informações Penais<sup>87</sup>, no Relatório Estatístico: Indígenas e Justiça Criminal no Amazonas<sup>88</sup> e Relatório: Mutirão de atendimento às pessoas indígenas presas na Penitenciária Estadual de Dourados<sup>89</sup> que ajudam a elucidar a atual situação prisional indígena a fim de demonstrar o contexto de violência ao qual estão submetidos, mas longe de esgotar a temática, pois ficou evidente durante as pesquisas que o tema merece uma coletânea de dados mais concisa e elaborada, não sendo possível de ser encontrada até o presente momento. De acordo com o Relatório de Informações Penais, a taxa de encarceramento dos indígenas aumentou no último biênio, conforme demonstrado na Tabela 2 abaixo.<sup>90</sup>

Tabela 2 - Presos Indígenas no biênio 2023/2024 no Brasil

	<b>Masculino</b>	<b>Feminino</b>
1º Semestre de 2023	1.147	79
2º Semestre de 2023	1.199	82
1º Semestre de 2024	1.345	91
<b>TOTAL</b>	<b>3.691</b>	<b>252</b>

Fonte: RELIPEN 2023/2024

<sup>86</sup> CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>87</sup> RELIPEN. *Op. cit.*

<sup>88</sup> GRUPO PERMANENTE DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO SOCIOEDUCATIVO., *Op. cit.*

<sup>89</sup> ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul. *Op. cit.*

<sup>90</sup> RELIPEN. *Op. cit.*

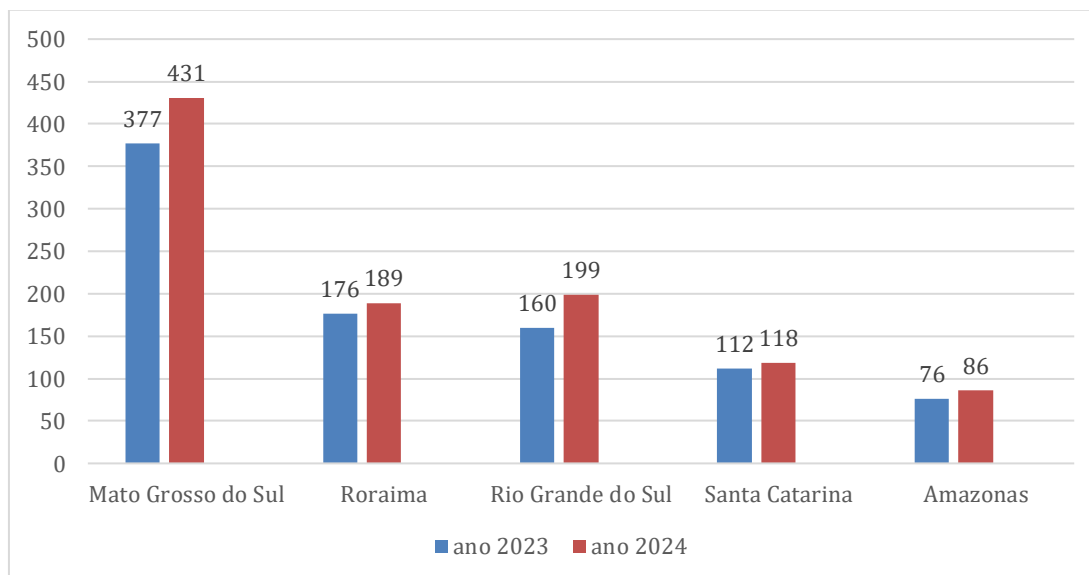
Em relação ao encarceramento masculino, a taxa de aumento foi de 17,62% e do feminino foi de 15,18%<sup>91</sup>. Apesar de parecer que não foi um aumento tão expressivo, vale a pena perguntar se a prisão seria a medida de punição mais adequada, já que os indígenas possuem os seus próprios métodos de resolução de conflitos, que são apagados pela cultura ocidental e moderna, que tem na prisão a sua crença ressocializadora.

Além disso, de acordo com a Resolução nº 287/2019, que trata sobre os procedimentos relativos às pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, o encarceramento afasta a pessoa indígena da sua comunidade, do seu território tradicional, das suas relações familiares e do seu modo de vida.<sup>92</sup>

Ainda, deve-se mencionar que o estabelecimento penal estatal é um mecanismo exógeno à organização social dos indígenas. Ao desrespeitar a organização social indígena e seus costumes, o encarceramento impacta severa e negativamente a saúde física e mental dessas pessoas.

Os Estados brasileiros que registraram a maior taxa de encarceramento no referido período é demonstrado no Gráfico 3 a seguir:<sup>93</sup>

Gráfico 3 - Presos indígenas: Estados com maiores taxas de encarceramento



Fonte: RELIPEN 2023/2024

<sup>91</sup> *Ibid.*

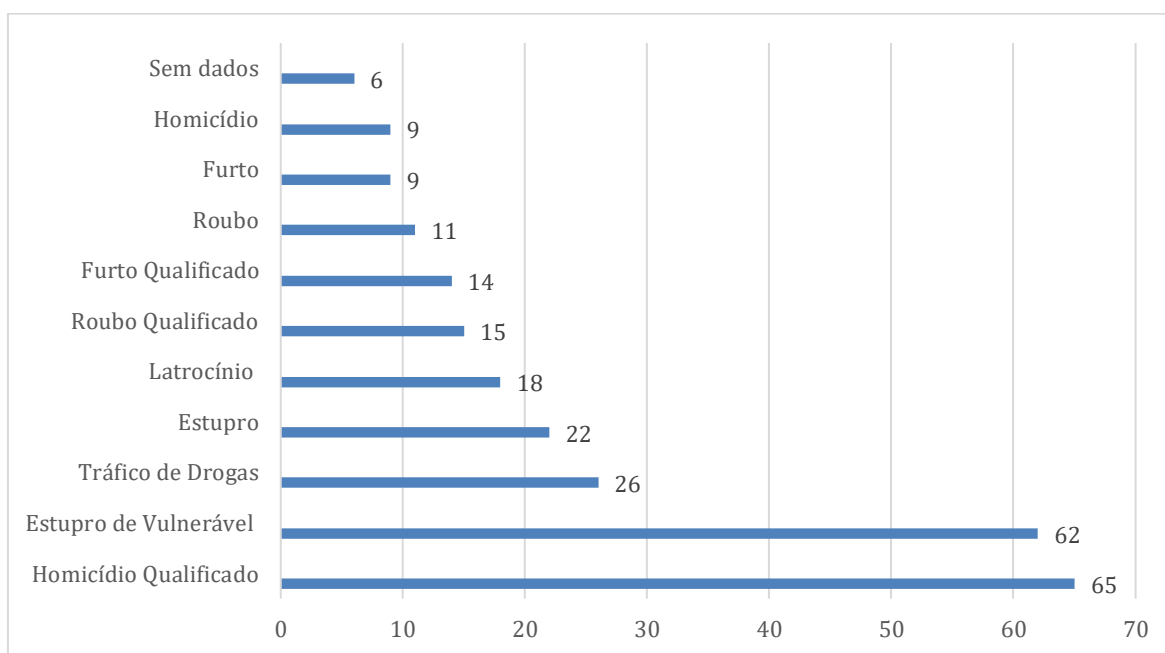
<sup>92</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual Resolução 287/2019**: procedimentos relativos a pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade. Brasília: CNJ, 2019.

<sup>93</sup> RELIPEN. *Op. cit.*

Destacam-se os estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina ocuparem as cinco primeiras posições como aqueles que mais encarceram indígenas, pois há um falso pensamento popular de que os “indígenas estão na Amazonas”, mas esses dados colocam em evidência que eles estão espalhados por todo o Brasil e que não é somente na Região Norte, que sofrem da violência estatal.

O Estado do Mato Grosso do Sul aparece com os maiores números de encarceramento indígena no Brasil. Apesar do RELIPEN não apresentar um estudo mais detalhado sobre os indígenas no referido estado, foi possível descobrir, através do Relatório: Mutirão de atendimento às pessoas indígenas presas na Penitenciária Estadual de Dourados<sup>94</sup>, quais são os crimes mais praticados por eles em julho de 2023 no referido município.<sup>95</sup>

Gráfico 4 - Crimes praticados pelos indígenas encarcerados em Dourados (MS)



Fonte: DP/MS (julho de 2023)

<sup>94</sup> N.A.: Tednéy Moreira da Silva esclarece que entre 2018 e 2023, Dourados foi o município com a maior população indígena em contexto prisional do MS, seguido por Naviraí. Ambos são municípios do sul do estado marcados por disputas territoriais em razão da desterritorialização das comunidades indígenas, provocada com o avanço da exploração fundiária.

<sup>95</sup> N.A.: Vale mencionar que o estudo tem como *locus* o município de Dourados em MS, não sendo possível encontrar um estudo de quais são os crimes mais praticados pelos indígenas no estado do Mato do Grosso Sul, e muito menos, no Brasil, apesar de serem dados muito relevantes que ampliariam o estado da arte sobre a situação prisional indígena. Não dá para generalizar dizendo que os crimes mais cometidos pelos indígenas são esses que estão descritos no gráfico 4, mas a pesquisa viabiliza entendermos os principais crimes cometidos pelos indígenas naquela região e durante aquele período dando um pequeno norte da situação das prisões do Mato Grosso do Sul. Como o referido estado registrou o maior número de encarceramento no país, o relatório apresentado acima torna-se importante, pois apresenta um pequeno panorama da região.

Tednéy Moreira explicita que as prisões na região são o espaço da não-cidadania e são usadas como mecanismos de contenção dos conflitos agrários (que são muito frequentes na localidade), para além das finalidades gerais de garantia da segurança pública e de cumprimento das decisões da justiça criminal. Os indígenas figuram como os principais dissidentes da ordem econômica, hegemonicamente imposta. Para o autor, trata-se de uma tática de controle da diversidade étnica que se manifesta tanto no uso acrítico e desproporcional da criminalização em relação aos indígenas, quanto na distribuição geográfica das unidades prisionais em regiões de acentuada conflituosidade fundiária.<sup>96</sup>

Ainda, o relatório coloca que uma das principais dificuldades encontradas pelos indígenas que se encontram privados de liberdade naquela região é quanto à questão das visitas.

O artigo 41 da Lei de Execução Penal, no inciso X, dispõe que constitui como direito do preso a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados<sup>97</sup>. Para os indígenas privados de liberdade, a Resolução nº 287 do CNJ prevê tratamento diferenciado a eles durante sua permanência no estabelecimento penal, como por exemplo, nas visitas sociais<sup>98</sup>. A resolução dispõe que nos estabelecimentos penais onde houver pessoas indígenas privadas de liberdade, o juízo de execução penal, no tocante à realização de visitas sociais, deve levar em conta as formas de parentesco reconhecidas pela etnia a que pertence a pessoa indígena presa, a possibilidade de visitas em dias diferenciados, considerando os costumes indígenas e o respeito à cultura dos visitantes da respectiva comunidade. Ademais, o rol de visitantes das pessoas indígenas deve ser o mais amplo possível por conta do grave impacto que o afastamento causado pelo cárcere gera sobre comunidades indígenas.

Apesar de tais direitos reconhecidos, a pesquisa do Mutirão de Mato Grosso do Sul identificou que dos indígenas presos daquela região 69,9% deles não recebem visitas sociais. É de suma importância, nesse ponto, entendermos também como as famílias indígenas reagem a situação da prisão e a questão da visita. O relatório do CIMI indicou que quanto à questão das visitas, muitas famílias querem ver seus parentes que estão presos, mas sofrem com os problemas burocráticos, além dos empecilhos culturais na relação com a administração penitenciária de onde eles estão inseridos.

---

<sup>96</sup> SILVA. *Op. cit.*, p. 257.

<sup>97</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984- **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>98</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Op. cit.*

Observa-se, então, que a família acaba sofrendo os problemas do cárcere junto com o preso, que se vê impedido de dar uma maior assistência aos encarcerados por conta dos obstáculos colocados pelo Estado.

Rafael Godoi menciona o processo de estigmatização e de empobrecimento material que as famílias lidam ao visitar os presos nas penitenciárias, mas, sobretudo, chama a atenção para o sofrimento que é imposto às famílias, não deixando de ser também a capitalização dos afetos por parte das agências estatais<sup>99</sup> e, no caso indígena, a questão afetiva ganha contornos particulares, pois eles se deparam com uma questão cultural diferente da que eles estão acostumados.

Analisa-se pelos dados fornecidos pelo RELIPEN no Gráfico 3 que o Amazonas também compõe o quadro dos cinco estados com maiores taxas de encarceramento da população indígena. O Relatório Estatístico: Indígenas e Justiça Criminal no Amazonas trazem importantes dados que ajudam na elucidação do quadro do sistema prisional indígena na região.

A população carcerária no estado do Amazonas no ano de abril de 2024, levando-se em conta aqueles que estão presos provisoriamente, condenados em regime fechado e em medidas de segurança, compõe-se de 5.928 pessoas privadas de liberdade, sendo indígenas 136 pessoas o que representa 2,30% da população carcerária. A fim de uma melhor elucidação, tem-se a Tabela 3 a seguir<sup>100</sup>:

Tabela 3 - Presos indígenas e Não Indígenas no Estado do Amazonas

	<b>Não Indígenas</b>	<b>Indígenas</b>	<b>Total</b>
<b>Preso(a) em regime provisório</b>	2.699	78	2.747
<b>Preso (a) condenado em regime fechado</b>	3.114	58	3.172
<b>Medida de Segurança</b>	9	0	9
<b>Total</b>	5.792	136	5.928

Fonte: GMF/TJAM (abril de 2024)

<sup>99</sup> GODOI, Rafael. **Fluxos em Cadeia**: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) - Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2015, p. 213-214.

<sup>100</sup> GRUPO PERMANENTE DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO SOCIOEDUCATIVO. *Op. cit.*

Consoante se depreende da análise da tabela acima, o número de indígenas presos em regime provisório é de 78, enquanto presos condenados em regime fechado, o número é de 58. Ademais, de acordo com a pesquisa apresentada pelo Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Prisional e do Sistema Socioeducativo (GMF) em parceria com o Tribunal de Justiça do Amazonas, a maioria das pessoas indígenas estão encarceradas no interior 75 % e na capital encontram-se 25%.<sup>101</sup>

Em relação à população prisional indígena por gênero, a maioria é masculina (98.5%), com pouca quantia feminina (1.5%). Quanto à composição étnica, no Estado do Amazonas, há uma maior representação no sistema prisional dos povos indígenas Baré, Kokama, Tikuna, Tukano e Apurinã<sup>102</sup>.

Esse estudo realizado apresenta a realidade prisional no estado do Amazonas. Contudo, a questão prisional indígena é muito maior. Não foi possível encontrar outros levantamentos estatísticos em relação aos outros estados (além do apresentado) o que torna urgente o desenvolvimento de trabalhos acadêmicos nesse sentido a fim de contribuir para uma melhor compreensão da temática.

Apesar disso, o que esses dados buscam demonstrar é que os povos originários estão inseridos em um contexto de violência, seja ela física, seja mental; através dos homicídios e lesões corporais sofridas, por exemplo, a fim de atender os interesses econômicos e desenvolvimentistas de grandes ruralistas e/ou através da violência institucional praticada pelo Estado, que encarcera os indígenas.

Sendo assim, diante desse contexto de violência no qual os povos originários estão submetidos, a justificativa empírica desse trabalho se apresenta colocando em centralidade que tratar da questão indígena é urgente e não pode ser mais adiada e, muito menos, silenciada como a história brasileira demonstra.

Para que seja possível responder à pergunta deste trabalho, que é “Qual seria o enquadramento mais adequado a partir do conceito analítico de delito para situações conhecidas como delitos culturalmente motivados quando praticado por indígena?”, primeiramente, é necessário entender os pilares que constroem um sistema penal que mata e encarcera indígenas.

---

<sup>101</sup> GMF/TJAM. **Relatório Estatístico: Indígenas e Justiça Criminal no Amazonas**. Amazonas: GMF/TJAM, abril de 2024. Disponível em:< <https://www.tjam.jus.br/index.php/relatorios/relatorios-estatisticos/45212-relatorio-estatistico-indigenas-e-justica-criminal-no-amazonas/file>>. Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>102</sup> GMF/TJAM. **Relatório Estatístico: Indígenas e Justiça Criminal no Amazonas**. Amazonas: GMF/TJAM, abril de 2024. Disponível em:< <https://www.tjam.jus.br/index.php/relatorios/relatorios-estatisticos/45212-relatorio-estatistico-indigenas-e-justica-criminal-no-amazonas/file>>. Acesso em: 30 out. 2024.

A seletividade penal que será exercida com base no racismo e nas ideias positivistas repercutirá no sistema prisional e influenciará através da criminalização primária em uma política indigenista brasileira marcada por esses elementos, como será possível observar nos próximos tópicos.

## 2.3 Pilares do sistema punitivo brasileiro

### 2.3.1 Primeiro pilar do sistema punitivo brasileiro: o racismo

A necessidade de encarcerar indígenas e casos como a do Sol e do ritual da “Pajelança braba” demonstram que o poder punitivo do Estado seleciona corpos indígenas para exercer seu controle, sem analisar as especificidades culturais, que são próprias desses povos.

As pessoas indígenas, assim como os negros e as mulheres, são “alvos” de uma seleção penalizante que se chama criminalização, resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o sistema penal.

Essa criminalização pode ser dividida em primária e secundária. A primária é quando as agências políticas (parlamento, executivo) elaboram leis penais que incriminam ou permitem a punição de certas pessoas, mas quem realiza o programa estabelecido pela criminalização primária são as agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes e agentes penitenciários), pois eles que vão decidir as pessoas que serão criminalizadas e as vítimas potenciais protegidas.<sup>103</sup>

A criminalização secundária realiza a seleção penal sobre estereótipos específicos selecionando aqueles de acordo com a situação de vulnerabilidade. De acordo com Nilo Batista e Zaffaroni, o estereótipo criado direcionado a essas pessoas desvalorizadas está associado a todas as cargas negativas existentes na sociedade, criando uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos.<sup>104</sup>

As pessoas indígenas estão submetidas em um contexto de vulnerabilidade, pois constantemente são discriminadas e marginalizadas sendo ausentes as políticas estatais, que estejam voltadas para educação, saúde, além dos constantes conflitos fundiários, que os colocam a margem da sociedade.

A seletividade dos indígenas acontece por uma questão racial, que vê em seus corpos, pessoas inferiorizadas, e conseqüentemente, vulneráveis, “alvos” mais fáceis para a incidência do Direito Penal.

---

<sup>103</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito penal brasileiro, primeiro volume**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 46.

Thula Pires, ao tratar sobre a seletividade penal, esclarece que cabe às instituições públicas de criminalização primária e secundária a tarefa de segregar os inadaptados partindo do pressuposto de que a contenção exercida pelos órgãos que compõem o sistema penal tem cunho eminentemente racial.<sup>105</sup>

Ana Flauzina, ao analisar sistema penal, constata que o racismo se encontra como política de Estado historicamente empreendida para controlar e exterminar as populações negras e indígenas na América Latina.<sup>106</sup>

Entender como o Estado utiliza do racismo para justificar extermínio de populações, dentre elas, a indígena, é central para o trabalho, bem como entendermos os pilares que o poder punitivo se utiliza para a manutenção da seletividade penal quanto à raça.

Sendo assim, cabe analisar esse primeiro alicerce teórico sob a qual as agências estatais exercem a criminalização secundária, que é o racismo através de um dos principais autores que trabalham a temática, que é Michel Foucault.

### 2.3.1.1 Michel Foucault e o racismo

Para o entendimento da ideia de racismo de Estado desenvolvida por Michel Foucault, com o objetivo de estabelecer uma relação com o extermínio sofrido pelos povos originários desde a colonização, primeiramente, é necessário entender o que é biopoder e biopolítica, pois é a partir desses conceitos que será construída a noção de racismo.

Para o autor, o soberano tem direito de vida e de morte determinando quem pode morrer e quem ele deixará viver. Logo, o súdito, do ponto de vista da vida e da morte, deve ser considerado como neutro, pois é por causa do soberano que o súdito tem direito de estar vivo ou tem direito, eventualmente, de estar morto.<sup>107</sup>

Nos séculos XVII e XVIII apareceram as técnicas de poder que eram essencialmente centradas no corpo individual. Essas técnicas buscavam aumentar a força útil através do exercício e do treinamento, devendo ser menos onerosa possível, mediante todo um sistema de

---

<sup>105</sup> PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do Racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) –Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 248.

<sup>106</sup> FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 35.

<sup>107</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: Curso no Collège de France (1975-1976), (trad. De Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 286.

vigilância, de hierarquias, inspeções, escrituras e relatórios, sendo chamadas de tecnologia disciplinar do trabalho<sup>108</sup>.

No final da segunda metade do século XVIII surge uma outra tecnologia do poder que se dirige à multiplicidade dos homens, levando em conta não apenas os seus corpos individuais, mas, ao contrário, uma massa global afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, como o nascimento, a morte, doença, que será chamada de biopolítica.<sup>109</sup>

Para Foucault, a biopolítica lida com a população como um problema político, científico, biológico e de poder, na qual tem como propósito buscar estados globais de equilíbrio e de regularidade.<sup>110</sup>

O racismo surge como aquele poder que exercerá um corte entre o que deve viver e o que deve morrer. Trata-se no contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, sua distinção, hierarquia, a qualificá-las de certas raças como “boas” e de outras, ao contrário, como “inferiores”, sendo uma maneira de defasar no interior da população uns grupos em relação aos outros.<sup>111</sup>

Para o autor, o racismo cria o pensamento de que

Quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação a espécie, mais eu - não enquanto indivíduo, mas enquanto espécie - viverei, mais forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei proliferar.<sup>112</sup>

Sendo assim, o racismo vai se desenvolver principalmente com a colonização, ou seja, com o genocídio colonizador, baseando-se na ideia de que a morte dos outros é o fortalecimento biológico da própria pessoa na medida em que ela é membro de uma raça ou de uma população.<sup>113</sup>

Essa ideia de Foucault ajuda a entendermos as origens do genocídio e do extermínio, que busca erroneamente justificar que isso acontece, pois há uma raça superior em detrimento da outra, como aconteceu com o nazismo na Alemanha e o extermínio dos povos originários na América Latina.

---

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 288.

<sup>109</sup> FOUCAULT, 2000. *Op. cit.*, p. 289.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 292-293.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 304.

<sup>112</sup> *Ibid* p. 305.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 307.

### 2.3.1.2 O racismo na América Latina

A ideia de Foucault sobre racismo de Estado é importante para entender a construção do genocídio e do extermínio, mas pensar a questão indígena traz a necessidade de se ter um olhar latino-americano para tais discussões.

A partir de uma perspectiva latino-americana, o tema do racismo assume contornos específicos que o processo de colonização dessa região irá colocar.

Para Quijano, a ideia de raça foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista. Durante a colonização, os europeus difundiram a ideia de que eram uma raça superior, a contrário *sensu*, os outros povos, como os indígenas, negros, mestiços, eram raças inferiores, ideia puramente baseada em seus traços fenotípicos<sup>114</sup>.

Por serem raças inferiores, deveriam ser considerados como “primitivos”, “bárbaros” e “menos civilizados”, dando início ao processo civilizatório e colonizador que se queria implantar nas Américas. Ou seja, a colonialidade do poder é erguida, sobretudo, no conceito de raça, que vai classificar a população, após o descobrimento das Américas.<sup>115</sup>

As ideias e as práticas que se desenvolveram de superioridade e inferioridade demonstraram ser o mais eficaz e durável instrumento de dominação social universal, colocando os povos conquistados e dominados numa situação natural de inferioridade, e conseqüentemente também seus traços fenotípicos, bem como suas descobertas mentais e culturais.<sup>116</sup>

Lélia Gonzalez ilumina a discussão ao mencionar que o racismo latino-americano é mais sofisticado ao manter negros e indígenas na condição de segmentos subordinados, graças à sua forma ideológica mais eficaz, que é a ideologia do branqueamento. Com a ajuda dos meios de comunicação de massa e dos aparatos ideológicos tradicionais, é reproduzida e perpetuada a crença de que as classificações e valores da cultura ocidental branca seriam os únicos verdadeiros e universais. Na verdade, esse mito só acaba por reforçar a violenta desintegração e fragmentação da identidade étnica. Cria-se no imaginário popular a necessidade de se tornar branco e, conseqüentemente, há a negação da própria cultura.<sup>117</sup>

Essa hierarquização entre inferiorizado/superior ainda se dá conforme Quijano, nas relações de trabalho e no capitalismo, pois as raças dominadas estavam associadas ao trabalho

---

<sup>114</sup>QUIJANO. *Op. cit.*, p. 118.

<sup>115</sup>*Ibid.*, p. 117.

<sup>116</sup>*Ibid.*, p. 118.

<sup>117</sup> GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo Afro-Latino-Americano**. Disponível em: <http://www.letras.ufmg.br/literafro/ensaistas/24-textos-das-autoras/1445-lelia-gonzalez-por-um-feminismo-afro-latino-americano>. Acesso em: 20 out. 2024

não pago ou não assalariado, por serem inferiores, enquanto os colonizadores eram quem detinham o salário, logo, o capital.<sup>118</sup>

Nesse mesmo sentido, Mignolo desenvolve que o capitalismo, assim como a modernidade, aparece como um fenômeno europeu e não planetário, do qual todo o mundo é partícipe, mas com distintas posições de poder. Ou seja, a colonialidade do poder é o eixo que organizou e continua organizando a diferença colonial, a periferia como natureza<sup>119</sup>.

De acordo com Quijano:

O mito fundacional da versão eurocêntrica da modernidade estava alicerçado na ideia do estado de natureza como ponto de partida do curso civilizatório cuja culminação é a civilização europeia ou ocidental. Desse mito se origina a especificamente eurocêntrica perspectiva evolucionista, de movimento e de mudança unilinear e unidirecional da história humana. Tal mito foi associado com a classificação racial da população do mundo.<sup>120</sup>

Ou seja, há uma ideia de que para ser considerado civilizado, de acordo com o pensamento europeu, é necessário “evoluir”, sair do estado de natureza, estando os indígenas ainda no estágio primário da civilização, devendo por isso serem considerados como hierarquicamente inferiores.

Essa concepção de raça superior e inferior vai ser fundamental para o entendimento da política indigenista brasileira, principalmente, no período colonial e imperial, pois será baseado nela que a Coroa Portuguesa vai se aproveitar para manter a colonização no Brasil. As próprias políticas integracionistas e assimilacionistas advém da ideia de que os indígenas, por não serem “civilizados” ou não estarem “integrados” precisam buscar a civilização e a “comunhão nacional”.

### 2.3.1.3 O caso brasileiro: Branquitude e o Mito da Democracia Racial

Há muito trabalhos acadêmicos sobre branquitude e o mito da democracia racial que tem como recorte, o negro. De fato, o tema é central para esse grupo, pois ele vivencia diariamente o racismo no Brasil. Noutro giro, o que será proposto nesse tópico é apresentar uma nova abordagem sobre essa temática, que considera os povos originários também inseridos em uma política de embranquecimento e da crença de uma democracia racial. Longe de querer esgotar a problemática, visa-se apenas contribuir com algumas reflexões.

---

<sup>118</sup> QUIJANO. *Op. cit.*, p. 120.

<sup>119</sup> MIGNOLO, Walter. **A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade**. Disponível em: [https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624094657/6\\_Mignolo.pdf](https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624094657/6_Mignolo.pdf). Acesso em: 16 out. 2024.

<sup>120</sup> QUIJANO. *Op. cit.*, p. 127.

Debora de Godoy Vasconcellos explicita que o eurocentrismo tem como base a autoafirmação europeia em uma posição central na história a partir do momento em que se depara com o Outro nos processos de conquista e colonização do continente indígena.<sup>121</sup>

Essa categoria reduz os inúmeros grupos que foram encontrados na América em uma única denominação chamada de indígenas. O mesmo ocorreu com o tráfico negreiro que diversos povos de origem africana foram subjugados à condição de escravizados pelos colonizadores.

A escravização, uma das bases do colonialismo, definiu a ideologia racial, criando uma estrutura hierárquica que garante a supremacia branca e as relações de poder dominadas pela branquitude. Nesse sentido, Darcy Ribeiro menciona que no caso brasileiro o que houve foi uma “branquização” social ou cultural.<sup>122</sup>

Para Schucman, a branquitude é “entendida como uma posição em que sujeitos que ocupam esta posição foram sistematicamente privilegiados no que diz respeito ao acesso aos recursos materiais e simbólicos gerados inicialmente pelo colonialismo e imperialismo”<sup>123</sup>. Sendo assim, pode-se dizer que a branquitude está erigida sob os pilares de hierarquia racial e supremacia, atingindo membros que não fazem parte desse grupo, como os negros e os indígenas.

Um exemplo de política de embranquecimento racial vivido por uma comunidade indígena foi o Massacre dos Kaiang, no Paraná, em 1923. O Estado brasileiro tratou as terras indígenas como terras sem proprietário, criando políticas de povoamento da região e almejando branquear a população local, inserindo-a na política de branqueamento populacional.<sup>124</sup>

A chacina dos Kaingang ocorreu em um período em que o Estado brasileiro estava na busca pela sua autoafirmação como Estado-nação, e nesse mesmo período, a ideologia do branqueamento estava no seu auge.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> VASCONCELLOS, Débora de Godoy. **Raça e identidade: a invenção do outro racializado**. Revista Estudos do Sul Global nº 3, p. 229- 247. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/20220224\\_RES+3\\_13.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/20220224_RES+3_13.pdf). Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>122</sup> RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: A formação e o sentido do Brasil**. Disponível em: [http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/sugestao\\_leitura/sociologia/povo\\_brasileiro.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/sugestao_leitura/sociologia/povo_brasileiro.pdf). Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>123</sup> SCHUCMAN, Lia Vainer. **Entre o “encardido”, o “branco” e o “branquíssimo”: Raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana**. 2012. Tese (Doutorado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 23.

<sup>124</sup> GONÇALVES, Cleverson; FRAGA, Nilson Cesar; CAVATORTA, Mateus Galvão. **Massacre dos Kaiang em Pitanga-PR, um conflito atrelado à ideologia do branqueamento e à expansão do capital sobre os territórios indígenas**. Serv. Soc, Ver., Londrina, v.18, n.1, p.81-100, Jul/dez. 2015. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/23736/17723>. Acesso em: 30 de out. 2024.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 91.

Na ocasião, o principal motivo que desencadeou a revolta dos indígenas e o conflito entre eles e colonos foi o decreto nº 294 de 17 de abril de 1913, o qual privava os indígenas de algumas terras no Paraná, obrigando-os a desapropriarem delas. O governo paranaense destinou as terras para fins de colonização, pois afirmava que havia um vazio demográfico nessa região e que necessitava de colonização, desconsiderando a existência da população indígena naquele local.<sup>126</sup>

Revoltados com a situação, os Kaingang iniciaram uma onda de saques aos sítios, furtando porcos para a alimentação, mas foram logo reprimidos pelas autoridades estatais que utilizaram de extrema violência.<sup>127</sup>

Foi usada como justificativa para a chacina a ideia de que o Estado brasileiro era subdesenvolvido pela grande quantidade de negros e indígenas presentes no território (política de embranquecimento), atrelando-se ainda a ideia de alcançar o desenvolvimento do país na busca da expansão do capital, pois a conquista das terras era lucrativa, não considerando a ligação que os indígenas possuíam com elas.<sup>128</sup> Destaca-se que toda essa situação era importante como afirmação do Estado brasileiro como nação e de sua identidade nacional, sendo os indígenas sérios riscos na “integração” nacional.

Ou seja, na construção de uma identidade nacional, a representação que se tinha era do branco europeu como sendo normal, belo, ético, civilizado e humano, enquanto o negro e o indígena eram o oposto disso. A miscigenação significava a imposição do branco sobre esses corpos fazendo com que eles rejeitassem sua natureza e ancestralidade, sendo somente a partir do embranquecimento a possibilidade de aproximar do que é humano.<sup>129</sup>

O racismo se mantém na sociedade brasileira com base na ideia da branquitude, mas também sob o mito da democracia racial. Silvio de Almeida explica que a ideologia da democracia racial produz um discurso racista e legitimador da violência e da desigualdade racial diante das especificidades que o capitalismo brasileiro apresenta.<sup>130</sup>

Para Abdias do Nascimento, foi criada uma falsa ideia de democracia racial, na qual as oportunidades eram dadas igualmente para brancos e negros e que eles viviam de forma

---

<sup>126</sup> GONÇALVES; FRAGA; CAVATORTA. *Op. cit.*, p. 90.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>129</sup> MARQUES, Leonardo Macedo da Silva; PERTUZATTI, Dirceu; BORBA, Gisele Mara Gureck. **Criminologia no Brasil: positivismo, racismo e seletividade no sistema penal.** Disponível em: <https://periodicos.unisantacruz.edu.br/index.php/revusc/article/view/13/13>. Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>130</sup> ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural.** São Paulo: Ed. Jandaíra - Coleção Feminismo Plurais (Selo Sueli Carneiro), 2020, p. 111.

harmônica na sociedade. Todavia, o autor ressalta que desde o período da escravidão no Brasil, são os homens brancos quem detêm o controle econômico, político e social do país, não se podendo dizer que há igualdade entre brancos e negros.<sup>131</sup>

A defesa pela branquitude e o mito da democracia racial almejam uma sociedade brasileira que esteja sob a lente do homem branco, que não leva em conta a diferença, o Outro e suas especificidades. A partir disso, o que se buscará é a assimilação cultural, a “integração”, que será nociva para as pessoas indígenas, em particular, pois haverá um apagamento de suas línguas, costumes e modos de vida.

A língua oficial passa a ser a portuguesa, a religião é o cristianismo; o modo de ser da população deve ser direcionado ao trabalho expropriado pelo capitalismo e, conseqüentemente, o que se tem é um grande sistema de monoculturas (da terra, da fé, da sexualidade, dos afetos), mingando todos os saberes desses povos, pois o saber “principal” passa a ser aquele que é determinado pelos brancos.

Nesse sentido, Grosfoguel analisa o apagamento dos saberes subalternos diante da visão universalista, neutro e objetiva que o Direito traz, não incorporando os outros saberes nos processos de conhecimento.<sup>132</sup> A ideia é universalizar, porém, há um apagamento de tudo que faz parte da cultura do Outro, demonstrando se tratar, claramente, de mais uma prática racista.

Sendo assim, os povos originários vivenciam práticas racistas cotidianamente em nossa sociedade e a prática assimilacionista é o principal exemplo disso ao querer tratar as pessoas indígenas de forma universalizada, não levando em conta o que é próprio de sua cultura. Além disso, o positivismo vai ser determinante no tocante à universalização e a construção da imagem de inferiorização do indígena, como será possível observar no tópico seguinte.

### 2.3.2 Segundo pilar do sistema punitivo brasileiro: influências positivistas à luz da Criminologia

#### 2.3.2.1 Breves notas sobre a criminologia positivista

De acordo com Vera Malaguti Batista, o positivismo se constituiu a serviço da colonização, do escravismo e da incorporação periférica ao processo de acumulação do capital. Para a autora, trata-se de uma grande permanência no pensamento social brasileiro, que pode

---

<sup>131</sup> NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016.

<sup>132</sup> GROSFOGUEL, Ramón. **Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/periferia/article/view/3428/2354>. Acesso em: 30 out. 2024.

ser encontrado na criminologia, na sociologia, na psicologia e no direito e, em que pese haver algumas rupturas na questão criminal pensada pelos liberais iluministas, representa uma atualização, um *continuum* e até uma sofisticação dos esquemas classificatórios, hierarquizantes, produzidos pela colonização do mundo pelo capital.<sup>133</sup>

Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Garofalo são os principais autores da criminologia positivista. Alessandro Baratta pontua que essa criminologia consistiu no estudo das causas ou dos fatores da criminalidade (paradigma etiológico) para individualizar as medidas adequadas para removê-los, intervindo sobretudo no sujeito criminoso (correcionalismo).<sup>134</sup>

Lola Aniyar de Castro menciona que a criminologia positivista surgiu como um dos novos caminhos para legitimar o poder, que não questionou a ordem dada, perseguindo, desde então, o que passou chamar de delinquentes natos, loucos morais, personalidades criminosas, desagregados sociais e inadaptados etc.<sup>135</sup>

Não será possível realizar um estudo aprofundado sobre as origens e todos os pensadores da criminologia positivista, o que fugiria do propósito desse trabalho, mas vale a pena citar brevemente as considerações de Cesare Lombroso sobre o “delinquente nato” a fim de melhor exemplificar a temática e o que se quer demonstrar sobre a relação entre a criminologia positivista e o racismo no Brasil.

Influenciado pelo darwinismo social e pelos estudos de frenologia, Lombroso acreditou que era possível encontrar características físicas e psicológicas que diferenciassem o indivíduo criminoso do não criminoso. Sendo assim, como explica Vera Malaguti Batista, os conceitos de degenerescência, atavismo e eugenia serão centrais no estudo da criminologia positivista, pois é a partir deles que se justificará os genocídios através de um discurso legitimante da eliminação<sup>136</sup> e, soma-se a isso, no caso brasileiro, a nossa mestiçagem que iria ocupar “naturalmente” os andares inferiores na evolução humana, pois seriam considerados como raças inferiores diante do discurso colonizador europeu.

A ideia de Lombroso é essencial para esse estudo, pois considera a existência de uma “raça” como superior, colocando a identidade europeia como sendo aquela que não cometeria

---

<sup>133</sup>BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.

<sup>134</sup>BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal** – Introdução à sociologia do Direito Penal. Trad. J. Cirino dos Santos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

<sup>135</sup>ANYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro, Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2005.

<sup>136</sup>BATISTA. *Op. cit.*, p. 44.

delitos, enquanto o criminoso nato deve ser visto como uma subespécie do homem, inferior ainda mais as outras classes.

### 2.3.2.2 Seletividade e sistema penal punitivo: reflexos da criminologia positivista e do racismo no Brasil

As teorias raciais propagadas no final do século XIX pela elite intelectual da época tomavam como base o racismo científico e a ideia de que a humanidade estaria dividida em raças superiores e inferiores, construindo-se, assim, uma hierarquização biológica/racial.<sup>137</sup>

Atrelado a isso, as ideias da Criminologia Positivista encontraram “terreno fértil” no Brasil, uma vez que elas propuseram o embasamento científico para legitimar a hierarquização racial, já existente no discurso do colonialismo. Ou seja, tal criminologia serviu para dar cientificidade ao racismo colonial, que dará as bases da construção de um sistema penal punitivo seletivo.

Vera Malaguti Batista acrescenta que o positivismo no contexto brasileiro:

Não foi apenas uma maneira de pensar profundamente enraizada na intelligentsia (sic) e nas práticas sociais e políticas brasileiras; ele foi principalmente uma maneira de sentir o povo, sempre inferiorizado, patologizado, discriminado e, por fim criminalizado. Funcionou, e funciona, como um grande catalisador da violência e da desigualdade características do processo de incorporação da nossa margem ao capitalismo central.<sup>138</sup>

Pode-se dizer as teorias raciais aliada as ideias positivistas moldaram o processo de criminalização e a seletividade do poder punitivo no Brasil. Além disso, no tocante à criminalização primária, que é responsável pelo processo de elaboração das leis fica evidente a influência das ideias positivistas e raciais na política indigenista brasileira, principalmente na construção da imagem do indígena como inferiorizado.

Será analisado que as legislações indigenistas (dentre elas, o Estatuto do Índio) sofreram grande influência do positivismo criminológico, o qual, baseando-se nas ideias do evolucionismo social de Spencer, acreditava que as nações indígenas poderiam evoluir espontaneamente, além de categorizá-los em povos superiores e inferiores.

Aníbal Quijano esclarece que os europeus ocidentais, ao imaginarem ser a culminação de uma trajetória civilizatória desde um estado de natureza, levaram eles a pensarem serem os

---

<sup>137</sup> MARQUES; PERTUZATTI; BORBA. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>138</sup> BATISTA. *Op. cit.*, p. 48

modernos da humanidade e de sua história, ou seja, o mais avançado da espécie<sup>139</sup>, uma visão totalmente eurocêntrica.

Ao centralizarem a referência de humanidade em si, todos os outros passaram a ser considerados como “não-humanos”, inclusive os indígenas, que, a depender do momento histórico e da construção político-jurídica que se encontravam, passam a ser vistos como “selvagens”, “silvícolas”, “primitivos” e até mesmo como “inimigo interno”.

Frantz Fanon em sua obra “Os Condenados da Terra” demonstra essa visão ao descrever a relação de colono/colonizado, mencionando que esse último, muitas vezes, é visto como inimigo de valores, havendo uma desumanização, e até mesmo, animalização dos indígenas<sup>140</sup>.

As influências positivistas e raciais serão determinantes para construir o estereótipo de indígena, e ao longo da história, esse estereótipo vai se atualizando, como mencionou a professora Vera Malaguti, ganhando novas nomenclaturas, mas mantendo o indígena como inferior.

Após, a análise dos referenciais teóricos, torna-se fundamental partir para o próximo ponto desse trabalho, que é entender os instrumentos legais de dominação e de controle utilizados para marginalizar os indígenas na política indigenista brasileira marcada por suas ideias positivistas e raciais.

## 2.4 Política Indigenista brasileira

### 2.4.1 Colonial

Nilo Batista explicita que o primeiro conflito criminal relatado em terras brasileiras ocorreu em 25 de agosto de 1501 em uma praia localizada em Natal (RN), quando mulheres indígenas abateram, assaram e comeram um tripulante da primeira viagem portuguesa de Américo Vespúcio.

Durante o período colonial, o Brasil foi regido basicamente pelas mesmas leis que a metrópole (compiladas nas Ordenações Manuelinas e, a partir de 1603, nas Ordenações Filipinas), acrescidas de legislação específica para questões locais.<sup>141</sup>

As Ordenações Afonsinas não influenciaram na nova colônia. Era uma compilação de regimentos, concordatas e leis régias anteriores dividido em cinco livros. A conjuntura que está

---

<sup>139</sup> QUIJANO. *Op. Cit.*, p. 122.

<sup>140</sup> FANON, Frantz. **Os Condenados da Terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

<sup>141</sup> PERRONE-MOISÉS, Beatriz. **Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII)**. In: CUNHA, Manuela Carneira da (org). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992. p. 115-132.

inserida tal compilação é de cominação abusiva de pena de morte e de penas corporais, o emprego de tortura, a ampla criminalização de crenças, opiniões e opções sexuais e a própria transmissibilidade das penas.

Ao passar pelo processo de reforma, as Ordenações Afonsinas resultam com a impressão, em 1521, no reinado de D. Manoel, nas Ordenações Manuelinas cujo poder punitivo era exercido desregulada e privadamente. Tratava-se de um poder punitivo doméstico exercido pelos senhores contra os escravos consistindo em práticas punitivas, como: queimar ou atazanar com lacre aos servos, cortar suas orelhas ou narizes, marcá-los nos peitos e na cara, abrasar seus beijos e a boca com tições ardentes. Situação parecida acontecia com os indígenas. Nilo Batista cita o caso de um indígena aldeado que morreu por conta dos açoites que foi submetido.<sup>142</sup>

De acordo com Beatriz Perrone Moises, a política indigenista brasileira durante o período colonial foi marcada por ser “contraditória, oscilante e hipócrita”, principalmente por haver uma clara diferenciação de tratamento entre os indígenas considerados “aldeados” e “aliados” dos portugueses em face dos “índios inimigos”, “gentios bravos”<sup>143</sup>. Aos primeiros, era garantida a liberdade ao longo de toda a colonização, pois serviam aos interesses expansionistas e comerciais lusitanos, enquanto os “índios bravos” eram aqueles que se insurgiam contra as práticas de subordinação e dominação dos colonizadores, por consequência, a Coroa Portuguesa declarou uma “guerra justa” de extermínio e de escravização por não seguirem os valores coloniais.<sup>144</sup>

Segundo a autora:

A política para esses "índios de pazes", "índios das aldeias" ou "índios amigos" segue o seguinte itinerário ideal: em primeiro lugar, devem ser "descidos", isto é, trazidos de suas aldeias no interior ("sertão") para junto das povoações portuguesas: lá devem ser catequizados e civilizados, de modo a tornarem-se "vassallos úteis", (...). Deles dependerá o sustento dos moradores, tanto no trabalho das roças, produzindo gêneros de primeira necessidade, quanto no trabalho nas plantações dos colonizadores. Serão eles os elementos principais de novos descimentos, tanto pelos conhecimentos que possuem da terra e da língua quanto pelo exemplo que podem dar. Serão eles, também, os principais defensores da colônia, constituindo o grosso dos contingentes de tropas de guerra contra inimigos tanto indígenas quanto europeus.<sup>145</sup>

Os descimentos devem ser considerados como deslocamentos de povos inteiros para novas aldeias próximas aos estabelecimentos portugueses. Alguns instrumentos legais, como o Alvará de 26/7/1596, a Lei de 10/9/1611 e o Regimento das Missões, de 21/12/1686 mencionam

---

<sup>142</sup> ZAFFARONI; BATISTA. *Op. cit.*, p. 415.

<sup>143</sup> PERRONE-MOISÉS. *Op. cit.* p. 117.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p.118.

que o descimento a ser realizado pelo indígena deve ser de livre espontânea vontade, não podendo, em hipótese alguma, ser forçado a descer.<sup>146</sup>

Ademais, os “índios aldeados” tinham direito a terras das aldeias, conforme disposto pelos seguintes documentos: Alvará de 26/7/1596, Leis de 1609 e 1611, além de várias Provisões tratando da questão da demarcação, como o Alvará de 26/7/1596, e garantia de posse dessas terras, como a Provisão de 8/7/1604 e a Carta Régia de 17/1/1691.<sup>147</sup>

Se, por um lado, a legislação indigenista visava privilegiar os “índios aliados” através de concessão de terras, de liberdade; com os “índios inimigos”, a relação era totalmente diferente. Instrumentos legais passaram a dispor sobre o direito de uma guerra justa e de uma escravização lícita, sob a justificativa da importância de salvar almas e da defesa pela civilização.<sup>148</sup>

Nesse sentido:

Regimento Tomé de Sousa, em 1548, recomenda que os Tupinambá, que atacaram portugueses "e fizeram guerra [sejam] castigados com muito rigor [...] destruindo-lhes suas aldeias e povoações e matando e cativando aquela parte deles que vos parecer que basta para seu castigo e exemplo". O Regimento de 24/12/1654, de uma entrada a ser feita na Bahia para castigar o gentio bárbaro por suas "insolências", recomenda "desbaratar", queimar e destruir totalmente aldeias inimigas, escravizando a todos e matando a quem de algum modo resistir. Uma Carta do governador geral do Brasil sobre a assim chamada Guerra dos Bárbaros na capitania do Rio Grande, de 14/3/1688, recomenda a um dos capitães-mores que "dirija a entrada e guerra que há de fazer aos bárbaros como bem entender que possa ser mais ofensiva degolando-os, e seguindo-os até os extinguir, de maneira que fique exemplo desse castigo a todas as mais nações que confederadas com eles não temiam as armas de sua majestade."<sup>149</sup>

Nota-se que a legislação indigenista destinada aos “índios bravos”, no período colonial, era extremamente marcada pela violência e por uma política de extermínio. Diversos instrumentos legais sendo usados para legitimar a dominação do colonizador e reafirmando a raça europeia como superior. Até mesmo os “índios aliados” estavam submetidos ao controle da Coroa Portuguesa através dos descimentos.

Buscando amenizar a violência física praticada contra os indígenas durante o período colonial, Marquês de Pombal realizou uma mudança das chamadas guerras justas para uma política “integracionista”.<sup>150</sup>

---

<sup>146</sup>*Ibid.*, p.118.

<sup>147</sup>PERRONE-MOISÉS. *Op. cit.*, p.119.

<sup>148</sup>*Ibid.*, p.123.

<sup>149</sup>*Ibid.*, p.126.

<sup>150</sup>FERREIRA, André da Rocha. **A concessão de autonomia penal às comunidades indígenas: aplicabilidade constitucional do artigo 57 do Estatuto do Índio**. 2017. 137 f. Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em:

Em 1755, foi criado o Diretório do Índio, que tinha como objetivo transformar o gentio em europeu, buscando impor a cultura dos colonizadores, e promover a aculturação deles.<sup>151</sup>

Sobre o direito penal dos indígenas, Roberto Lyra menciona que:

os nossos historiadores retratam os indígenas de formas opostas. Seguindo-se a má-fé dos portugueses, estes os apresentavam como antropófagos de inconcebível fereza, pervertidos e covardes. Todavia, caso se perceba os indígenas com o sentimento de justiça e de humanidade de alguns jesuítas, por exemplo, então, restituem-se aos indígenas as suas linhas de moralidade, de intrepidez no enfrentar todos os sacrifícios para aguentar ao cativo e defender o seu Deus, a sua família, a sua pátria e propriedade.<sup>152</sup>

Clóvis Beviláqua seguiu a primeira opção, pois via o indígena associado ao não progresso, como vagabundos, pertencentes de uma vida grosseira e bestial. Para o autor, a sociedade é, para o homem, mais do que uma necessidade: é uma condição de vida e desenvolvimento, porém, os indígenas arrastariam uma vida miserável e não progressiva, em que mal poderiam ser considerados como representantes da família humana.<sup>153</sup>

Além disso, para Beviláqua, as duas raças inferiores (negros e indígenas) contribuem mais para a criminalidade do que os arianos, principalmente por haver defeito da educação e pelo impulso do alcoolismo.

Associar a mestiçagem com “contribuir para os altos números de criminalidade” reflete um pensamento discriminatório que ainda é possível ser encontrado na sociedade brasileira, como foi possível observar ao estudar a situação social e prisional dos povos originários, na qual esses grupos são percebidos como mais propensos para a criminalidade devido a sua raça, fruto do racismo e das teorias de embranquecimento.

Em relação à justiça penal, Beviláqua dispõe que os indígenas se encontravam em um estado de grosseria e atraso sendo o talião muito usado. Nilo Batista explicita que há indícios de que eles conheciam a “expulsão da paz”, através da qual, rompendo os laços que integravam o autor da violação ao grupo familiar, evitava-se a generalização da vingança e o estado de

---

<https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/8008/2/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20ANDR%C3%89%20DA%20ROCHA.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2024.

<sup>151</sup>MELO, V. H.; LIMA, M. M. B. Políticas Indigenistas no Brasil Colonial, Imperial e Republicano: A evolução do ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, [S. l.], v. 32, p. e172212, 2022. DOI: 10.9771/rppgd.v32i0.43473. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/43473>. Acesso em: 17 fev. 2024.

<sup>152</sup>LYRA. *Op. cit.*

<sup>153</sup>BEVILAQUA, Clovis. *Criminologia e Direito*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2019

animosidade intergrupala, além de representar uma certa evolução no controle das práticas punitivas, limitando a extensão do direito penal.<sup>154</sup>

Sendo assim, observa-se que esse período histórico, qual seja, o colonial, apresenta uma política indigenista marcada por uma série de contradições. Fica evidente que desde a sua gênese, o tratamento despendido aos povos originários depende dos interesses econômicos daqueles que detém o monopólio do poder, no caso colonial, a Coroa Portuguesa.

Quanto ao direito penal e as práticas punitivas durante esse período, observa-se que autores como Clóvis Beviláqua mantinham as ideias positivistas e o racismo encontra-se muito presente no seu discurso ao considerar o indígena como raça inferior, “selvagem”, sinal de “atraso” do país.

#### 2.4.2 Imperial

Durante o Império, a política indigenista foi marcada por um projeto integracionista, buscando catequizar e civilizar o indígena, além da preocupação em ampliar os aldeamentos para os “índios aliados”.

Lilia Schwarcz explicita que durante esse período buscou-se construir uma imagem do indígena como parte de um projeto político de identidade nacional<sup>155</sup>. Então, foi criado um concurso, que estabeleceu ser preciso criar uma história legitimadora do Império e que fosse (por suposto) europeia em seu argumento, imperial na justificativa e centralizadora em torno dos eventos que ocorreram no Rio de Janeiro.<sup>156</sup>

O vencedor do concurso foi Karl von Martius, que defendeu que o país se definia por sua mistura, sem igual de gentes e povos. Começava a ganhar força a ladainha das três raças formadoras da nação, que são colocadas uma ao lado da outra servindo-se mutuamente de meio e fim.<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> Para aprofundar os estudos sobre Práticas Punitivas Indígenas no Século XVI ver trabalho de João Carlos Castellar. CASTELLAR, Joao Carlos. **Práticas punitivas indígenas no século XVI: (e outras histórias)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

<sup>155</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 13.

<sup>156</sup> N.A.: Com a Independência Política em 1822 era preciso estruturar e justificar uma nova nação. Ademais, se formava uma monarquia cercada de repúblicas por todos os lados. Durante esse período, foi criado o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, o IHGB, que criou um concurso sobre uma questão espinhosa, desta forma elaborada: “Como se deve escrever a história do Brasil?”. Tratava-se de inventar uma nova história do e para o Brasil. Com o Rio de Janeiro se tornando capital do Brasil, agora, precisava exercer sua centralidade política e histórica.

<sup>157</sup> SCHWARCZ. *Op. cit.*, p. 14.

O ganhador utilizou de uma metáfora de um caudaloso rio, que corresponderia à herança portuguesa responsável por “limpar” e “absorver os pequenos confluente das raças índia e etiópica”.<sup>158</sup> Tinha como propósito apresentar uma nação cuja “felicidade” era medida pela capacidade de relacionar diversas nações e culturas, sem retratar que, na verdade, o país continuava dizimando indígenas no litoral e no interior do país, as terras continuavam sendo invadidas e suas culturas, desrespeitadas.

Essa imagem do indígena como parte integrante da sociedade nacional é possível ser vista até hoje. Recorrentemente, nas campanhas governamentais através dos anúncios televisivos, é inserida a figura do indígena ao lado de uma pessoa branca e negra supostamente querendo representar uma diversidade e integração nacional, quando, na verdade, o país continua não garantindo a demarcação de terras indígenas e a violência contra os corpos negros e indígenas são frequentes demonstrando que não há igualdade.

A autora sinaliza que naturalizar a desigualdade e evadir-se do passado é característico de governos autoritários que com certa frequência criam narrativas artificiais como forma de promoção do Estado e de manutenção de poder.

Voltando para o período do Império, entre os anos de 1845 e 1850, foi promulgada duas leis: Regulamento das Missões e a Lei de Terras, tendo como principais temas a catequização do indígena, a ocupação de terras e a disposição fundiária brasileira.<sup>159</sup>

Manuela Carneiro da Cunha considera o Regulamento das Missões como “único documento indigenista geral do Império” ou da “lei indigenista básica de todo período colonial”, apresentando-se como um projeto de civilização dos povos indígenas.<sup>160</sup>

Adotou-se um modelo de administração no qual para cada Província era delegado um Diretor Geral dos Índios e cada aldeia possuía um Diretor, que estaria subordinado ao Diretor Geral, amparado por administradores, como: tesoureiros, almoxarife, médicos, enfermeiros e missionários, esses últimos, responsáveis pela catequização dos indígenas, como os carmelitas e capuchinhos que prosseguiram seu trabalho em aldeamentos espalhados em vários pontos do Império.<sup>161</sup>

A Lei de Terras trouxe uma nova concepção da propriedade da terra, acessível apenas pela compra e pela aquisição do título de propriedade e não mais pela posse. Assim, os

---

<sup>158</sup>*Ibidt.*, p. 13.

<sup>159</sup>MELO; LIMA. *Op. cit.* p. 10.

<sup>160</sup>CUNHA, Manuela Carneiro da (Org). **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras/ Secretaria Municipal de Cultura/ FAPESP, 1992.

<sup>161</sup>MELO; LIMA. *Op. cit.*, p. 9.

indígenas foram expropriados de suas terras que passaram a ser ocupadas paulatinamente por colonos e pelas frentes pioneiras extrativistas e agropastoris.

Juliana Adono da Silva explicita que além de impedir o acesso à terra e aumentar o domínio do Poder Público sobre as terras existentes no território brasileiro, a legislação em comento, foi nociva aos direitos territoriais indígenas.<sup>162</sup>

Vale mencionar ainda que a Constituição de 1824 não mencionou a existência de indígenas no território brasileiro, e nem propôs regular as relações conflituosas entre aqueles considerados indígenas e não indígenas, sendo totalmente silente.<sup>163</sup>

Sendo assim, observa-se durante esse período uma política integracionista marcada pela catequização e expropriação das terras indígenas, definida por um projeto político de identidade nacional da qual supostamente os indígenas faziam parte.

### 2.4.3 Republicano

Mesmo durante o período republicano, não foi possível observar significativas mudanças na realidade social, política e econômica vivenciada pelos povos originários, não havendo também, nas duas primeiras décadas da República, legislação que tutelasse direitos indígenas.

Em 1910, diante de uma série de conflitos advindos da problemática de ocupação e exploração territorial, que estava sendo realizado pelo Estado expansionista, atingindo terras indígenas, o Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon fundou o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPIILTN), posteriormente, denominado de Serviço de Proteção ao Índio (SPI).<sup>164</sup>

O SPIILTN tinha como objetivo integrar o território nacional e diante da alta produção agrícola durante o período da república criar uma mão de obra reserva.<sup>165</sup>

Já no ano de 1918, o SPIILTN deu origem ao Serviço de Proteção ao Índio (SPI), primeiro órgão estatal voltado exclusivamente para os indígenas, que sofreu influências do ideal integracionista, positivista e laico da República, provocando um afastamento da influência da

---

<sup>162</sup>SILVA, Juliana Adono da. **O acesso à terra pelos povos indígenas no Brasil: desafios e perspectivas.** Revista Epistemologias do Sul, Foz do Iguaçu, v. 2, n. 1, p. 164-189, 2018. Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/epistemologiasdosul/article/view/1000/1010>. Acesso em: 17 fev. 2024.

<sup>163</sup>BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 17 fev. 2024.

<sup>164</sup>MELO; LIMA. *Op. cit.* p.16.

<sup>165</sup>*Ibid.* p.16.

Igreja Católica sobre os povos originários, e conseqüentemente da catequização pela ação estatal.<sup>166</sup>

Juliane Feijó menciona que a criação do SPI buscou integrar os povos indígenas à cultura nacional, na expectativa de acabar com as culturas indígenas transformando o indígena em cidadão.<sup>167</sup>

Além dos mencionados órgãos de proteção, é importante destacar a Lei nº 3.071, de 1916, o Código Civil, que irá dispor sobre o poder tutelar a que estão sujeitos os indígenas durante esse período histórico. O art. 6, do referido diploma legal mencionava que:

Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de 16 (dezesesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156);

II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal;

III - os pródigos;

**IV - Os silvícolas.**

Parágrafo único. **Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar**, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.<sup>168</sup>

Além de considerar os indígenas como relativamente incapazes para atos da vida civil, deve-se destacar que eles estavam submetidos ao poder tutelar<sup>169</sup> do Estado de acordo com seu grau de integração. André Rocha explicita que quanto menos adaptados à sociedade brasileira, mais necessidade de uma tutela havia.<sup>170</sup>

É pela Constituição de 1934 a primeira vez em que os indígenas são constitucionalmente reconhecidos pela sua existência e como detentores de direitos no Brasil, apesar desse reconhecimento ser muito mais no campo da garantia da posse de territórios do que na proteção de direitos culturais e tradicionais.<sup>171</sup>

---

<sup>166</sup> FERREIRA. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>167</sup>FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. O direito indigenista no Brasil: Transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 34, p. 274-304, 2014. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/7200>. Acesso em: 17 fev. 2024.

<sup>168</sup>BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 17 fev. 2024.

<sup>169</sup>N.A.: Para André Rocha, o exercício do poder tutelar é, antes de mais nada, uma ação estatal que, a partir de suas agências (FUNAI, por exemplo), tem por objetivo atingir todo o território estatal, fazendo com que o Estado alcance sua administração a todos os cidadãos. Tem diversos objetivos, mas o principal deles é a redução dos poderes decisivos das comunidades originárias por meio de diversas normas operacionais das agências estatais destinadas a controlar os povos distribuídos pelo país.

<sup>170</sup> FERREIRA. *Op. cit.*, p.24.

<sup>171</sup>*Ibid.*, p.25.

Nesse sentido, observa-se o art. 129, da citada Constituição: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo lhes, no entanto, vedado aliená-las”.<sup>172</sup>

As Constituições seguintes de 1937 e a de 1946 seguiram com a mesma preocupação em respeitar a posse de terras desses povos:

Art. 154, da Constituição de 1937 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.<sup>173</sup>

Art. 216, da Constituição de 1946- Será respeitada aos silvícolas a posse de terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”.<sup>174</sup>

A Constituição de 1967, durante o período da ditadura civil-militar, dispõe no artigo 186: “É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes”<sup>175</sup>. Esse dispositivo representa um importante avanço na garantia de direitos dos povos originários, no tocante, sobretudo, à garantia de terras. Todavia, como se verá no próximo tópico, esse momento histórico foi definido por intensa violação de outros direitos tão importantes quanto.

#### 2.4.4 Ditadura Militar

O Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV) de 2014 aborda a violação sistêmica de direitos humanos sofrida pelos povos originários, além do esbulho de suas terras marcando uma política indigenista de omissão e violência direta praticada pelo Estado, que pode ser dividida em duas fases.<sup>176</sup>

Em um primeiro momento (1964-1968), conforme aponta o Relatório, a União estabeleceu condições propícias ao esbulho das terras indígenas, pois deixou de fiscalizar a

<sup>172</sup>BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 17 fev.2024.

<sup>173</sup>BRASIL. [Constituição (1937)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 17 fev. 2024.

<sup>174</sup>BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 17 fev. 2024.

<sup>175</sup>BRASIL. [Constituição (1967)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 17 fev. 2024.

<sup>176</sup>BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório: textos temáticos / **Comissão Nacional da Verdade**. Brasília, v. 2, 2014. p.204-262. Disponível em: [http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume\\_2\\_digital.pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf). Acesso em: 17 fev. 2024.

corrupção praticada por funcionários dos órgãos estatais, além de acobertar o poder local, interesses privados, permitindo a invasão de terras indígenas. Ou seja, foi um período caracterizado majoritariamente (mas não exclusivamente) pela omissão do Estado, que nada fez para defender direitos territoriais indígenas já consagrados nas Constituições anteriores.<sup>177</sup>

O segundo período (1968-1985) após a edição do AI-5, é marcado predominantemente pela grave violação de direitos dos povos originários praticado pelo Estado, através da prática de desaparecimento forçado, tortura, maus tratos, expulsão e remoção de famílias de suas terras, homicídios, prisões arbitrárias, dentre outras violações.<sup>178</sup>

Segundo o CNV, como resultado dessa política de ação direta e de omissão pelos agentes governamentais, foi possível estimar ao menos 8.350 indígenas mortos no período de investigação do relatório, podendo esse número ainda ser maior.<sup>179</sup>

Um ponto importante que merece ser destacado da política indigenista é que o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), que posteriormente, em 1967, deu origem a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), eram órgãos do Ministério da Agricultura e do Ministério do Interior, respectivamente, sendo esse último ministério, encarregado da abertura de estradas e a política desenvolvimentista em geral.<sup>180</sup>

O que se viu dessa política foram órgãos governamentais que deveriam proteger os interesses dos indígenas não desempenharem suas funções e se submeterem ou se colocarem a serviço de políticas estatais e de grupos particulares sob a justificativa do ideal integracionista difundido na época.<sup>181</sup>

A FUNAI se tornou um dispositivo estatal decisivo para a implementação de empreendimentos de cunho desenvolvimentista, através da construção de grandes rodovias de integração (Transamazônica), exploração mineral, agroindustrial e expansão do agronegócio<sup>182</sup>.

Outro ponto que merece ser destacado dentro dessa ótica de órgãos estatais a serviço do controle e dominação dos povos originários é a criação da Guarda Rural Indígena (GRIN) instituída pela própria FUNAI.<sup>183</sup>

---

<sup>177</sup>BRASIL. 2014. *Op. cit.*, p. 204.

<sup>178</sup>*Ibid.*, p. 209.

<sup>179</sup>*Ibid.*, p. 205.

<sup>180</sup>BRASIL. 2014. *Op. cit.*, p. 205.

<sup>181</sup>*Ibid.* p. 205.

<sup>182</sup>*Ibid.* p. 209.

<sup>183</sup>*Ibid.* p. 212.

Segundo informações do Relatório da Comissão Nacional da Verdade, em 1969, é criada a GRIN, recrutando índios ao longo, sobretudo, do Araguaia e do Tocantins, além de Minas Gerais, para atuarem como força de polícia nas áreas indígenas.<sup>184</sup>

Nesse mesmo sentido, Edinaldo Bezerra menciona que a GRIN foi criada a partir da Portaria 231/69, de 25 de setembro de 1969, com os seguintes objetivos:

- a) Impedir a invasão de suas terras, sob qualquer pretexto, por parte de civilizados;
- b) Impedir o ingresso de pessoas não autorizadas nas comunidades tribais, cuja presença venha contrariar as diretrizes da política indigenista traçadas pela FUNAI;
- c) Manter a ordem interna e assegurar a tranquilidade nos aldeamentos, através de medidas preventivas e repressivas;
- d) Preservar os recursos naturais renováveis existentes nas áreas indígenas, orientando os silvícolas na sua exploração racional visando rendimentos permanentes;
- e) Impedir derrubadas, queimadas, explorações florestais, caça e pesca, por parte das pessoas não autorizadas pela FUNAI;
- f) Impedir as derrubadas, as queimadas, a caça e pesca criminosas praticadas pelos índios contra o patrimônio indígena;
- g) Impedir a venda, o tráfico e o uso de bebidas alcoólicas, salvo nos hotéis destinados aos turistas;
- h) Impedir o porte de armas de fogo por pessoas não autorizadas legalmente;
- i) Impedir que os silvícolas abandonem suas áreas, com o objetivo de praticar assaltos e pilhagens nas povoações e propriedades rurais próximas dos aldeamentos.<sup>185</sup>

Tratava-se de uma política basicamente para salvaguardar o interesse da própria Fundação Nacional do Índio, utilizando-se de mão de obra indígena para controlar outros corpos indígenas.

Outro ponto problemático realizado pela FUNAI foi criar a prisão para indígenas, chamada também de Reformatório Krenak, no município de Governador Valadares, Minas Gerais.

O referido reformatório recebia indígenas considerados resistentes ao sistema imposto, tidos como infratores, desajustados etc. Eram mantidos em condições insalubres, submetidos ao trabalho forçado, muitas vezes faltando alimentação.<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup>*Ibid.* p. 212.

<sup>185</sup>FREITAS, Edinaldo Bezerra. A Guarda Rural Indígena: Aspectos da Militarização da Política Indigenista no Brasil. **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História** – ANPUH. São Paulo, julho 2011. Disponível em: [https://anpuh.org.br/uploads/anais-simpósios/pdf/201901/1548855455\\_8f87fd568b22bac6b234e6d515837b59.pdf](https://anpuh.org.br/uploads/anais-simpósios/pdf/201901/1548855455_8f87fd568b22bac6b234e6d515837b59.pdf). Acesso em: 17 fev. 2024.

<sup>186</sup>RAMOS, B.; NASCIMENTO, P. E. Entre descasos e omissões: a política indigenista na ditadura militar (1964-1985). **Cadernos de Pesquisa do CDHIS**, [S. l.], v. 36, n. 2, p. 144–166, 2024. DOI: 10.14393/cdhis.v36n2.2023.71015. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/cdhis/article/view/71015>. Acesso em: 17 fev. 2024

O Relatório da Comissão Nacional da Verdade colheu denúncias de violações de direitos humanos dos povos originários, como casos de morte por tortura no tronco, trabalho forçado e desaparecimento de prisioneiros.<sup>187</sup>

De acordo com o mesmo Relatório:

A violência contra índios também ocorria de forma brutal e pública nos postos e delegacias dos municípios, com o objetivo de humilhar o preso e de atingir os demais indígenas da localidade, intimidando tanto os que presenciavam os fatos, como os que ouviam falar das agressões. Inúmeros relatos apontam que essa violência do Estado está longe de ser difusa e casual, pois, com sua aplicação sistemática, molda-se uma cultura de repressão para subjugar os índios atingidos e silenciar a luta por seus direitos frente à política desenvolvimentista do Estado brasileiro à época.<sup>188</sup>

Durante o período do SPI, ou seja, de 1946 a 1967, também houve formas violentas de aprisionamento empregadas pelo Estado, objetivando “amansar o índio rebelde” e controlar a resistência de seu povo frente aos conflitos gerados pela política de desenvolvimento, como aponta o relatório.<sup>189</sup>

O sistema ilegal de detenção que, ao longo de décadas, foi se estruturando e operou de forma coordenada contou com a participação de inspetores de índio, chefes de posto, chefes de inspetoria e funcionários da direção do SPI a fim de controlar e dominar esses corpos indígenas.<sup>190</sup>

Não se pode esquecer que durante a Ditadura Militar havia uma forte influência dos ideais da Doutrina da Segurança Nacional e a figura do inimigo interno a ser combatido, na qual o indígena, ao lado de estrangeiros, negros, mestiços eram considerados como ameaça a essa segurança e ao programa desenvolvimentista adotado pelo Estado ditatorial.<sup>191</sup>

O Relatório da CNV aponta que o regime militar operou uma inversão na tradição histórica brasileira:

Os índios, que na Colônia, no Império e na República foram vistos e empregados na conquista e na defesa do território brasileiro, são agora entendidos como um risco à segurança e à nacionalidade. De defensores das fronteiras do Brasil, eles passam a suspeitos, a virtuais inimigos internos, sob a alegação de serem influenciados por interesses estrangeiros ou simplesmente por seu território ter riquezas minerais, estar situado nas fronteiras ou se encontrar no caminho de algum projeto de desenvolvimento.<sup>192</sup>

---

<sup>187</sup>BRASIL. 2014. *Op. cit.*, p.207-209.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 240-243

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 243.

<sup>191</sup> BRASIL, 2014. *Op. cit.*, p. 211.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 211.

Diversos documentos oficiais, desde as correspondências do SPI até as “fichas” da ASI<sup>193</sup> da FUNAI retratam os indígenas, principalmente suas lideranças e indigenistas, como “comunistas” em disputa pelo poder local, criando a imagem dos povos indígenas como verdadeiros obstáculos para o progresso do país.<sup>194</sup>

Durante esse período, é elaborada a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que está em vigor até hoje e é conhecida como “Estatuto do Índio”, assinada pelo então presidente Emílio Garrastazu Médici.<sup>195</sup>

O Estatuto do Índio visa regular a situação jurídica dos povos originários com o propósito de preservar a cultura e integrá-los progressivamente à “comunhão nacional”, como dispõe o artigo 1º, caput. Ou seja, verifica-se um forte viés integracionista da referida Lei.

Segundo arquivos do Senado Federal, ela foi criada não por benevolência, mas diante das reiteradas denúncias realizadas pela imprensa internacional sobre a prática de genocídio contra os povos originários, tendo como propósito tentar neutralizar as citadas acusações.

Ademais, vale comentar que a Doutrina de Segurança Nacional também influenciou esse dispositivo legal, como aconteceu no artigo 20, uma vez que foi prevista a possibilidade de remoção de populações indígenas, por imposição da segurança nacional, para realização de obras públicas que interessassem ao desenvolvimento nacional.

Sendo assim, o período da ditadura militar, sob forte influência da Doutrina de Segurança Nacional, corroborou para uma política indigenista brasileira marcada pela violência, pela criação de um “inimigo interno” a ser combatido, que, no presente caso, era o indígena, e por dispositivos legais que demonstraram a manutenção de uma política integracionista.

Verifica-se a existência de uma política indigenista voltada pela ruptura de direitos daqueles a quem deveriam proteger e a ditadura militar demonstrou essa realidade através do que foi explicitado acima.

---

<sup>193</sup>N.A.: As fichas da Assessoria de Segurança e Informação (ASI) consistiam em um monitoramento realizado pelo Estado. Esse órgão a serviço do extinto Serviço Nacional de Informações (SNI) era responsável pela elaboração de fichas em que a atuação política dos trabalhadores ficava registrada. Em diversas situações, verificou-se que trabalhadores de base que tiveram suas carreiras paralisadas por anos, sem obterem promoções, possuíam em suas fichas algum fato “incriminador”. Revelou-se como mais um mecanismo de repressão.

<sup>194</sup>Brasil. Comissão Nacional da Verdade. *Op. cit.*, p. 251.

<sup>195</sup> BRASIL. **Ditadura criou Estatuto do Índio para afastar acusações de genocídio**. Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/ditadura-criou-estatuto-do-indio-para-afastar-acusacoes-de-genocidio>. Acesso em 30 out. 2024.

#### 2.4.5 Pós-Redemocratização

A Constituição Federal de 1988 representa um verdadeiro marco no direito indigenista brasileiro, uma vez que busca romper com o modelo integracionista e assimilacionista, até então proposto.

Segundo Juliane Feijó, com o advento da Constituição de 88 abandonou-se a ideia de incorporação do indígena à civilização, consagrando a proteção a sua identidade cultural, garantindo sua reprodução física e cultural, reconhecendo suas tradições, costumes, crenças, línguas, religião e, sobretudo, o direito a continuar a serem o que sempre foram: indígenas vivendo como indígenas.<sup>196</sup>

Além dos direitos culturais, ainda se consagrou constitucionalmente o direito originário sobre as terras que habitam, estruturando um regime especialíssimo de posse e propriedade, com limitações expressas à atuação daqueles que não são considerados como indígenas.<sup>197</sup>

Nesse sentido, dispõe o artigo 231, da CF/88 que [...] 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.<sup>198</sup>

A Constituição Federal de 1988, dentre suas diversas garantias, visa preservar a identidade cultural do Brasil, reconhecendo que é uma nação multicultural e pluriétnica, reconhecendo a cultura singular dos povos originários e se afastando da concepção de que eles teriam que se integrar a comunhão nacional.

Tal documento representa um importante passo para o reconhecimento à diferença e ao valor cultural do outro. No entanto, apesar desses avanços, na realidade, ainda é possível encontrar violações constantes de direitos humanos contra os povos originários e tentativas incessantes de apagamento de suas histórias.

As permanências racistas e positivistas da legislação brasileira buscam apagar o indígena enquanto coletivo. No entanto, Rita Segato dispõe que é um direito fundamental de toda pessoa ter povo e pertencer a uma coletividade.<sup>199</sup>

---

<sup>196</sup> FEIJÓ. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>198</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 fev. 2024.

<sup>199</sup> SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo com legisladores. *Revista de Direito da UNB*, vol. 01, n. 01, janeiro-junho, 2014. p.82.

A posição que o indígena ocupou na sociedade brasileira foi, em muitos momentos, definida pelos colonizadores, e depois pelo Estado, que os obrigou a apagar suas histórias, tradições e coletividades.

Acompanhando os dispositivos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas e a Convenção nº 169 da OIT, como se verá melhor no próximo capítulo, a Constituição Federal de 1988, no plano interno, amplia a proteção aos direitos dos povos originários.

## 2.5 O lugar social do indígena: Quem é? Quem não é?

Nem sempre foi fácil saber quem era ou não indígena. O seu lugar social era aquele que melhor atendia aos interesses dos que governavam e dependia do momento histórico em que se encontravam, além de precisar atender aos interesses econômicos do capital.

Como se viu ao longo do presente estudo sobre a política indigenista brasileira, o indígena já foi considerado como “índios aliados x índios bravos”, na época da colonização. Depois, já precisou ser “integrado” à comunhão nacional para falsear uma visão de identidade nacional do país e já foi considerado como “inimigo interno” diante de uma Doutrina de Segurança Nacional que visava uma figura a ser combatida. Independente das diferentes nomenclaturas a serem utilizadas, fato é que o indígena ficava submetido a como o homem branco o enxergava, e não como ele mesmo se via apagando a diversidade étnica que é própria desse povo.

Eduardo Viveiros de Castro menciona que definir quem é indígena e quem não é refere-se mais a uma questão jurídica do que antropológica. Ao antropólogo não cabe definir quem é indígena, mas seu papel é criar condições teóricas e políticas para permitir que as comunidades interessadas articulem sua “indianidade”<sup>200</sup>. Segundo o autor, a resposta de quem é indígena cabe às comunidades que se sentem concernidas, implicadas por ela.<sup>201</sup>

Tedney Moreira traz importantes considerações sobre a constante ressignificação do ser do indígena, que está sujeito ao contexto histórico e político-jurídico dos seus definidores:

Como resultado de uma identidade social e historicamente construída segundo critérios racistas, o índio esteve sujeito a diversos tratamentos jurídicos no tempo: aliados ou inimigos, livres ou cativos, donos da terra ou invasores – à definição de sua essência uma definição de seu direito. Em outras palavras, categorizar quem é e quem

---

<sup>200</sup>CASTRO, Eduardo Viveiros de. **No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é**. Socioambiental. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006. Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB\\_institucional/No\\_Brasil\\_todo\\_mundo\\_%C3%A9\\_%C3%ADndio.pdf](https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/No_Brasil_todo_mundo_%C3%A9_%C3%ADndio.pdf). Acesso em: 17 fev. 2024

<sup>201</sup>*Ibid.*, p.19.

não é indígena é reconhecer ou não a necessária incidência de uma tutela jurídica específica.<sup>202</sup>

Segundo o autor, ao se categorizar quem seja o indígena se está possibilitando o seu controle e, logo, o exercício de um poder sobre a sua destinação. Ao dizer quem é indígena e quem não é, se está dizendo também quem tem ou não direitos indígenas.<sup>203</sup>

Atualmente, o Estatuto do Índio traz definição de indígena:

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;

Pode-se depreender da leitura deste artigo que o indígena é tratado como aquele que é distinto da sociedade nacional por conta de sua cultura, reforçando a visão etnocêntrica a que ele é submetido.

Tentando abandonar o viés integracionista, o Estatuto do Índio dispõe de três graus de integração aos quais os indígenas poderiam ser enquadrados: a) Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; b) 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; c) 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.

A partir da análise desses três graus de integração, verifica-se que o indígena será considerado como “integrado”, “isolado” ou “em vias de integração” a depender do seu nível de socialização ou incorporação dos valores da “comunhão nacional”.

Mais uma vez, a “comunhão nacional” é colocada como o “centro” da questão demonstrando-se que a classificação utilizada demonstra a manutenção de um positivismo que insiste em classificar e categorizar determinado grupo de pessoas.

Na prática, essa diferenciação é difícil de ser estabelecida, pois diante da diversidade étnica e das sobreposições nas relações humanas, colocar em “caixinhas” tais interações corre

---

<sup>202</sup> SILVA. 2015. *Op. cit.*

<sup>203</sup> *Ibid.*, 24-25.

o risco de não se atender e entender adequadamente a especificidade cultural que determinado povo indígena se encontra.

A jurisprudência brasileira, tentando se utilizar dessas classificações, coloca como parâmetros de integração se falam ou não português, se o(s) filhos(os) estão ou não matriculados na escola, se moram ou não na cidade, dentre outros padrões.

Com a entrada dos indígenas nas universidades e nos concursos públicos, o critério utilizado para ser considerado como indígena ou não passou a ser o da autoidentificação. Esse direito implica no reconhecimento de se autodeterminar, se autogerir e se autorreconhecer, atribuindo-se identidade de forma autônoma, sem precisar de autorização estatal. Contudo, obriga o Estado à adoção de políticas específicas, principalmente, no tocante a reconhecer o autorreconhecimento.<sup>204</sup>

O direito à autoidentificação está em consonância com outros dispositivos internacionais, como a Convenção nº 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, como se verá no próximo capítulo.

---

<sup>204</sup> MOREIRA, Eliane; Pimentel, Melissa. O direito à autoidentificação de povos e comunidades tradicionais no Brasil. **Fragmentos de Cultura**, Goiânia, v. 25, n. 2, p. 159-170, abr./jun. 2015. Disponível em:< file:///C:/Users/User/Downloads/humbertoalves,+4177-12142-1-CE.pdf>. Acesso em: 30 out.2024.

### 3 RECONHECIMENTO DO DIREITO INDÍGENA NO PLANO INTERNACIONAL E ESTUDO COMPARADO NA AMÉRICA LATINA: PERMANÊNCIAS E CONTINUIDADES DO POSITIVISMO

Depois de analisada a política indigenista do Brasil desde o período colonial até o reconhecimento da Constituição Federal de 1988 dos direitos dos povos originários, torna-se fundamental observar que esses povos não têm seus direitos garantidos apenas no âmbito interno, mas também no plano internacional através de diversos instrumentos internacionais, como a Convenção nº 169 OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Tais documentos reconhecem diversos direitos, como o da identidade e a integridade cultural, à não discriminação, a igualdade perante a lei e a autodeterminação, que serão mais bem especificados nos tópicos seguintes fundamentando ainda mais os motivos pelos quais os povos originários devem ter assegurados tais direitos, não se tratando apenas de um reconhecimento nacional, mas de toda a comunidade internacional.

Esse capítulo será dedicado a analisar os instrumentos internacionais e porque eles são importantes. Ademais, será realizado um estudo comparado entre alguns países da América Latina, como Bolívia, Peru, Colômbia e México a fim de verificar que não é só o Brasil que sofreu influências positivistas e que realizou imitação dos códigos europeus no tocante a responsabilidade penal indígena, mas foi um movimento que foi possível de ser encontrado em toda a América Latina.

Raul Cervini esclarece que a tendência dos códigos latino-americanos em buscar apagar os padrões de identificação racial com o propósito de facilitar a assimilação das comunidades minoritárias representa uma forma de agressão praticada contra a especificidade cultural das etnias aborígenes, claramente violadora dos direitos humanos.<sup>205</sup>

Chama atenção que do ponto de vista constitucional muitos países da América Latina, como Peru, Bolívia e Equador estão preocupados em respeitar os direitos indígenas colocando em suas constituições políticas, dispositivos legais que assegurem e acompanham tais direitos reconhecidos internacionalmente. Por sua vez, na seara penal, o debate ainda é escasso com permanências e continuidades do positivismo e do processo histórico da colonização, que coloca o indígena como “inferior”, “não civilizado”, repercutindo na dogmática penal latino-

---

<sup>205</sup> CERVINI, Raul. O princípio do respeito às autonomias culturais. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça, Rio de Janeiro**, 1990. Disponível em: [https://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1277144647.pdf](https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1277144647.pdf). Acesso em: 10 dez. 2024.

americana. A ótica punitivista está presente na América Latina encontrando nos corpos indígenas sua expressão da violência e da segregação.

Por fim, será analisado que a inimizabilidade e o erro de proibição culturalmente condicionado foram os elementos dogmáticos mais aplicados quando nos referimos à responsabilidade penal indígena na América Latina.

### 3.1 Convenção nº 169 OIT

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho trata sobre Povos Indígenas e Tribais, sendo adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989 e com entrada em vigor no plano internacional em 5 de setembro de 1991.<sup>206</sup>

No Brasil, o Congresso Nacional ratificou a referida Convenção em junho de 2002 e, atualmente, se encontra em vigência no Brasil através do Decreto nº 10.088 de 05 de novembro de 2009.

Pode-se dizer que a Convenção é o primeiro instrumento internacional que trata dignamente dos direitos coletivos dos povos indígenas, estabelecendo padrões mínimos a serem seguidos pelos Estados e afastando o princípio da assimilação e da aculturação.

A Convenção 169 da OIT define quem são os povos indígenas e tribais, além de afirmar a obrigação dos governos no reconhecimento e proteção dos valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais desses povos.<sup>207</sup>

Sendo assim, a Convenção, dentre outros tópicos, estabelece: a) A necessidade de adoção do conceito de povos indígenas no âmbito do direito interno; b) O princípio da autoidentificação como critério de determinação da condição de índio; c) O direito de consulta sobre medidas legislativas e administrativas que possam afetar os direitos dos povos indígenas; d) O direito de participação dos povos indígenas, pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, nas instituições eletivas e nos órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que os afetem; e) O direito dos povos indígenas de decidirem suas próprias prioridades de desenvolvimento, bem como o direito de participarem da formulação, da implementação e da avaliação dos planos e dos programas de desenvolvimento nacional e regional que os afetem diretamente; f) O direito dos povos indígenas de serem beneficiados pela distribuição de terras adicionais, quando as terras de que disponham sejam insuficientes

---

<sup>206</sup> ANTT. **Convenção nº 169 OIT- Povos indígenas e tribais**. Disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/conven%C3%A7%C3%A3o-n-169-da-oit-povos-indigenas-e-tribais#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20169%20da%20OIT,e%20espirituais%20pr%C3%B3prias%20desses%20povos.>>. Acesso em: 29 dez 2024.

<sup>207</sup> ANTT. *Op. cit.*

para garantir-lhes o indispensável a uma existência digna ou para fazer frente a seu possível crescimento numérico; g) O direito a terem facilitadas a comunicação e a cooperação entre os povos indígenas através das fronteiras, inclusive por meio de acordos internacionais.<sup>208</sup>

James Anaya menciona que a Convenção ao defender os direitos coletivos, traz inovações significativas para a legislação internacional de direitos humanos, uma vez que os instrumentos internacionais estavam escritos quase que exclusivamente em termos de direitos individuais.<sup>209</sup> Ou seja, passa a ser um reconhecimento de direitos não apenas na esfera individual, mas de toda uma coletividade.<sup>210</sup>

Apesar de vários direitos reconhecidos pela Convenção, vários dos seus dispositivos ainda não estão sendo aplicados pelo Estado brasileiro. Vale destacar a obrigação de o governo consultar os povos indígenas toda vez que sejam examinadas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente, assim como a aceitação do princípio da autoidentificação como critério fundamental para determinar quem será reconhecido como indígena ou como povo indígena no país.<sup>211</sup>

No que tange ao direito de consulta, é notória a continuidade do desrespeito aos direitos indígenas, uma vez que em diversos momentos foram implementados projetos de infraestrutura com sérios impactos sobre as terras indígenas, sem estabelecer canais de diálogos com os povos indígenas, que serão afetados, sendo mais uma medida impositiva.<sup>212</sup>

Quanto ao critério da autoidentificação, negá-lo significa prejudicar principalmente os povos indígenas que lutam por recuperar o reconhecimento de suas identidades, com a consequente devolução de seus territórios.<sup>213</sup>

Portanto, verifica-se que a Convenção nº 169 da OIT representou um importante avanço legislativo no plano internacional assegurando direitos aos povos indígenas. Contudo, ela não é totalmente aplicada, encontrando percalços que ainda precisam ser superados.

---

<sup>208</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.** Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>209</sup> ARAÚJO, Ana Valéria; ANAYA, S. James; CARVALHO, Joênia Batista et. al. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença.** Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 171. Disponível em: Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença / Ana Valéria Araújo et alii - Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>211</sup> *Ibid t.*, p. 60.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 60-61.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 61.

### 3.2 Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas

No dia 13 de setembro de 2007, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas com o voto de 143 Estados<sup>214</sup>. Tal Declaração é um passo marcante no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, uma vez que prevê, em âmbito universal, normas mínimas a fim de garantir a sobrevivência, a dignidade, o bem-estar e o respeito aos direitos dos povos indígenas.<sup>215</sup>

A Declaração está preocupada que os povos indígenas tenham o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e demais normas internacionais de direitos humanos.<sup>216</sup> Ademais, está interessada em assegurar a liberdade e a igualdade de todos os povos e pessoas indígenas, proibindo a discriminação no exercício de seus direitos.

Tal declaração consagra o direito à autodeterminação política, econômica, social e cultural. Nesse mesmo sentido, os povos indígenas têm invocado repetidamente o artigo 1º<sup>217</sup> do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos<sup>218</sup> e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>219</sup> como base para as suas reivindicações quanto ao seu direito de autodeterminação. Embora o significado e a abrangência deste artigo se encontrar em grande discussão, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas decidiu em favor de sua aplicação em benefício dos povos indígenas sendo mais um dispositivo internacional a favor do reconhecimento do direito à autodeterminação.<sup>220</sup>

Após a análise da Declaração verifica-se que ela é composta por 46 artigos, abrangendo tanto direitos individuais, como coletivos, sendo alguns deles: a) reconhecimento dos direitos das pessoas indígenas à vida, à integridade física e mental, à liberdade e à segurança pessoal

<sup>214</sup> ACNUR. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf). Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>215</sup> GALVIS, María Clara; RAMIREZ, Angela. **Manual para defender os direitos dos povos indígenas**. Disponível em: [https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2017/11/manual\\_direitos\\_indigenas.pdf](https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2017/11/manual_direitos_indigenas.pdf). Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>216</sup> *Ibid.* p. 5.

<sup>217</sup> N.A.: Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

<sup>218</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>219</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 1992. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>220</sup> ARAÚJO; ANAYA; CARVALHO. *Op. cit.*, p. 179.

(art. 7); b) consagra os direitos coletivos a viver em liberdade, paz e segurança com povos distintos, sem serem submetidos ao genocídio ou a outros atos de violência (art. 7).<sup>221</sup>

Atualmente, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas é a pedra angular da proteção internacional dos direitos dos povos indígenas, pois expressa o consenso atualizado da comunidade internacional (143 Estados) sobre as principais normas a serem seguidas no tocante à proteção internacional dos povos indígenas.

Na Declaração estão presentes três direitos fundamentais que são muito importantes na presente pesquisa. São eles: direito à identidade e a integridade cultural, a livre determinação, a não discriminação e a igualdade perante a lei, que serão vistos a seguir. Apesar de sua importância, muitas vezes tais direitos são apagados pela cultura ocidental que insiste na manutenção do ideal assimilacionista ainda tão arraigado na sociedade.

### 3.2.1 Direito à identidade e a integridade cultural

Dentre os diversos direitos reconhecidos tanto pela Convenção nº 169 da OIT quanto pela Declaração das Nações Unidas, o direito à identidade e à integridade cultural é central para o presente trabalho, pois sinaliza que o referido direito não é reconhecido apenas no ambiente doméstico<sup>222</sup>, mas também na seara internacional, tamanha a sua importância.

Trata-se da proteção do sistema cultural e de valores pelos quais os povos originários querem viver, não tendo que sofrer assimilação forçada ou destruição de sua cultura. O direito à identidade cultural implica na real possibilidade de manterem-se e perpetuarem-se como povos distintos, protegendo os seus costumes e tradições, suas instituições e leis consuetudinárias, seus modos de uso da terra, suas formas de organização social e sua identidade social e cultural.<sup>223</sup>

Nesse sentido, o artigo 11 da Declaração das Nações Unidas dispõe que os povos originários têm direito a praticar e revitalizar suas tradições e costumes culturais, incluindo o direito a manter, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de suas culturas, bem como o artigo 12 do mesmo diploma internacional assegura o direito a manifestar, praticar, desenvolver e ensinar suas tradições, costumes e cerimônias espirituais e religiosas.<sup>224</sup>

---

<sup>221</sup> GALVIS; RAMIREZ. *Op. cit.*, p. 5.

<sup>222</sup> Art. 215, CF. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

<sup>223</sup> GALVIS; RAMIREZ. *Op. cit.*, p.10.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p.11.

Da mesma forma, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial na Recomendação Geral nº 23 insistiu para que os Estados reconhecessem e respeitassem a cultura, a história, o idioma e o modo de vida dos povos indígenas assegurando que as comunidades indígenas possam exercer seu direito a praticar e reavivar suas tradições e costumes culturais, preservando e praticando seu idioma.<sup>225</sup>

A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>226</sup> tem se pronunciado no mesmo sentido. No caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, o Tribunal esclareceu que os Estados têm a obrigação de promover e proteger o direito das crianças indígenas a viverem de acordo com a sua própria cultura, religião e idioma. Ao não serem respeitados os rituais de iniciação feminina ou masculina, por exemplo, o desenvolvimento e identidade cultural das crianças da Comunidade são afetados prejudicando sua relação com o território tradicional e o seu modo de vida próprio no tocante a sua cultura, que não é respeitado.<sup>227</sup>

Há uma preocupação em não serem as tradições culturais indígenas apagadas pela cultura ocidental, que busca esvaziar a especificidade cultural dos povos originários com práticas assimilacionistas.

Vale ressaltar que a Constituição da Nação Peruana de 1993 também reconheceu esse direito. Estabeleceu que ela é étnica e culturalmente plural cabendo ao Estado reconhecer e proteger este pluralismo (art. 2º, inc. 19). Assim, ficou estipulado como direito individual, o direito à identidade étnica e cultural. Por sua vez, como direito social foi definido que o Estado deve fomentar a educação bilíngue e intercultural (art. 17, pág. 4).<sup>228</sup>

Ainda, o referido Código protege as terras indígenas reconhecendo a identidade, à personalidade jurídica e autonomia das comunidades nativas, conforme dispõe o art. 89, podendo exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial em conformidade com o direito consuetudinário e em respeito aos direitos humanos (art. 149)<sup>229</sup>. Sendo assim, percebe-se que a Constituição Peruana se preocupou com os direitos indígenas assegurando

---

<sup>225</sup> GALVIS; RAMIREZ. *Op. cit.*, p.11.

<sup>226</sup> N.A.: A série de Cadernos de Jurisprudência publicada pela Corte IDH tem o objetivo de divulgar sua jurisprudência em diversos temas de relevância, em âmbito regional. Este número (11), atualizado até 2021, é dedicado aos direitos dos povos indígenas e tribais na jurisprudência interamericana.

<sup>227</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nº. 11:** povos indígenas e tribais / Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José, C.R.: Corte IDH, 2022, p. 150.

<sup>228</sup> PERU. **Constitución política del Peru, 1993.** Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/constitucion-politica-del-peru-1993.pdf. Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>229</sup> *Ibid.*

diversos deles, como por exemplo, o da diversidade étnica e cultural acompanhando o instrumento internacional mencionado, que reconhece esse mesmo direito.

Sendo assim, nota-se, ao longo da Declaração, dos documentos internacionais e da jurisprudência internacional uma clara proteção ao direito a cultura e a identidade cultural, que não pode ser esquecida, sob pena de contribuir para o apagamento da cultura indígena.

### 3.2.2 Direito à não discriminação e a igualdade perante a lei

Outro direito que tanto a Convenção nº 169 da OIT quanto a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas asseguram é o da não discriminação e o da igualdade perante a lei.

Mencionam tais instrumentos internacionais que os indígenas têm o direito a exercer e desfrutar plenamente de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pelo direito internacional, sem nenhum tipo de obstáculos ou discriminação, por conta de sua origem étnica. Esse direito é aplicável por igual a homens e mulheres (Convenção nº 169 da OIT, art. 3; DU, preâmbulo e art. 2).<sup>230</sup>

Ademais, é essencial que os Estados adotem medidas para combater o preconceito e eliminar a discriminação às pessoas e povos indígenas, garantindo a eles o mesmo nível de vida e oportunidade dos demais membros da sociedade, conforme assegura o artigo 15 da referida declaração.<sup>231</sup>

Apesar da declaração assegurar tais direitos, muitos países ainda discriminam os membros das comunidades indígenas colocando-os em uma situação de maior vulnerabilidade no que se refere à níveis de pobreza, participação política, acesso à saúde, educação e habitação. Todavia, alguns Estados estão empenhando-se para combater esses problemas, e, em particular, a discriminação. A Constituição Política do Peru é um exemplo, que estão sendo promulgados decretos que proíbem a discriminação.<sup>232</sup>

O art. 8 do Governo Regional de Apurímac - Portaria regional 017-2008-CR-Apurímac assegura um tratamento digno aos camponeses, dispondo que nenhum estabelecimento público ou privado da região passará por tratamento displicente, esperas injustificadas ou frases ofensivas à população rural camponesa, de características andinas ou indígenas, incluindo os residentes das cidades. Igualmente, o art. 9 menciona que atos discriminatórios estão

---

<sup>230</sup> GALVIS; RAMIREZ. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 8.

expressamente proibidos no âmbito da educação, não sendo permitido negar ou impedir o direito à educação sobre a cultura indígena. O art. 10 promove o direito à igualdade, na qual o Governo Regional de Apurímac se compromete a implementar ações afirmativas que busquem estabelecer condições de igualdade aos setores da sociedade historicamente excluídos como as mulheres, populações indígenas e rurais camponesas, e pessoas com deficiência.<sup>233</sup>

Portanto, pode-se dizer que há uma preocupação da Constituição Política do Peru em atender o direito à não discriminação e a igualdade perante a lei acompanhando o que dispõe o instrumento internacional da Declaração das Nações Unidas sobre povos indígenas.

### 3.2.3 Direito à livre determinação

Tanto a Carta das Nações Unidas quanto os pactos de direitos civis e políticos e de direitos econômicos, sociais e culturais assim como a Declaração e Programa de Ação de Viena estabeleceram o direito de todos os povos à autodeterminação.<sup>234</sup>

O direito à autodeterminação reconhece que os povos indígenas podem determinar livremente sua condição política e a buscar seu desenvolvimento econômico, social e cultural (DU, art. 3) garantindo sua sobrevivência como povos distintos. Sendo assim, permite aos povos indígenas perseguirem seu bem-estar e futuro de acordo com suas próprias práticas, modos de vida e costumes.<sup>235</sup>

A Constituição Política da Bolívia (2009) no Artigo 2 declara que:

Dada a existência pré-colonial das nações e povos indígenas, originários camponeses e seu domínio ancestral sobre seus territórios, se garante sua livre determinação no marco da unidade do Estado, que consiste em seu direito à autonomia, ao autogoverno, à sua cultura, ao reconhecimento de suas instituições e à consolidação de suas entidades territoriais, conforme esta Constituição e a lei.<sup>236</sup>

Da mesma forma, a Constituição Política da Colômbia (1991) no artigo 287 reconhece que os territórios indígenas possuem autonomia para a gestão de seus interesses, dentro dos limites da Constituição e da lei possuindo o direito de governar-se por autoridades próprias. Sendo assim, verifica-se uma atenção desses países quanto ao direito da autodeterminação<sup>237</sup>.

O próximo tópico será dedicado a realizar um breve estudo comparado sobre os códigos penais latino-americanos e como a América Latina tem discutido a questão indígena e o seu

---

<sup>233</sup> GALVIS; RAMIREZ. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>237</sup> *Ibid.* p. 10.

tratamento jurídico penal. Longe de querer esgotar toda a problemática serão pontuados o que há de central na temática.

### 3.3 Códigos penais latino-americanos

Analisar o tratamento jurídico penal dado aos indígenas por alguns países latino-americanos é essencial, pois traz à tona que não é só o Brasil quem sofreu influência europeia na elaboração do Código Penal, mas outros países da realidade marginal, como Peru, Bolívia, Colômbia e México também sofreram esse influxo, impactando diretamente a maneira pela qual os povos originários serão vistos, sempre sob o olhar do europeu, sendo colocados como “inferiores” ou “não civilizados” pela dogmática penal latino americana, que na verdade, é um reflexo da europeia.

Nesse contexto, Raul Cervini menciona que sempre a América Latina teve voltado as costas para a sua própria realidade cultural, tomando emprestado fragmentos de ideologias penais de países centrais, que correspondem a outros parâmetros socioculturais. Para o autor, esse desajustamento entre os Códigos importados e o meio cultural em que pretende aplicar assume profundas consequências com as comunidades indígenas, uma vez que são culturalmente diferenciados por sua história, origem, religião, isolamento geográfico e outras características que lhe são próprias.<sup>238</sup>

A realidade latino-americana não é comparável com a europeia, mas, mesmo assim, a dogmática penal latino-americana está erigida sob pilares da dogmática penal europeia, influenciando a elaboração de seus códigos penais. Assim, se manifesta Zaffaroni:

Se nós nos perguntarmos o que a realidade do Paraguai tem a ver com o Império Alemão, para adotar o seu Código Imperial, não podemos entender isso com clareza. O que tem que ver a realidade peruana, para adotar o projeto suíço, tampouco, poderemos compreender com clareza. Qual a relação da Venezuela com a Itália unificada para adotar o Código Zanardelli? E o que tem a Argentina a ver com o Reino de Baviera para adotar o Código de Feuerbach?.<sup>239</sup>

Esse tópico será dedicado a estudar alguns códigos latino-americanos, como o peruano que traz importantes reflexões sobre o erro de proibição culturalmente condicionado desenvolvido por Zaffaroni, e o boliviano, colombiano e mexicano, que de acordo com Rezende são os únicos que fazem expressa menção aos povos originários adotando os países da América Latina três critérios para o tratamento jurídico penal dos indígenas: inimputabilidade, erro de proibição e erro culturalmente condicionado.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> CERVINI. *Op. cit.*, p. 191-192.

<sup>239</sup> *Ibid.*

<sup>240</sup> REZENDE, Guilherme Madi. **Índio – tratamento jurídico-penal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 53.

Rezende aponta que somente três dos oito códigos penais analisados (Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, México, Paraguai, Peru e Venezuela) fazem menção expressa aos indígenas no que tange ao tratamento jurídico penal, demonstrando a pouca atenção que os países têm dado a questão na seara penal<sup>241</sup>, reflexo de códigos importados, que mantêm práticas coloniais e racistas à revelia dos direitos indígenas.

Chama a atenção que mesmo em países, nos quais os indígenas constituem a maioria ou é uma parte considerável da população torna-se escasso ou até mesmo é inexistente textos normativos que dispõem sobre a responsabilidade penal do indígena.

O próprio fato de muitos códigos latino-americanos não fazerem referência expressa aos indígenas no que tange ao seu tratamento jurídico penal indicam a forte influência de valores eurocêntricos e assimilacionistas que não contribuem para o desenvolvimento do próprio direito penal latino-americano que atenda as especificidades das comunidades indígenas.

### 3.3.1 Código penal peruano

Assim como aconteceu com o Brasil e a forte influência da Coroa Portuguesa, na qual os indígenas, à época, ficaram subordinados ao domínio português, o Peru sofreu forte influência da metrópole espanhola na elaboração do seu código penal.<sup>242</sup>

Apesar do Império Inca ter alcançado um elevado grau de desenvolvimento econômico e cultural, quando da chegada dos espanhóis na América, em 1492, a organização interna andina teve que submeter ao controle e serem explorados por uma metrópole estrangeira.<sup>243</sup>

José Hurtado Pozo explica que a conquista não foi apenas um choque físico que ocasionou a diminuição da população nativa devido a doenças, fome, maus tratos e desintegração, mas também foi um choque social e cultural, na qual a sociedade europeia impôs padrões sociais e culturais que mudaram o processo cultural indígena.<sup>244</sup>

Para o autor, durante todo esse processo, os espanhóis remodelaram a “raça indígena” como uma “casta” pertencente à “cultura hispânica”, que estava sujeita aos brancos, inserindo cada vez mais os indígenas nas estruturas coloniais espanholas.<sup>245</sup>

Com essa forte imposição de valores da sociedade espanhola, a legislação indiana não encontrou eco na legislação das repúblicas independentes, sendo uma forte característica

---

<sup>241</sup> REZENDE. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>242</sup> POZO, José Hurtado. *La Ley importada*. Editora Cedys, Lima, 1979, p. 8-9.

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 8-9.

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 9.

hispanica a imposição e aplicação da lei castelhana durante a colônia, apagando toda a legislação indiana.<sup>246</sup>

Sendo assim, apesar de no caso peruano possuírem uma cultura altamente desenvolvida, os espanhóis impuseram seu direito, sendo os indígenas perseguidos e julgados de acordo com as leis hispânicas.

Hurtado Pozo explica que mesmo ocorrendo a independência do domínio espanhol, isso não levou ao colapso do sistema socioeconômico desenvolvido e consolidado durante três séculos de colonialismo. As guerras emancipatórias produziram rompimento dos laços políticos com a metrópole sem uma profunda transformação das estruturas internas, situação que se manteve ao longo do século XIX.<sup>247</sup>

Nesse trabalho não temos o propósito de esgotar toda a história dos códigos penais peruanos o que fugiria do propósito dessa pesquisa, mas é importante notar como esses dispositivos sofreram influências e até mesmo replicaram códigos penais europeus, como o espanhol, representando um total apagamento da própria história penal latino-americana que perpassa pela história dos povos originários.

Como exemplo da importação dos Códigos penais europeus, vale citar o código penal espanhol de 1848-50 que o Peru adotou. Não foi uma transcrição literal do referido código, mas houve modificações para se adequar à “realidade do país”.<sup>248</sup> Ao ocorrer essa situação não foi respeitada os modos de vida e tradições da população indígena, que era maioria do país, sendo obrigada a aceitar tal código.

Rosa del Olmo sinaliza que os representantes das classes dominantes latino-americanas acolhiam acriticamente as normas tidas como “universais” impostas pelos países europeus havendo uma mentalidade de admiração e de submissão ao que era produzido nos países desenvolvidos, já que a realidade latino-americana era de dependência e de subdesenvolvimento.<sup>249</sup>

O que ocorreu na América Latina é que essas normas tidas como universais foram deformadas em relação às formulações originais para que pudessem se exprimir como racionais no contexto latino-americano.<sup>250</sup>

---

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>247</sup> POZO, José Hurtado. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>248</sup> POZO, José Hurtado. La recepción del Derecho Penal Extranjero y la cultura de la Dominación. *Rev. de der. y C. Políticas*, vol. 39, nos 1, 2 y 3, ene-dic, Lima, 1975, p. 87.

<sup>249</sup> OLMO, Rosa Del. *A América Latina e sua criminologia*. Editora Revan, 2004, p. 294.

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 294.

Importante observação a ser feita é que, do ponto de vista filosófico, os europeus conseguiram construir seus pilares de dominação na América Latina baseados no positivismo, que se difundiu na nossa realidade marginal, sendo o código espanhol de 1848-50 um excelente exemplo, pois sofreu grande influência das ideias positivistas, havendo também importação dos pensamentos de juristas hispânicos como mencionou Hurtado Pozo<sup>251</sup>. Vale mencionar que tais ideias foi e ainda é presente na nossa margem latino-americana, não sendo uma característica exclusiva do contexto peruano.

Vera Malaguti Batista menciona que o positivismo “representa uma atualização, um *continuum* e até uma sofisticação dos esquemas classificatórios, hierarquizantes, produzidos pela colonização do mundo pelo capital”.<sup>252</sup> No cenário latino-americano, torna-se em um “assombroso transplante”, como disse Roberto Bergalli. O autor se pergunta por que interiorizamos tão profundamente uma ideologia destruidora da nossa cultura, que nos deixou aprisionados em um quadro teórico que nos conduziu a nos constituirmos em território de degredo, campos de concentração, zonas de truculência e extermínio sem limite.<sup>253</sup>

As palavras de Lombroso, Ferri e Garfalo eram consideradas “sagradas” para os latino-americanos, ocorrendo uma assimilação sem que se levasse em conta que a história da Itália era muito distante da realidade latino-americana.<sup>254</sup>

O positivismo tornou a América Latina em uma gigantesca instituição de sequestro, concentração de povos “degenerados” e indesejáveis compostos por africanos, indígenas, judeus, mouros e criminosos natos da Europa.<sup>255</sup>

A partir desse contexto, os indígenas e os negros seriam os principais delinquentes. Os indígenas cometeriam os delitos devido a seu atraso e ignorância, que segundo os “especialistas” da época decorriam de suas características congênicas que os impediam de superar, e não à exploração de que haviam sofrido durante séculos.<sup>256</sup>

A ascensão do positivismo ocorreu entre 1885 e 1915, período entre a entrada em vigor do Código de 1863 e o primeiro projeto do código penal Maúrtua de 1916. Observa-se que o primeiro código penal peruano de 1863 sofreu grandes influências positivistas, já que juristas

---

<sup>251</sup> POZO, 1975. *Op. cit.* p. 87.

<sup>252</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia brasileira**. Editora Revan, 2021, p. 41.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>254</sup> OLMO. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>255</sup> BATISTA, 2001. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>256</sup> OLMO. *Op. cit.*, p. 175.

peruanos responsáveis por sua elaboração se basearam profundamente em tais ideias e nos ensinamentos dos penalistas hispânicos, que ecoavam na Europa.<sup>257</sup>

O movimento reformista que culminou com a promulgação do Código Penal de 1924 começou com a nomeação de uma comissão parlamentar (três senadores e quatro deputados) para elaborar um novo projeto (Lei nº 2.110, de 26 de janeiro de 1915) organizado por Víctor M. Maúrtua, relator do Código.<sup>258</sup>

Vale a pena comentar que Maúrtua ao desenvolvê-lo estava preocupado em não o deixar longe da realidade nacional. Para isso, cuidou em não replicar automaticamente qualquer disposição estrangeira e levou em conta as diferenças etnoculturais que existem entre os habitantes do país.<sup>259</sup>

Maúrtua incorpora a medida de segurança para o grupo de pessoas que ele chama de “selvagens”. De acordo com o art. 44: “no caso de crimes perpetrados por selvagens, os juízes levarão em conta a sua condição especial, podendo substituir as penas penitenciárias e de prisão para colocá-los em colônia penal agrícola, por tempo indeterminado que não excederá vinte anos.”<sup>260</sup>

Considera-se os povos indígenas semicivilizados ou degradados pela servidão e alcoolismo como “imputáveis relativos”. O artigo 45 dispõe que no caso de crimes cometidos por essas pessoas, “os juízes levarão em conta o seu desenvolvimento mental, o seu nível de cultura e os seus costumes, e procederá à sua repressão, com prudência, nos termos da regra do artigo 90”. Prevê também a possibilidade de os submeter a uma medida de segurança que consiste em internação em colônia penal agrícola ou tratamento através de educação para o trabalho, de acordo com o disposto no art. 42.<sup>261</sup>

A partir dessas disposições, verifica-se que o legislador peruano os distinguiu entre: 1) civilizados; 2) povos indígenas semicivilizados ou degradados pela servidão e alcoolismo e 3) “selvagens”.<sup>262</sup>

Essa classificação evidencia que tanto em relação aos “selvagens” como aos “índigenas semicivilizados”, o legislador optou por uma prática “assimilacionista”<sup>263</sup>, sinalizando que no

---

<sup>257</sup> POZO, 1975. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>258</sup> POZO, 1975. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 26.

código penal peruano de 1924 há uma permanência dessa classificação que ecoará também em outros códigos latino-americanos.

Por indígenas semicivilizados, o legislador entendeu o camponês e/ou pastor andino que vive no ambiente rural e que não falava espanhol nem era alfabetizado. Observa-se que o legislador não considerou sua cultura e, principalmente, seus costumes como elementos dignos de serem preservados para proteger a personalidade do grupo social, pelo contrário, o legislador optou por uma atitude protecionista, paternalista, que colocava a sua própria “cultura” como a “civilização” a ser seguida. Dessa forma, atenua a pena que lhes é imposta, considerando os indígenas semicivilizados insuficientemente capazes de compreender se estão agindo de forma criminosa e de determinar de acordo com essa apreciação, ou os sujeita a tratamento especial com base em seu status pessoal.<sup>264</sup>

Já no que diz respeito aos “selvagens”, o legislador nacional pensou nos habitantes da selva, constituintes dos quase 64 grupos etnolinguísticos, culturalmente diferenciados não só pela sua taxonomia linguística, mas também pelas formas de fixação, pelos padrões de residência, pela organização social, pelos meios de subsistência, artesanato, etc.<sup>265</sup>

Assim como acontece no Brasil, os chamados “selvagens” no código penal peruano também são marginalizados e não fazem parte integrante da comunidade nacional, não reconhecendo o legislador a autonomia cultural desses grupos e nem os reconhecem como sujeitos ativos capazes de participar na tomada de decisões do Estado.

Acontece que a partir da década de 1970, começa a prevalecer uma nova tendência, que será chamada de indianista. Na reunião de Barbados no ano de 1971, representantes de várias populações indígenas declarou que “a libertação das populações indígenas deve ser realizada por si só, ou não é libertação”, cabendo ao Estado garantir a todas as populações o direito de ser e permanecer nelas podendo desenvolver sua própria cultura e costumes.<sup>266</sup>

No que diz respeito à dogmática penal, buscando resolver o dilema da diversidade cultural, o artigo 21 do projeto do Código Penal Peruano de 1986 reconhecia a inimputabilidade. O juiz podia declarar a inimputabilidade ou mitigar a pena abaixo do mínimo legal, quando o indígena, seguindo sua cultura ou costumes, realizava um ato punível sem poder compreender

---

<sup>264</sup> POZO, 1975., p. 26.

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>266</sup> POZO, José Hurtado. **El indígena ante el derecho penal: caso peruano**. Disponível em: [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_05.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_05.pdf). Acesso em: 30 out. 2024.

adequadamente a natureza criminosa de seu ato ou ser determinado de acordo com esse entendimento.<sup>267</sup>

Baseando-se na crítica realizada por Zaffaroni, começou-se a ser revisto tal entendimento, uma vez que a inimputabilidade estava centrada no etnocentrismo, que não dá para considerar o indígena como um ser inferior a ninguém e muito menos que tem uma cultura inferior que a ocidental.<sup>268</sup>

No novo Código Penal de 1993 foi reconhecido de modo particular os efeitos da especificidade cultural no tratamento jurídico penal. Sendo assim, segundo o art. 15 do referido diploma legal fica isento de responsabilidade quem “*por su cultura o costumbres comete un hecho penal sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión*”<sup>269</sup>. De acordo com Hurtado Pozo, a ideia discutida no mencionado artigo refere-se ao conceito desenvolvido por Zaffaroni de erro culturalmente condicionado<sup>270</sup>: trata-se de casos em que o sujeito conhece a norma proibitiva, mas não pode ser obrigado a compreendê-la, ou seja, a introjetá-la ou internalizá-la como parte de seus valores.<sup>271</sup>

Guilherme Madi Rezende comenta que a atual legislação peruana parece ter abandonado o critério da inimputabilidade e passou a tratar a responsabilidade penal indígena através do erro culturalmente condicionado considerando aspectos próprios da cultura indígena.<sup>272</sup>

A nova figura do erro culturalmente condicionado será muito importante na presente pesquisa, pois é uma nova opção dogmática no tocante à responsabilidade penal indígena, que leva em consideração as especificidades culturais, sendo adotada por outros países, como o Brasil, tamanha a sua importância. Tais ideias serão difundidas na América Latina, e diante de sua relevância, o referido instituto será mais bem abordado em capítulo próprio.

### 3.3.2 Código penal boliviano

De acordo com Guilherme Madi Rezende, o Código Penal Boliviano de 1973 mencionava expressamente sobre o indígena nos artigos 17, nº 5, 18 e 40, nº4. O número 5 do artigo 17 estabelecia que o indígena selvagem, ou seja, aquele que não tivesse nenhum contato

---

<sup>267</sup> MEINI, Iván. **Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal.** Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2924/2844>; Acesso em: 30 out. 2024.

<sup>268</sup> MEINI. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>269</sup> POZO, 1975. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>270</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>272</sup> REZENDE. *Op. cit.*, p. 55.

com a civilização era considerado inimputável. Já o artigo 18 cuidava da semi-imputabilidade, facultando ao juiz atenuar a pena ou aplicar a medida de segurança mais conveniente ao indígena cuja incapacidade derivasse de sua inadaptação ao meio cultural boliviano e de sua falta de instrução. Por sua vez, o nº 4 empregava uma atenuante ao indígena carente de instrução que ignorasse a lei.<sup>273</sup>

Sendo assim, depreende-se desses artigos que caso o indígena não tenha nenhum contato com a sociedade, deve ser considerado inimputável. Por sua vez, caso ele seja considerado como inadaptado ao meio, ou sem instrução, deve ser considerado como semi-imputável e, por fim, o indígena que lhe falta apenas a instrução, havendo desconhecimento da lei, cabe ao magistrado a redução da pena.<sup>274</sup>

A classificação entre “inimputáveis” e “semi-imputáveis” demonstram permanências positivistas, que insiste em classificar os indígenas de acordo com a sua integração ao meio realizando um apagamento das especificidades culturais. Da mesma forma, demonstra-se uma permanência assimilacionista que considera o indígena como ser inferior e incapaz.

Gladys Yrureta critica veemente o referido Código, principalmente porque grande parte da população boliviana é indígena e é surpreendente que a lei considere parte da população como inimputáveis, ou seja, incapazes de querer e compreender os seus atos.<sup>275</sup>

No ano de 1993 ocorreu uma reformulação do Código Penal através da Lei 1.768 alterando especificamente o dispositivo da inimputabilidade indígena, deixando o indígena de ser considerado como inimputável, mas mantendo o disposto no artigo 40, nº4, que atenuava a pena do indígena carente de instrução e que desconhece a lei.<sup>276</sup>

### 3.3.3 Código penal colombiano

A Colômbia é referência no reconhecimento do pluralismo jurídico em comparação com outros países latino-americanos. Sua Constituição reconhece jurisdição própria aos indígenas, podendo as autoridades dos povos indígenas exercerem funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial em conformidade com as suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrárias à Constituição e às leis da República (artigo 246)<sup>277</sup>. Apesar de ter

---

<sup>273</sup> *Ibid.* p. 55-56.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>277</sup> COLOMBIA. **Constitución Política De La Republica De Colombia**, 1991. Disponível em: [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/constitucion\\_politica\\_de\\_la\\_republica\\_de\\_colombia\\_organized.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/constitucion_politica_de_la_republica_de_colombia_organized.pdf). Acesso em: 30 out. 2024.

conseguido conquistas no plano constitucional, na seara penal, suas legislações ainda são obsoletas e demonstram permanências assimilacionistas. O Código Penal Colombiano de 1936 é um exemplo disso.

De acordo com Luiz Fernando Vélez, durante a vigência desse código, cabia ao juiz determinar baseando-se em perícia antropológica quão indígena o acusado era e a partir disso, verificar a possibilidade de ser considerado como “civilizado”.<sup>278</sup>

Desde 1950, a Primeira Procuradoria Delegada em matéria penal defendeu a tese aberrante de que “dados sua insuficiência psíquica (moral, intelectual e moral), os indígenas podiam ser equiparados a um deficiente mental ou menor de idade.”<sup>279</sup>

Os atos criminosos por eles praticados deviam estar sujeitos às medidas de segurança estabelecidas pelo Código, consideradas as mais adequadas medidas para obter a readaptação à vida social, sendo especificadamente as colônias agrícolas para condutas repressivas como as mais indicadas como sanção aos povos indígenas, tendo em conta a sua “idiosincrasia rústica” e a sua boa capacidade para trabalho de campo.<sup>280</sup>

Ao se impor a medida de segurança aos indígenas como meio de readaptação à vida social, isso descaracteriza os próprios métodos de resolução de conflitos desses povos, pois muitas vezes o crime pode consistir em um comportamento que a própria cultura afirma ser necessário e apropriado, embora o sistema jurídico colombiano desaprove e proíba considerando como crime. Fato é que esse pensamento não foi levado em consideração, e os indígenas “selvagens” ou “semi-selvagens”, como eram classificados à época, foram submetidos a medidas de segurança através da força.<sup>281</sup>

Vélez aponta que as medidas de segurança também eram aplicadas ao agente que se encontrava em estado de transtorno mental ou intoxicação crônica produzida por álcool ou por qualquer outra substância, ou que sofresse de grave anomalia psíquica, de acordo com o artigo 29 do Código Penal colombiano. Sendo assim, o indígena era então assimilado a um portador de transtorno mental, ou a uma pessoa intoxicada cronicamente ou com uma anormalidade psíquica grave.<sup>282</sup>

---

<sup>278</sup> VÉLEZ, Luiz Fernando Vélez. **El problema de la inimputabilidad de los indígenas en el Nuevo Código Penal.** Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/rechava2,+Gestor\_a+de+la+revista,+Foro+hist%C3%B3rico.pdf. Acesso em 30 out. 2024.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 359.

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 359.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 359.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 359.

Dada a natureza indefinida das medidas de segurança, Veléz comenta que indígenas condenados permaneceram muito tempo em confinamento, através de um processo de readaptação social bem discutível.<sup>283</sup>

Realizando uma comparação entre o código penal peruano e o colombiano, observa-se que a medida de segurança foi aplicada aos povos originários como medida de controle e repressão buscando a sua adaptação a dita “sociedade civilizatória”.

O Código Penal Colombiano do ano de 1980 trouxe mudanças para responsabilidade penal indígena. Ele faz uma única menção expressa ao indígena no artigo 96, inciso III. O referido artigo dispõe que quando se tratar de indígena inimputável por imaturidade psicológica a medida consistirá na sua reintegração ao seu meio ambiente natural.<sup>284</sup>

Luiz Fernando Vélez Vélez aponta que é equivocada a associação do indígena isolado ao termo “incapacidade psicológica”, uma vez que esse último se refere a uma expressão da psicologia, e na presente ocasião, é mais um conflito cultural a ser resolvido. Logo, não se pode forçar “imaturidade psicológica” para aquilo que é um problema cultural e até mesmo racial.<sup>285</sup>

Mais uma vez o indígena é associado equivocadamente como aquele que é incapaz psicologicamente, demonstrando-se a permanência de valores eurocêntricos e assimilacionistas que consideram o indígena como ser inferiorizado. Tal ideia pode ser encontrada em vários códigos latino-americanos, como já visto, sendo o colombiano mais um exemplo na América Latina.

Do ponto de vista dogmático penal, Hernán Dario Benitez Naranjo observa que muitos autores colombianos sustentam o tratamento penal ao indígena através do reconhecimento da inimputabilidade, mas para o autor a saída correta seria tratá-lo a partir do erro como excludente de culpabilidade.<sup>286</sup>

Alfonso Reyes Echandia é um dos autores que segue pela linha da inimputabilidade. Para o autor, os indígenas “selvagens” sofrem de uma “imaturidade psicológica” que os torna incapazes de exercer o direito penal. A tese de que os povos indígenas não coexistem culturalmente com os “colombianos civilizados” acaba por classificá-los como inimputáveis<sup>287</sup>, e conseqüentemente, reforça os valores eurocêntricos, que coloca os povos originários à margem da sociedade.

---

<sup>283</sup> *Ibid.*, p 360.

<sup>284</sup> VÉLEZ. *Op. cit.*, p 360.

<sup>285</sup> *Ibid.*, p. 360.

<sup>286</sup> REZENDE, p. 57-58.

<sup>287</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo. **Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. El Colegio de México, p. 70.

Portanto, é possível verificar que o código colombiano também apresenta permanências de valores eurocêntricos e assimilacionistas, principalmente na utilização de termos que demonstram uma marginalização e segregação desses povos, como “imaturidade psicológica”, “meio ambiente natural”, “selvagens” e “semi-selvagens”, termos esses que também foram encontrados em outros códigos latino-americanos, demonstrando que a América Latina, até mesmo pelo processo histórico de colonização que enfrentou, ainda não conseguiu superar suas raízes racistas.

#### 3.3.4 Código Mexicano

Guilherme Madi Rezende explica que o artigo 52 do Código Penal Federal do México trata da fixação da pena, estabelecendo que o juiz fixará as penas e a medida de segurança que entender justas dentro dos limites fixados para cada delito, considerando a gravidade do ilícito e o grau de culpabilidade do agente.<sup>288</sup>

O inciso V do referido artigo prevê que quando o agente pertencer a um grupo indígena deverá ser levado em consideração seus usos e costumes. Para o autor, o código mexicano leva em consideração as especificidades indígenas para o fim de fixar a sua pena<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> REZENDE. *Op. cit.*, p.58.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 58.

## 4 PROPOSIÇÕES DOGMÁTICAS SOBRE O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO INDÍGENA: DE AÇÕES PERFORMÁTICAS À CULPABILIDADE

### 4.1 A crise do discurso jurídico penal

No primeiro capítulo se buscou estabelecer as bases teóricas da pesquisa explicitando os pilares sobre os quais está erigido o sistema penal (resquícios positivistas e discursos racistas) que contribuem para a seletividade penal pela qual operam as agências de criminalização. Procurou-se demonstrar como o poder punitivo é deletério recaindo sobre corpos vulnerabilizados a violência estatal.

Zaffaroni chama atenção para características marcantes do colonialismo, como a destruição das culturas originárias e a escravidão, sendo a ideologia genocida justificada em razão da nossa “inquestionável inferioridade” que é atribuída por não termos recebido a “mensagem cristã” ou por não possuímos o mesmo grau de “civilização” ou sermos biologicamente inferiores.<sup>290</sup>

O levantamento de dados discutido no primeiro capítulo teve como propósito demonstrar que a atuação do sistema penal se caracteriza por aquilo que Zaffaroni denominou de um “genocídio em andamento”, na qual tal sistema é perverso agregando cada vez mais mortes, em particular, dos setores mais vulneráveis da população.<sup>291</sup>

Zaffaroni destaca que os órgãos do sistema penal exercem seu poder militarizador e verticalizador-disciplinar, ou seja, seu poder configurador sobre aqueles setores mais carentes da população e sobre alguns “dissidentes” (ou “diferentes”) mais incômodos ou significativos.<sup>292</sup>

Nota-se que o Direito Penal acaba por não cumprir com os seus fins. Pelo contrário, torna-se em um discurso que racionaliza (legítima) o exercício do poder punitivo.

A América Latina está inserida em uma realidade distinta da alemã. De acordo com Zaffaroni, nossas sociedades são muito estratificadas e a polarização da riqueza aumentou nos últimos anos do século passado diminuindo o padrão de vida das pessoas, conseqüentemente, provocando a exclusão social e o aumento da violência criminal. Ademais, a legislação penal se torna cada vez mais repressiva apresentando obscuridade e contradição na lei penal.<sup>293</sup>

---

<sup>290</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2007.

<sup>291</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Revam, 2001. p. 123.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 23-24.

<sup>293</sup> ZAFFARONI, 2010. *Op. cit.* p. 39.

As condições carcerárias não ajudam a modificar a conduta dos presos. O que se observa, na realidade, é o aumento no número de presos como resultado das impensadas reformas penais, da ampliação da prisão preventiva e do temor dos juízes de receber crítica dos meios de comunicação, o que acaba por contribuir no aumento da seletividade.<sup>294</sup>

A partir dessa realidade, a tarefa da ciência penal da região latino-americana torna-se mais complexa que a alemã, porque: 1) por imperativo constitucional deve buscar ao restabelecimento da paz social; 2) não pode ignorar que os defeitos e perversões de seus sistemas penais não os fazem um instrumento mecanicamente idôneo; 3) nem que o próprio sistema penal costuma contribuir para aumentar e agravar a conflitividade; 4) cabe a ela mitigar a seletividade extrema do poder punitivo, que retarda a incorporação à cidadania real e 5) deve conter o poder punitivo do Estado a fim de preservar os espaços críticos necessários ao desenvolvimento social-democrático.<sup>295</sup>

Diante do contexto mencionado acima em que se insere a América Latina, a legitimidade do sistema penal mostra-se incoerente havendo uma discrepância entre aquilo que se propõe a partir da legislação penal e aquilo que se cumpre pelos órgãos do sistema penal, revelando-se o discurso jurídico-penal inegavelmente como falso, que se desarma ao mais leve toque com a realidade.<sup>296</sup>

O sistema penal não foi pensado para atender as especificidades da pessoa indígena, pois sobre eles também se recai a seletividade penal diante do próprio contexto histórico de colonização que foram submetidos enxergando o indígena como sempre “inferior” e vulnerabilizado. Basta observar o genocídio em que foram inseridos, o qual assume um aspecto racial com a contribuição do sistema penal para a sua extinção.

Mas não é somente com o genocídio que os povos originários lidam. Pierre Clastres traz a luz o conceito de etnocídio indígena. Se o termo genocídio remete a ideia de “raça” e a vontade de extermínio de uma minoria racial, o termo etnocídio aponta não para a destruição física dos homens (caso em que se estaria diante da situação genocida), mas para a destruição de sua cultura.<sup>297</sup>

---

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>296</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>297</sup> CLASTRES, *Op. cit.*

Para o autor, “etnocídio é a destruição sistemática dos modos de vida e pensamento de povos diferentes daqueles que empreendem essa destruição. Em suma, o genocídio assassina os povos em seu corpo, o etnocídio os mata em seu espírito”.<sup>298</sup>

A primeira manifestação de apagamento cultural se deu durante o colonialismo e as missões de catequização, na qual houve um esforço dos jesuítas para substituir as crenças bárbaras dos pagãos pela religião do Ocidente.<sup>299</sup>

Ao longo de toda a política indigenista brasileira o que se observou também foi um verdadeiro etnocídio indígena. A ideia que se tentou criar do indígena integrado à comunhão nacional e “civilizado”, na verdade, foi uma política utilizada pelo Estado para supressão das diferenças culturais julgadas inferiores e a aplicação de um princípio de identificação suprimindo e reduzindo o Outro como “cidadão brasileiro”.

Durante a Ditadura Militar, se travou um verdadeiro genocídio e etnocídio indígena, como foi apontado no Relatório Figueiredo, com práticas de tortura, lesões corporais, utilização do método do tronco e o desenvolvimento das prisões indígenas. Genocídio, porque houve a destruição física dos corpos indígenas e etnocídio, porque essa destruição visava exterminar o Outro e, conseqüentemente, suas práticas culturais e modos de vida diante de sua suposta inferioridade.<sup>300</sup>

Por falar em prisões indígenas, o Tribunal de Júri Indígena ocorrido em Roraima no ano de 2013 é um ótimo exemplo de como os povos originários demonstram uma séria dificuldade em reconhecer a prisão como método punitivo “eficiente”, e por conseguinte, indicam a sua descrença no sistema penal.<sup>301</sup>

Na ocasião, consta na peça acusatória que no dia 23 de janeiro de 2013, por volta das 15h, os denunciados Elcio da Silva Lopes e Valdemir da Silva Lopes encontravam-se no estabelecimento comercial, ocasião em que, previamente ajustados e com *animus necandi*, aparentemente em estado de embriaguez alcoólica, se dirigiram ao veículo automotor, onde se encontrava a vítima. O denunciado Elcio, munido de arma branca do tipo faca, empurrou a cabeça da vítima e desferiu-lhe um golpe que atingiu o pescoço, somente não se consumando a morte por circunstâncias alheias à vontade do agente.

---

<sup>298</sup> CLASTRES. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>300</sup> BRASIL. Ministério do Interior. **Relatório Figueiredo**. In: Brasil Doc. Belo Horizonte: UFMG, 1967. Disponível em: <https://www.ufmg.br/brasildoc/temas/5-ditadura--militar-e-populacoes-indigenas/5-1-ministerio-do--interior-relatorio-figueiredo>. Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>301</sup> OLIVEIRA, Assis da Costa. O Júri Indígena de Roraima e a Atuação do Sistema Jurídico Indígena. In: **Lei do índio ou lei do branco - quem decide?** sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais / Assis da Costa Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho (organizadores). – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 258.

Foi proposto pelo magistrado do caso que o julgamento se desse em terra indígena e o corpo dos jurados também fosse composto por representantes de povos indígenas buscando proporcionar um julgamento mais justo, uma vez que seria decidido por eles a resolução do conflito. No dia do Júri Indígena, 23 de abril de 2015, aproximadamente 300 lideranças de 72 comunidades indígenas estavam presentes.<sup>302</sup>

Os jurados indígenas decidiram pela absolvição de Elcio e a condenação, por pena mínima, de Valdemir, que gerou uma punição de detenção de três meses em regime aberto, não pela tentativa de homicídio, mas pelo crime de lesão corporal leve.<sup>303</sup>

Aos olhos do Tribunal de Justiça de Roraima, a prática demonstrava dar “voz” aos indígenas. Contudo, a Coordenação de Lideranças Indígenas, ao se reunirem para avaliar o Júri Indígena, pontuaram que a referida prática foi um desrespeito aos costumes e tratamento do povo indígena, pois as autoridades, como o promotor de justiça e o defensor público gritavam e se xingavam em público. Ademais, o defensor e advogada deram mal exemplo ofendendo a todos quando disseram que iriam tomar cachaça no bar onde ocorreu o crime.<sup>304</sup>

Um outro ponto a ser destacado é que o laudo antropológico utilizado no caso acabou por gerar uma discriminação contra a comunidade Urinduke já que a vítima foi caracterizada como “canaimé”<sup>305</sup>, prejudicando a coesão social entre as comunidades indígenas envolvidas no conflito.<sup>306</sup>

Quanto à avaliação do Júri, a comunidade decidiu que os acusados Elcio e Valdemir deveriam ser responsabilizados, rejeitando a decisão anterior dos jurados. A pena atribuída foi a de deslocamento dos envolvidos para outra comunidade, ficando determinado o tempo de dois anos a serem cumpridos no Centro de Produção do Tamanduá para o denunciado Elcio e punição de seis meses a ser cumprida no Centro Pedra Branca da Comunidade da Enseada para o denunciado Valdemir.<sup>307</sup>

Sendo assim, a partir da análise desse caso, verifica-se que o entendimento que os povos originários têm sobre prisão e métodos punitivos é diverso daquele que é usual na cultura do Ocidente, sendo inaplicáveis tais práticas para a cultura indígena pela própria falta de

---

<sup>302</sup> OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 258.

<sup>303</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>304</sup> N.A.: A bebida alcoólica é proibida na comunidade demonstrando ser um desrespeito fazer referência a ela.

<sup>305</sup> N.A A família de Elcio e Valdemir estavam consternados, pois na semana anterior [ao dia do crime] um sobrinho havia sido morto com sinais de violência. Esses familiares tinham a certeza de que um canaimé “andava pela região” e tinham assassinado seus parentes. Diante do comportamento da vítima Antônio e do seu biótipo, Elcio e Valdemir foram levados a concluir que “Antônio era um Canaimé”. Portanto, tentaram matá-lo.

<sup>306</sup> OLIVEIRA. *Op. cit.*, p.264.

<sup>307</sup> *Ibid.* p. 265-266.

reconhecimento e identificação, além de ser o próprio método já falido, principalmente no tocante à realidade marginal.

A reflexão que fica nesse ponto é: como acreditar em um sistema penal que mata corpos indígenas e seus modos de vida e práticas culturais, depositando no discurso jurídico penal sua confiança, se esse discurso, por excelência, busca como filtros punitivos esses próprios corpos? É como querer dar o veneno ao invés do antídoto.

Por isso que o sistema penal é falso e incoerente: falseando-se no discurso da legitimidade e da legalidade do sistema penal, almeja construir no imaginário popular a imagem do indígena “integrado”, “civilizado”, quando, na verdade, os canhões estão apontados para os “diferentes”, “dissidentes”, como os indígenas, negros e mestiços.

Sendo assim, o discurso jurídico-penal não se adequa à realidade latino-americana, e muito menos, aos povos originários pois ele, por si só, se alimenta da violência que é dirigida, em particular, aos indígenas.

#### 4.1.1 A crítica à dogmática penal alemã

Uma outra razão que a torna inaplicável aos indígenas é querer importar a dogmática penal alemã e a sua construção unitária da teoria do delito de que crime é “fato típico, ilícito e culpável” para uma realidade que não foi pensada tais construções teóricas.

A dogmática sobre a qual se baseia o conceito que se tem hoje de crime é inspirada nos pensadores alemães, sobretudo no sistema desenvolvido por Franz von Liszt e Ernest Beling.

Franz von Liszt publicou o famoso programa de Marburgo fortemente inspirado pelas ideias do evolucionismo de Charles Darwin. O estudo do Direito Penal deveria atender às regras científicas, respeitando ao método naturalista. O fenômeno criminal seria compreendido, no entanto, para além do manejo abstrato e racional das normas do Direito posto, mas deveria seguir também uma dimensão experimental. O somatório desses saberes integraria a ciência penal integrada.<sup>308</sup>

Santiago Mir Puig vai comentar que durante esse período, o direito penal buscou, por um lado, sua incidência na realidade através da prevenção ao delito, e, por outro, a incorporar o programa metodológico das ciências naturais no desenvolvimento de suas ideias. Sendo

---

<sup>308</sup> VON LISZT, Franz. **Die Zukunft des Strafrechts**. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlin: 1970, t. II, p. 80. *Apud* CACICEDO, Patrick Lemos. *Ideologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2022, p. 111.

assim, a dogmática jurídico-penal adotou o método do positivismo jurídico influenciado pelo naturalismo, enquanto o delito e a pena estavam atrelados ao empirismo das ciências naturais.<sup>309</sup>

Ocorre que a partir da década de 1920, o positivismo se mostrava insuficiente implicando alterações na compreensão da dogmática jurídico-penal, ganhando forças como opção metodológica o neokantismo. Radbruch, Marx Ernest Mayer e Edmund Mezger são os principais representantes da escola neoclássica do delito. O neokantismo se apresentava como uma reação ao positivismo querendo modificar o conceito de ciência até então fortemente vinculado ao empirismo das ciências naturais. Vale a pena observar que enquanto o método positivista concentrava-se em observar e descrever, o neokantismo empreendia as ciências humanas a tarefa de compreender e valorar. Na teoria do delito, foi responsável por introduzir aspectos valorativos e subjetivos em seus elementos constitutivos. Sendo assim, pode-se dizer os elementos do conceito analítico de delito foram complementados, mantendo as origens positivistas, mas com uma revisão neokantiana na qual o naturalismo passou a conviver com juízos de valor.<sup>310</sup>

Na nossa realidade latino-americana, consoante ensina Eugenio Raul Zaffaroni, o descrédito mundial do racismo e a debilidade regional das oligarquias produziram um vazio discursivo no saber jurídico-penal, demandando uma urgente renovação doutrinária que, ao chegar à dogmática penal alemã à América Latina, preencheu um enorme vazio discursivo produzido pela crise do positivismo.<sup>311</sup>

Zaffaroni explica que entre 1933 e 1945 ocorreu uma “guerra dogmática” entre advogados criminalistas nazistas, que concorriam academicamente para interpretar melhor as leis que emanavam do Führer, mas, o que chegou para nossa realidade marginal, nessa época, foi a ideia da neutralidade científica e o manto da cientificidade, que desorientou o penalismo latino-americano, despojando de conteúdo político o material importado.<sup>312</sup>

Munõz Conde explica que durante o período nazista, na Alemanha, foi desenvolvido uma política criminal eugenésica racista, que legitimava o extermínio dos “Minderwertige”,

---

<sup>309</sup> MIR PUIG, Santiago, **Introducción a las bases del derecho penal**. Concepto y método. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 196-197.

<sup>310</sup> CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022, p. 111.

<sup>311</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina Penal Nazista: A dogmática penal alemã entre 1933 e 1945**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 129.

<sup>312</sup> *Ibid.*, p. 136.

que era como se chamava as pessoas, que segundo os postulados ideológicos nazistas, tinham “menor valor” porque pertenciam a grupos raciais distintos aos da raça ariana.<sup>313</sup>

Os juristas do direito penal nazista tinham que atender aos anseios do Führer passando a reordenar os conceitos dogmáticos conforme os novos valores orientados pelo neokantismo e acomodando as categorias do delito que estavam em perfeita harmonia com a instrução recebida.<sup>314</sup>

Munõz Conde menciona que Mezger participou na elaboração de um projeto de lei sobre o tratamento dos “Gemeinschaftsfremde” para realizar o controle e a seleção eugenésica dos que eufemisticamente se denominavam “Gemeunshaftsfremde” (“estranhos a comunidade”), que compreendiam diferentes grupos de pessoas, dentre elas, as que estão à margem da sociedade, como mendigos, vagabundos, ladrões etc.<sup>315</sup>

Munõz Conde acrescenta que o conceito de “Gemeinschaftsfremde” acolhia a todos por igual. Do mesmo modo que se preparava para uma “guerra total” contra inimigo exterior, também preparava sua peculiar guerra total contra o “inimigo interior”.<sup>316</sup> Para Zaffaroni, o inimigo do Direito não é qualquer infrator, e sim o inimigo dos valores impostos pelo Estado. É aquele que apresenta uma personalidade incompatível com os valores relevantes em uma sociedade que se coloca como superior pela depuração racial. Os estranhos não eram os autores de delitos graves, por exemplo, mas qualquer um que representasse um incômodo ao Estado nazista.<sup>317</sup>

Os inimigos eram tratados como “vidas sem valor de vidas” sendo “justificadas” a sua eliminação, pois nunca alcançariam a plenitude sendo sinais de decadência e degeneração da raça. Como era necessário a eliminação para construir uma nova nação, o que restava para essas pessoas era a *nuda vitta*, ou seja, uma vida privada de todo o direito, inclusive do direito a conservá-la. Essa realidade era presente nos campos de concentração, bem como nos centros de detenção clandestina das ditaduras da segurança nacional e possível de ser observada também nos cárceres, onde a possibilidade de morrer violentamente, assassinado, executado ou queimado vivo é altíssima. Para Mezger, o estranho à comunidade era aquele que, “por sua

---

<sup>313</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**: Estudos sobre o direito penal no Nacional- Socialismo, 4ª ed. trad: Paulo Cesar Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 169.

<sup>314</sup> MUÑOZ CONDE, *Ibid.*, p. 84.

<sup>315</sup> *Ibid.*, 331.

<sup>316</sup> MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, p. 85.

<sup>317</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Es posible um derecho penal del inimigo no autoritário? In: RODRÍGUEZ, Carlos Avalos; VILLANUEVA, Alejandro Emilio Quispe (coord.). **Dogmática penal del tercer milenio**: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann. Lima: Ara, 2008, p. 34.

personalidade ou por sua forma de conduzir a vida, especialmente por seus defeitos extraordinários de compreensão ou de caráter, era incapaz, de cumprir com suas próprias forças, as exigências mínimas da comunidade do povo.<sup>318</sup>

A referência da figura do “inimigo” presente na obra de Mezger é possível de ser estabelecida quando nos referimos aos povos originários também. Durante a política indigenista brasileira, principalmente, no período da Ditadura Militar, criou-se a imagem do indígena como “inimigo” à ordem social que se pretendia estabelecer, conseqüentemente, virou um alvo que precisava ser “combatido” para restabelecer a paz social. Ao tratar o indígena como inimigo, não é possível acreditar no discurso jurídico-penal como aquele que vai proteger vidas indígenas. Pelo contrário, a ótica punitiva do Estado estará apontada para esse grupo.

#### 4.1.2 Respeito à autonomia, ao direito consuetudinário indígena e ao pluralismo jurídico

Diante de tudo o que foi exposto até o presente momento (desde os valores positivistas e eurocêntricos como pilares de um sistema jurídico penal até a crise da dogmática penal alemã e do discurso jurídico penal), o melhor caminho quando tratamos de responsabilidade penal indígena é fazer não incidir o Direito Penal sobre esses povos, principalmente para aqueles grupos de indígenas que estão em isolamento voluntário. O sistema penal não foi elaborado para atender as especificidades do povo indígena. Deve-se buscar outros caminhos, dentre eles no campo constitucional para que seja assegurado a autonomia, o multiculturalismo e os métodos de resolução de conflitos do próprio grupo.

Deve-se levar em conta que o direito indígena é “múltiplo, complexo e histórico” variando conforme os padrões culturais de cada etnia, não sendo aconselhável que os Estados Nacionais imponham unidade e uniformidade contra aqueles que são caracterizados por sua diversidade e pluralidade, sob pena de apagamento dos modos de vida e identidade indígena.

Thaís Colaço aponta que o problema do monismo jurídico é que reconhece um único sistema de direito para todos, influenciado pelo modelo positivista ocidental, inferiorizando e suprimindo as diferenças, já que estabelece uma só forma de estar, ser, saber e viver. No final, acaba por garantir a manutenção e a reprodução da modernidade/colonialidade.<sup>319</sup>

O mais recomendável é preservar e manter o direito consuetudinário indígena. De acordo com Vicente Mallol, o desaparecimento desse direito pode contribuir para a assimilação

---

<sup>318</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 106-107.

<sup>319</sup> COLAÇO, Thaís Luzia. **Pluralismo jurídico e o direito indígena na América Latina**: uma proposta de emenda constitucional no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.) **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS/Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015, p. 83.

e o etnocídio dos povos indígenas<sup>320</sup>, que é exatamente o que queremos evitar. O direito consuetudinário indígena tem um caráter coletivista, derivando da visão de mundo de que o homem não é o centro do universo e compõe a natureza, em conjunto, com os demais seres vivos, e seus valores são transmitidos por gerações.

Antônio Carlos Wolkmer sinaliza que diante do surgimento de novas formas de dominação e exclusão, produzidas pela globalização do capital e pelo neoliberalismo, as práticas sociais e os diversos modelos de conhecimento vem sendo ameaçados, sendo fundamental a valorização do poder comunitário, pois ele que proporcionará novos valores interculturais, novos procedimentos plurais de prática política, de acesso à justiça<sup>321</sup> e o respeito aos direitos indígenas.

Para o autor, a Modernidade introduziu uma forma de organização social e política que expressa valores universalizantes. Mais, especificamente, introduziu princípio eurocêntrico, monocultural e estatista, que sufocou o mundo da vida, sendo essencial um projeto de sociedade que permita a reconstituição dela e da solidariedade e da compreensão intercultural em um novo projeto epistêmico, ético e político.<sup>322</sup>

A partir da crítica dos valores universais propostos pela Modernidade, deve-se destacar a força dos movimentos indígenas na América Latina, como destaca Juan Carlos Martínez, pois esses movimentos começaram a expressar seu desacordo com o modelo de Estado nacional dominante. Em um primeiro momento, os movimentos indígenas assumiram reivindicações de caráter social como terra, trabalho, saúde e educação. No entanto, no processo de luta, muitos líderes e intelectuais chegaram a questionar o modelo hegemônico, passando a reconhecer a autonomia indígena como uma alternativa ao modelo de integração e práticas de desenvolvimento predatório impostos pelo Estado nacional tornando os indígenas, na América Latina, como sujeitos coletivos capazes de contrapor o que estava sendo determinado.<sup>323</sup>

Pode-se mencionar ainda que o reconhecimento do direito consuetudinário indígena está presente nas constituições latino-americanas ou nos tratados e convênios internacionais, como se observou no capítulo dois, abrindo a possibilidade legítima do reconhecimento desse direito

---

<sup>320</sup> CABEDO MALLOL, Vicente. **Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina**. Valencia: Editorial LA UPV, 2004. p. 54.

<sup>321</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico, movimientos sociales e procesos de luta desde América Latina**. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.) *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS/Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015, p. 96.

<sup>322</sup> *Ibid.* p. 97.

<sup>323</sup> MARTÍNEZ, Juan Carlos. **Pluralismo jurídico y neoconstitucionalismo latino-americano**. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.) *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS/Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015, p. 273.

alcançado, através de um processo de luta para, conseqüentemente, se reconhecer a existência de um pluralismo jurídico.

De acordo com Colaço, o pluralismo jurídico “se refere à coexistência de sistemas jurídicos diversos dentro de um mesmo campo social”, buscando “uma correta e diligente administração da justiça de acordo com a realidade cultural de quem a demanda”. Sendo assim, o que irá haver é o reconhecimento jurídico expresso de que convivem diferentes povos. Ademais, haverá o reconhecimento da competência das autoridades indígenas para “administrar a justiça por meio de seus sistemas normativos próprios” reconhecendo os seus próprios sistemas jurídicos.<sup>324</sup>

Em relação ao Brasil, é feita menção ao direito indígena consuetudinário no Estatuto do Índio, Lei 6.001 de 1973, ainda em vigor, apesar de estar antiga e desatualizada. O artigo 57 do Estatuto do Índio prevê a possibilidade de respeito ao direito consuetudinário, podendo exercer sua própria jurisdição quando tratar-se de delitos que não tenham “caráter cruel e infamante”, proibida em qualquer situação a pena de morte. O art. 231 da Constituição Brasileira de 1998, refere-se ao respeito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas, mas não reconhece legitimamente o direito consuetudinário indígena dos diversos grupos étnicos brasileiros, restando insuficiente para fundamentar as bases de um pluralismo jurídico, uma vez que não faz referência ao direito e à jurisdição indígena.

Segundo Thais Colaço, é necessário que o reconhecimento do Direito Indígena seja explícito e que no texto constitucional se reconheça o direito dos povos indígenas a exercerem sua própria jurisdição. Então, a autora sugere realizá-lo perante a Constituição através de uma emenda constitucional com a criação de uma legislação complementar, que deverá expor os mecanismos de coordenação, cooperação e complementação entre estas jurisdições, elaborada por uma comissão composta por antropólogos, juristas e a maioria por representantes dos diversos povos indígenas que vivem em território brasileiro, normatizando a sua operacionalização.<sup>325</sup> Só assim será possível garantir aos povos originários o respeito a sua autonomia para solucionar seus conflitos, em particular, no campo penal. Caso contrário, poderemos incorrer na manutenção e reprodução de uma política assimilacionista e violenta, que se quer evitar.

O sistema jurídico pluralista está sendo um caminho adotado por alguns países da América Latina reconhecendo a administração indígena devendo o Brasil seguir o mesmo

---

<sup>324</sup> COLAÇO. *Op. cit.*, p. 83.

<sup>325</sup> *Ibid.* p. 85.

modelo, além de essa perspectiva não ferir os dispositivos internacionais mencionados no capítulo dois estando de acordo também com a ordem global.

#### 4.1.3 Por uma abordagem teleológica negativa do poder de punir

Pelas razões expostas acima de uma crise do discurso jurídico penal e da dogmática penal alemã, o enquadramento mais adequado a partir do conceito analítico de delito para situações conhecidas como delitos culturalmente motivados quando praticado por indígenas é de um respeito ao pluralismo jurídico e autonomia indígena, que não passaria pela seara penal, sob pena de incorrer na manutenção de valores eurocêntricos e positivistas. Deve ser respeitado os próprios métodos alternativos de resolução de conflitos e o direito à autodeterminação da pessoa indígena, especialmente para os povos em isolamento voluntário atendendo ao que dispõem dispositivos internacionais e constitucionais, dentre eles, a Resolução nº 454, de 2022 do CNJ.<sup>326</sup>

Todavia, sabemos que o sistema penal tem sede de punir e as agências penais continuam operando a seletividade para escolher aqueles mais vulneráveis, na qual os indígenas estão inseridos. Diante dessa realidade, acreditar que o Direito Penal não será aplicado para a pessoa indígena que cometer supostamente algum delito é, no mínimo, uma ingenuidade. Apesar de, por exemplo, o STF reconhecer que o sistema prisional se encontra em um “estado de coisas inconstitucional”, a crença nos fins da pena permanece inalterada. O Judiciário brasileiro caracteriza-se por, de modo geral, ser aderente ao autoritarismo, haja vista defender a ideia de “lei e ordem” e a garantia da segurança pública que acaba por suprimir as especificidades culturais. Inseridos nesse contexto, em caso de não ser respeitada a autodeterminação indígena, que possa ser aplicado, de modo secundário, um sistema teleológico redutor do poder de punir.

Nilo Batista e Zaffaroni ilustram que o direito penal deve programar o exercício do poder jurídico como um dique que contenha o estado de polícia. Apesar do estado de polícia apresentar águas que se encontram em nível superior, ultrapassando o dique, deve o dique deixar passar apenas uma quantidade controlada de poder punitivo, filtrando a torrente menos irracional e reduzindo as turbulências de modo que as comportas assegurem a contenção. O

---

<sup>326</sup> Art. 1º Estabelecer diretrizes e procedimentos para efetivar a garantia do direito ao acesso ao Judiciário de pessoas e povos indígenas: VI – autodeterminação dos povos indígenas, especialmente dos povos em isolamento voluntário. De acordo com a mesma resolução, o Poder Judiciário deve garantir a não aproximação por terceiros aos povos isolados, uma vez que a eventual iniciativa de contato deve partir exclusivamente desses povos, em atenção ao princípio da autodeterminação e ao direito aos usos, costumes e tradições, resguardados pela Constituição Federal, conforme disposto no art. 8, *caput*, do documento.

poder punitivo tende para um exercício ilimitado e arrasador de todo o espaço social, mas o direito penal deve construir um sistema que permita as agências jurídicas conter esse poder.<sup>327</sup>

Para os autores, essa contenção deve se dar por etapas; a partir de cada pretensão de abertura do exercício do poder punitivo, o direito penal deve opor-lhe uma resistência. Ademais, deve ser levado em consideração que os conceitos cumprem uma função política e, portanto, não há como deixar de orientá-los politicamente, sob pena de construir conceitos perversos.<sup>328</sup>

Sendo assim, a construção conceitual do delito deve empreender-se como um sistema orientado pela ideia reitora de uma intencionalidade redutora do poder punitivo, que influenciará, portanto, todas as particularidades construtivas que pretendam integrar-se ao sistema.<sup>329</sup>

Dentro de uma abordagem teleológica redutora do poder de punir e de redução de danos que esse trabalho almeja propor, a concepção agnóstica da pena é a que mais se adequa ao objetivo proposto. As teorias positivas da pena são falsas, ou pelo menos, não generalizáveis, sendo adequado procurar o conceito de pena delimitador do universo do direito penal por um caminho diverso de suas funções.

De acordo com Nilo Batista e Zaffaroni, ao se adotar uma teoria negativa da pena buscase a não legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo, almejando um conceito de pena sem apelar para as suas funções manifestas. Para Salo de Carvalho, negar as teorias da pena contribui para minimizar os efeitos danosos produzidos pelo aparato punitivo e igualmente elimina do discurso penal seu viés declarado (e não cumprido), retomando sua natureza política.<sup>330</sup> A pena, alheia, a qualquer fundamentação jurídica retornaria ao campo da política, representando manifestação concreta de poder. Deve-se levar em conta que a pena é uma resposta sancionatória extrema e cruel, isenta de quaisquer justificativas.<sup>331</sup>

De acordo com Zaffaroni e Nilo Batista:

A pena leva a uma privação de direitos ou infringe uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza os perigos iminentes. Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão e é agnóstica quanto a sua função, pois confessa não a conhecer.<sup>332</sup>

---

<sup>327</sup> ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2011. *Op. cit.*, p. 156.

<sup>328</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>329</sup> *Ibid.*, 170.

<sup>330</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 6ª ed. 2014.

<sup>331</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>332</sup> ZAFFARONI; BATISTA, et al. *Op. cit.*, p. 100.

Um outro ganho do direito penal baseado na teoria negativa é que fica livre para elaborar elementos orientadores de decisões que reforcem a segurança jurídica, no caso, que deve ser entendida como a tutela dos bens jurídicos e, no caso, de não ser possível não utilizar o direito penal para os povos originários, que a proteção aos bens jurídicos ocorra de forma ponderada, como veremos a seguir.

No caso brasileiro, Tobias Barreto<sup>333</sup> foi um dos principais autores que rejeitou as usuais teorias de justificação da pena, por considerá-la como um meio extremo tal como a guerra é.<sup>334</sup> Hamilton Gonçalves Ferraz menciona que o maior ganho da teoria agnóstica-negativa é inspirar e incentivar modelos alternativos de solução de conflitos apontando a discussão para a justiça restaurativa, que aposta em novas formas de administração de conflitos pautadas na aproximação entre as partes e em uma gestão horizontal das controvérsias, em contraposição ao modelo excludente, vertical e culpabilizante da justiça criminal tradicional nos moldes ocidentais.<sup>335</sup> Tal ideia é a que coaduna dentro dessa perspectiva teleológica negativa do poder de punir, pois implica em uma política de redução de danos e, se for aplicado o direito penal, que seja dentro de um dique de contenção do poder punitivo, que inflija o mínimo de dor possível e a partir de um método horizontal de resolução de conflitos, que leve em conta ao pluralismo jurídico, pois é o que mais se aproxima com as próprias práticas punitivas indígenas.

A partir de um contexto que incida o Direito Penal, necessário refletirmos sobre os enquadramentos possíveis de aplicação da teoria do delito para os povos originários levando em conta a sua especificidade cultural e o quão integrados eles estão. Porém, antes disso, é fundamental estabelecermos as bases dos crimes culturalmente motivados e da noção de cultura que irá nortear esta parte do trabalho.

#### 4.1.4 Notas sobre o conceito de cultura

Não é possível tratar do assunto dos crimes culturalmente motivados sem discutir, primeiramente, a ideia de cultura, que comportou, e ainda, comporta diversas acepções.

Torna-se essencial entender a cultura pois ela será colocada em destaque, e principalmente, é a partir de suas diferenças que o tratamento jurídico penal aos povos

---

<sup>333</sup> N.A.: Para aprofundar os estudos sobre Tobias Barreto e a teoria agnóstica da pena, ver trabalho de Melo, José Rafael Fonseca de. **Pena e guerra: Tobias Barreto e o horizonte teleológico do modelo negativo para uma dogmática consequente e uma penologia crítica redutora de danos.** Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2024.

<sup>334</sup> BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal.** In: Estudos de Direito. Publicação póstuma dirigida por Sílvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892, p. 56.

<sup>335</sup> FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Direito Penal sem pena? Uma introdução à teoria agnóstica da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Vol. 148. 2018.

originários pode incidir ou não. Entender o contexto cultural no qual o indígena está inserido é fundamental para uma melhor análise da dogmática penal.

Edward B. Taylor definiu o conceito de cultura, em um modelo tradicional como “um conjunto complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, o direito, o costume e qualquer outra capacidade e hábito adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade”, tendo dentro de cada cultura objetivos característicos, que não necessariamente serão compartilhados por outros tipos de sociedade.<sup>336</sup>

Todavia, na segunda metade do século XX, essa noção “fixa” de cultura começa a demonstrar sérios sinais de corrosão e a concepção de Taylor começa a ser fortemente criticada pelos pós-modernos. Observa-se, que na prática, os grupos culturais são muito mais diversos internamente do que a teoria os retrata e que entram em diálogo com as outras culturas muito mais do que se possa fazer crer a concepção tradicional.<sup>337</sup>

Sendo assim, na visão de James Clifford Geertz, as culturas não são esses “frutos puros”, intactos e intangíveis apresentados anteriormente, mas, sim, de sistemas abertos e suscetíveis de contaminação por parte das outras culturas constituindo-se em um sistema dinâmico.<sup>338</sup>

Levi Strauss comenta sobre a diversidade das culturas humanas, que não devem ser concebidas de forma estática, não devendo ser uma amostragem inerte ou de um catálogo obsoleto.<sup>339</sup>

Para ele, no entanto, a diversidade de culturas raramente é apresentada. Os homens viram nele uma espécie de monstruosidade ou escândalo mais do que tudo. Quando o sujeito se depara com uma situação inesperada, repudia as formas culturais: as morais, religiosas, sociais e estéticas, afastando aquilo que o homem não consegue identificar.<sup>340</sup>

Por exemplo, os “costumes selvagens” sempre vêm acompanhados de frases do tipo “isso não acontece no nosso país”, ou “não deveria ser permitido aquilo”, demonstrando a repulsa diante de modos de viver, de acreditar ou de pensar, que nos são estranhos. Levi Strauss destaca que a Antiguidade confundiu tudo o que não participava da cultura grega (mais tarde

<sup>336</sup> TAYLOR Ch., **La política del reconocimiento em HABERMAS** – TAYLOR (org.), Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento, trad. it., 2003, p. 9 ss., e, do mesmo autor, The Politics of Recognition, em GUTMANN (org.), Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition, 1994, p. 25.

<sup>337</sup> TAYLOR., *Op.cit.*, p. 513

<sup>338</sup> GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas** 1ª ed., IS. reimpr. - Rio de Janeiro: LTC, 2008. p. 323.

<sup>339</sup> LEVI-STRAUSS, Claude. **Raça e história**. In: Antropologia estrutural dois. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

<sup>340</sup> STRAUSS., *Op. cit.*, p. 4.

greco-romana), com o mesmo nome de bárbaro. Mais tarde, os ocidentais usaram o termo “selvagem” no mesmo sentido.<sup>341</sup>

Fato é que a cultura é múltipla e se apresenta de acordo com os modos de vida de cada povo, que quando colocado em contato com uma outra, tende a afastá-la, pois acaba lhe oferecendo um modo de vida diverso, que lhe é estranho.

Esse terceiro capítulo é dedicado à análise dogmática penal relativamente ao indígena. Consiste em passar pelos principais elementos da teoria tripartite do crime a fim de verificar a hipótese deste trabalho, ou seja, “*Qual seria o enquadramento mais adequado a partir do conceito analítico de delito para situações conhecidas como delitos culturalmente motivados quando praticado por indígena*”.

Cristina de Maglie é uma das principais autoras que trabalha a ideia dos crimes culturalmente motivados. Torna-se essencial entender do que se trata, levando em consideração que é a partir dos choques culturais que o Direito Penal é obrigado a intervir para resolver os conflitos.

Considerando a teoria tripartite do crime, que o considera como fato típico, ilícito e culpável, o objetivo deste capítulo é navegar desde a teoria da ação, passando por uma nova abordagem metodológica proposta por Juarez Tavares através das ações performáticas até a culpabilidade com foco dado na inimputabilidade e erro de proibição culturalmente condicionado, excludentes recorrentemente aplicáveis no assunto, para analisar qual é o tratamento jurídico mais adequado no caso de responsabilização penal dos povos originários.

Não se pode deixar de mencionar diante desse quadro propostas menos aplicáveis no mundo jurídico, mas que são defendidas por alguns doutrinadores, como a hipótese de inexigibilidade de conduta diversa adotada por Guilherme Madi Rezende e do exercício regular de um direito (à diferença) apresentada por Assis da Costa Oliveira. Ademais, será analisado nesse contexto os casos já apresentados no primeiro capítulo (ritual da “pajelança brava” e o caso Kitsumanin Kamayura) a fim de entendermos como a dogmática penal está sendo aplicada no Judiciário brasileiro no tocante a responsabilidade penal indígena.

#### 4.1.5 Crimes culturalmente motivados

Ao tratar sobre os delitos culturalmente motivados, Cristina de Maglie demarca que em decorrência da globalização e da imigração, várias culturas passaram a coexistir em uma mesma

---

<sup>341</sup> STRAUSS. *Op. cit.*, p. 4.

sociedade e, conseqüentemente, diante da presença de muitas culturas em um mesmo espaço surgem diversos incômodos e conflitos a serem resolvidos.<sup>342</sup>

A autora apresenta que os conflitos culturais são o resultado natural de um processo de diferenciação social que produz diversos agrupamentos sociais. Cada grupo defende o seu próprio posicionamento, a sua própria interpretação das relações sociais e até mesmo realiza uma interpretação equivocada dos valores sociais dos outros grupos.<sup>343</sup>

Diante de uma composição multiétnica de sociedade, verdadeiros conflitos de cultura surgem, pois, um comportamento que pode ser aceito na cultura de um grupo étnico específico, pode não o ser em um outro ordenamento. Cristina de Maglie cita alguns exemplos desse conflito: casos de poligamia e de mutilação genital feminina, ilícitos nos sistemas ocidentais; matrimônios entre parentes próximos, admitido por algumas tradições asiáticas, mas que, para a sociedade ocidental caracteriza-se como incesto; “ritos matrimoniais” que, segundo os códigos penais do ocidente, constituem os crimes de violência sexual e sequestro de pessoas; ritos de iniciação que implicam a desfiguração do rosto ou do corpo de menores, e que para o sistema jurídico ocidental, configura o crime de lesões.<sup>344</sup>

Diante desse choque, o direito penal é chamado a considerar e resolver tais conflitos através da noção de crimes culturalmente motivados, que de acordo com Maglie, refere-se a um comportamento realizado por um sujeito que pertence a um grupo étnico minoritário, que é considerado crime pelas normas do sistema da cultura dominante. O mesmo comportamento, na cultura do grupo de pertença do agente, é, por outro lado, tolerado, aceitável ou aprovado, ou, em determinadas situações, e até mesmo imposto.<sup>345</sup>

Para restarem caracterizado os crimes culturalmente motivados, é necessário preencherem os seguintes requisitos: 1) o grupo deve apresentar características comuns refletindo o estilo de vida dos componentes do grupo, seus comportamentos e tipos de trabalho (uma cultura comum); 2) o sujeito ao crescer em uma determinada cultura, deve adquirir valores da cultura do seu grupo de pertença (cultura do grupo e formação de indivíduo); 3) deve priorizar por um reconhecimento e aprovação de outros membros da comunidade, ainda que de maneira informal (sentimento de pertença ao grupo e recíproco reconhecimento); 4) o indivíduo ao investir para ser reconhecido pelo seu próprio grupo fortalece a sua identidade (reconhecimento do grupo e autoidentificação); 5) com o reconhecimento do grupo, o sujeito

---

<sup>342</sup> DE MAGLIE. *Op, cit*, p. 23-24.

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>345</sup> *Ibid.*, p. 38.

não corre o risco de não pertencer aquele meio (sentimento de pertença e reconhecimento) e 6) ligado com a ideia de que a pertença é uma consequência do reconhecimento, que é conferido ao indivíduo pelos outros membros não se podendo escolher pertencer, mas alguém pertence porque é (pertença e aquisição).<sup>346</sup>

De acordo com a autora, do ponto de vista processual, existirá um “fato culturalmente motivado”, quando houver: 1) motivo cultural: a causa que levou o sujeito a cometer o crime encontra explicação na bagagem cultural da qual é portador o agente; 2) coincidência de reação, ou seja, o motivo cultural não faz parte apenas da ética individual do agente, mas é uma expressão da bagagem cultural bem consolidada do grupo étnico de pertença e 3) divergência entre culturas, devendo se comparar as duas culturas a fim de identificar as diferenças de consideração e o tratamento entre os dois sistemas. Sendo essa divergência consistente, pode-se concluir pela existência de um fato culturalmente motivado.<sup>347</sup>

Os fatos culturalmente motivados são admitidos no direito brasileiro, uma vez que a própria Constituição Federal de 1988 assegura que o Estado deve proteger os direitos culturais e incentivar a difusão das manifestações da cultura popular, indígena e afro-brasileira.<sup>348</sup>

Em que pese tal reconhecimento, os crimes culturalmente motivados encontram obstáculos de serem aplicados diante de ordenamentos penais assimilacionistas<sup>349</sup> como, por exemplo, o assimilacionista-igualitário que baseado no princípio da igualdade formal da lei<sup>350</sup>, em que os sujeitos possuiriam os mesmos direitos, as mesmas obrigações, as mesmas liberdades, dificultando o reconhecimento da diversidade cultural. Dentro dessa perspectiva, como menciona Juarez Tavares “não se pode dizer que toda a humanidade segue sempre um determinado padrão”<sup>351</sup> e que seja ele aplicado igualitariamente para todos sob pena de apagamento das diversas culturas.

Como mencionado, o Estatuto do Índio classifica a pessoa indígena em três grupos: “isolados”, “em vias de integração” e “integrados” à comunhão nacional. Apesar das críticas existentes quanto essa classificação, esse será o ponto de partida desse trabalho, pois não é

---

<sup>346</sup> DE MAGLIE. *Op.cit.*, p. 36-38.

<sup>347</sup> *Ibid.*, p. 38-39.

<sup>348</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.156.

<sup>349</sup> N.A.: O modelo assimilacionista se caracteriza pela indiferença quanto às variações culturais, em razão do direito penal ser marcado pela ausência de neutralidade cultural e, assim, acaba por mostrar-se indiferente no tocante ao fenômeno multicultural.

<sup>350</sup> DE MAGLIE. *Op.cit.*, p. 39.

<sup>351</sup> TAVARES. *Op. cit.*, p. 155.

possível sustentar que para todo e qualquer grupo a responsabilidade penal deve ser a mesma, sob pena de incorrerem em apagamentos culturais.

Anuska Leochana Menezes Antonello comenta que o indígena tido por isolado era considerado como inimputável e era isento de pena em razão de não ser capaz de entender o caráter ilícito do fato por ele praticado ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. O indígena “integrado” seria estimado como imputável e submetido em igualdade de tratamento com os demais cidadãos brasileiros praticantes de ilícitos penais. Por fim, para aquele indivíduo considerado “em vias de integração” era exigido laudo pericial antropológico para aferição do estágio de consciência em relação ao ilícito praticado antes de conduzi-lo sob uma das opções anteriormente destacadas.

De antemão, não será objeto de estudo os indígenas considerados “isolados”, porque sequer tomamos notícias das práticas punitivas indígenas realizadas por eles a fim de dizer que um determinado fato deve ser considerado como crime dentro dos parâmetros ocidentais. Ademais, como já mencionado, a própria Resolução nº 454 de 2022 do CNJ assegura o respeito a autodeterminação indígena.

Todo e qualquer pensamento que equipara indígenas como inimputáveis é um grande erro, pois o que ocorre é que ele está submetido em uma cultura diferente da ocidental, mas não necessariamente ele preenche alguma das hipóteses de inimputabilidade. O indígena é mentalmente normal, mas apresenta uma cultura diversa da imposta. Para os indígenas “isolados”, mais do que nunca deve ser respeitado o pluralismo jurídico e o respeito ao direito consuetudinário indígena, pois eles não possuem nenhum conhecimento sobre os valores culturais ocidentais sob pena da manutenção dos valores racistas e etnocêntricos, que queremos romper.

A discussão se encontra para os indígenas tidos como “em vias de integração” ou “integrados”, pois eles apresentam algum contato (em maior ou menor grau) com a cultura dominante, mas ainda conservam seus usos, costumes e tradições indígenas. Não é possível realizar uma análise universal sobre esses dois grupos e considerar os indígenas “integrados” como sempre imputáveis, apesar da jurisprudência brasileira caminhar nesse sentido, mas deve ser realizada uma análise individual, caso a caso, que leve em conta os valores da etnia indígena, o bem jurídico que se quer proteger e de qual grupo estamos tratando. Esse trabalho não pretende esgotar a discussão, mas apenas apresentar alguns possíveis caminhos. Portanto, a partir desses grupos (“integrados” e “em vias de integração”), percorreremos o caminho dogmático do crime considerado como “fato típico, ilícito e culpável” analisando quais são as

soluções dogmáticas possíveis quando tratamos de responsabilizar uma pessoa indígena, começando pelo primeiro elemento dogmático, que é a ação.

#### 4.1.6 Teoria da ação

Esse trabalho adota uma abordagem metodológica baseada em um direito penal redutor do poder de punir, conseqüentemente, o conceito idôneo de ação é aquele que cumpre uma clara função política, ou seja, qualquer pretensão de exercício de poder punitivo tem que fundar-se em uma pessoa e visa conter o exercício irracional do poder punitivo que, na maioria das vezes, recai sobre pessoas selecionadas inseridas em determinados estereótipos.<sup>352</sup>

Frequentemente, o poder punitivo seleciona aqueles que correspondem a certos estereótipos, mas poucas entre as pessoas que foram selecionadas empreenderam um esforço considerável para vulnerabilizarem-se. Assim, como menciona Nilo Batista e Zaffaroni na “seleção criminalizante real não predomina o critério da conduta realizada, e sim o da vulnerabilidade ao poder punitivo”.<sup>353</sup>

Para os autores, a ação é um conceito jurídico, que de acordo com a teleologia redutora, deve ser útil como característica geral do delito, exercendo um papel de delimitar a matéria a ser submetida aos sucessivos filtros valorativos na tarefa de conter o poder punitivo.<sup>354</sup>

Por sua vez, Juarez Tavares apesar de entender que o conceito de ação não é neutro, está submetido a um contexto ideologizado e, adotar de certa forma uma perspectiva redutora, ele propõe um rearranjo na construção da teoria do delito baseado no injusto penal. Dentro da linha de pensamento apresentado por Tavares, o modelo de conduta performático é essencial para o presente trabalho, pois é a partir dele que será construído a ideia de performatividade, sendo a diversidade cultural uma hipótese de ausência dela, e conseqüentemente, de eliminação do injusto, excluindo o crime.<sup>355</sup>

##### 4.1.6.1 Ações performáticas de Juarez Tavares

Para Tavares, o injusto penal se caracteriza pela “realização de uma ação violadora de uma norma proibitiva ou mandamental e contrária à ordem jurídica em sua totalidade. Essa ação

---

<sup>352</sup> ZAFFARONI; BATISTA et al. *Op. cit.*, p. 79.

<sup>353</sup> *Ibid.* p. 79.

<sup>354</sup> *Ibid.* p. 100.

<sup>355</sup> TAVARES. *Op. cit.*, p.117.

é atribuída a um sujeito com as qualidades de pessoa deliberativa e produz uma alteração sensível da realidade, expressa na lesão ou perigo concreto de lesão de um bem jurídico”.<sup>356</sup>

Há vários modelos de conceituação de ação, dentre eles o modelo causal, o modelo final, o modelo social, o modelo funcional, o modelo personalista, o modelo teleológico, o modelo estratégico, o modelo comunicativo, sendo o que interessa para esse trabalho, o modelo performático.

O autor explica que as ações desse modelo são chamadas de “performáticas” porque exigem de seus autores um posicionamento que seja dinâmico em face do espaço e tempo em que se realiza. Portanto, as ações e as omissões estão sempre associadas ao conjunto social e trata-se de uma ação dinâmica, que não pode estar separada do contexto e de outros participantes.<sup>357</sup>

Sendo assim, Tavares ao formular um conceito jurídico de conduta tem como pressuposto um sujeito capaz de atuar de acordo com o contexto e ajustado a uma norma proibitiva ou mandamental, bem como a um processo democrático de comunicação.<sup>358</sup>

Diante da relevância que a posição do sujeito tem na obra de Tavares como pessoa deliberativa, a imputabilidade deixa de ser analisada no âmbito da culpabilidade e passa ser contemplada no injusto penal.

Ou seja, Juarez Tavares propõe uma reformulação metodológica, na qual a imputabilidade não estará associada exclusivamente à determinação dos fundamentos da responsabilidade subjetiva, mas ela fará parte dos modelos de conduta, e conseqüentemente, estará incluída no âmbito do injusto penal.<sup>359</sup>

Um elemento chave dentro dessa ideia para configurar a ação penalmente relevante é que à medida que não forem preenchidos os elementos da pessoa deliberativa<sup>360</sup>, não há que se

---

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>357</sup> TAVARES. *Op. cit.*, p. 125.

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>360</sup> N.A.: Para Tavares, o conceito de pessoa deliberativa não pode ser compreendido fora do contexto da ação. Deve reunir, pelo menos, os seguintes atributos: a) a capacidade de formular proposições, ou seja, a capacidade de argumentar, de se expressar linguisticamente; b) a possibilidade de ver nessas proposições uma forma específica de identificação, como modo de destacar seus argumentos com pretensão de validade; c) a capacidade de executar uma conduta com pretensão de validade; d) a capacidade de avaliar a conduta dos demais; e) a capacidade de contestar as próprias proposições e condutas e, depois, alterá-las, na condição de uma entidade capaz de autocrítica; f) a capacidade de ser responsável por sua conduta; g) a capacidade de se comunicar conscientemente com os demais, de modo a ressaltar sua subjetividade, no sentido de seu reconhecimento. Em suma, o sujeito da ação é aquele que consegue orientar sua conduta de acordo com a norma criminalizadora, da qual está consciente em face do contexto, e, do mesmo modo, é capaz de exercer uma autocrítica de sua própria atividade.

falar em ação por falta de performatividade. Consequentemente, estará excluído o próprio injusto penal.<sup>361</sup>

É essencial que o sujeito possa se exprimir normalmente dentro do contexto em que se encontra, orientar sua conduta. Caso contrário, a falta de relação com o contexto quebra a performatividade.<sup>362</sup>

Estará ausente a performatividade em dois casos: por diversidade cultural, e, portanto, por vinculação a outro sistema normativo de conduta e por incapacidade ou deficiência de formação psíquica, tendo relação com o presente trabalho, o primeiro caso.<sup>363</sup>

Para ilustrar a situação de falta de performatividade, Tavares cita dois exemplos: o primeiro é de um indígena que jamais teve acesso à vida de uma grande cidade e mantém relações sexuais com sua mulher menor de doze anos. Esse fato pode constituir estupro de vulnerável, contudo, a vida sexual das índias inicia-se cedo, fora dos padrões ocidentais; logo, o contexto, sendo diverso, impede a orientação da conduta e, portanto, torna impossível uma pretensão de validade diversa para sua atuação.<sup>364</sup>

O segundo exemplo é do infanticídio de crianças deficientes. Para algumas comunidades indígenas, como os Ianomânis, ocorrerá o nascimento quando a mãe, ao dar à luz, recolher a criança do solo. Antes disso, não há que se falar em nascimento.<sup>365</sup>

Para o autor, a análise da diversidade dos grupos humanos não pode se dar apenas na culpabilidade, especialmente focado nos parâmetros de normalidade ou anormalidade mental. Essas condições de diversidade, como são condições de caracterização da pessoa deliberativa, devem ser avaliadas no âmbito da ação penalmente relevante.<sup>366</sup>

Mais especificamente, no caso do indígena, não se pode dizer que ele é portador de distúrbio ou perturbação mental, nem que ele possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mas falta-lhe, na verdade, a vinculação de contexto que o habilite a participar do discurso enunciador da norma proibida e agir como pessoa deliberativa. Para Tavares, a referida questão não deve ser resolvida no âmbito da culpabilidade, mas trata-se de um caso em que há ausência da ação penalmente relevante, e portanto, eliminado está o injusto penal.<sup>367</sup>

---

<sup>361</sup> TAVARES. *Op. cit.*, p. 146-147.

<sup>362</sup> TAVARES. *Op. cit.*, p. 152.

<sup>363</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>366</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>367</sup> *Ibid.*, p. 156.

Sendo assim, no caso de desvinculação extrema, ou seja, indígenas que vivem completamente à margem do Estado, a solução para Tavares se dará diante da ausência da ação, visto que faltam aos membros dessa comunidade os elementos básicos a afirmar a existência de uma conduta performática, ou seja, não se pode dizer que o sujeito orientou a sua conduta de acordo com o contexto da norma criminalizadora. Todavia, quando observar maior proximidade desses grupos, culturalmente diversos, com a ordem jurídica vigente será possível analisar suas condutas sob o viés da culpabilidade, mais especificamente sob o olhar do erro de proibição ou até mesmo da inexigibilidade de conduta diversa<sup>368</sup>. Então, para o autor, pode-se dizer que no caso dos indígenas considerados “isolados” se estará diante de uma ausência da ação, por faltar vinculação com o contexto, não se podendo dizer que o sujeito orientou a sua conduta de acordo com a norma criminalizadora. No final das contas, não se está responsabilizando penalmente os indígenas “isolados” o que me parece também ser uma decisão acertada. Quanto àqueles que têm maior proximidade com os grupos culturalmente diversos, Tavares exclui o crime pela culpabilidade através das hipóteses de erro de proibição e/ou inexigibilidade de conduta diversa, mas não se precisa chegar até lá para excluir o crime, quando se trata de bens jurídicos menos sensíveis e para “indígenas em vias de integração”, pois no âmbito da antijuridicidade já é possível encontrar algumas saídas, como através do elemento do exercício regular de um direito (à diferença), como se observará nos tópicos seguintes.

O exemplo que Tavares traz sobre o indígena que jamais teve acesso a viver em uma grande cidade e que mantém relações sexuais com uma mulher menor de doze anos, tal prática para o código penal brasileiro é considerado como estupro de vulnerável, mas diante da situação que esse indígena se encontra de estar à margem do Estado (ou isolado, nos termos do Estatuto do Índio) não vai incidir o *ius puniendi* por faltar-lhe ação penalmente relevante, solução essa que não vejo como inadequada, pois, ao final, o que se tem é a não responsabilização para os indígenas considerados “isolados”. Agora, no caso do infanticídio das crianças deficientes, a saída que o autor dá não é pela via da culpabilidade, mas da ação pois o sujeito não age como pessoa deliberativa, faltando-lhe o contexto, sendo uma das saídas possíveis ao se referir aos indígenas “em vias de integração”, pois para esse grupo não é de todo conhecido o contexto em que está inserido, ainda mantendo os valores de sua cultura, mas aos “indígenas integrados” já não é possível ser analisado da mesma forma, sendo mais difícil de ser aplicado, pois há uma vinculação com o contexto, uma vez que ele conhece as normas da comunhão nacional devendo a saída se buscar no âmbito da culpabilidade.

---

<sup>368</sup> TAVARES., *Op. cit.*, p.481.

O que se quer dizer é que Tavares não faz distinção entre “indígenas em vias de integração” e “indígenas integrados”, encontrando na culpabilidade (erro de proibição e/ou inexigibilidade de conduta diversa) a saída para esses dois grupos, mas, em se tratando de bens jurídicos menos sensíveis pode ser aplicado o exercício regular de um direito (à diferença), ou até mesmo o conceito de ação performática de Tavares, para excluir o crime antes de se chegar à culpabilidade. Em se tratando de bens jurídicos mais sensíveis, dependendo de qual grupo estamos nos referindo, a saída dogmática pode ser diferente. Para os indígenas “integrados” a saída encontrada é na culpabilidade através do elemento inexigibilidade de conduta diversa e para os “indígenas em vias de integração”, a saída pode se dar por ações performáticas do autor e/ou erro de proibição culturalmente condicionado, como se verá nos próximos tópicos.

#### 4.1.7 Tipo e tipicidade

No ano de 1906, Beling revolucionou completamente o Direito Penal ao propor uma nova elaboração do conceito analítico de crime, na qual o tipo deveria ser visto como categoria autônoma do delito, tornando conseqüentemente a tipicidade independente da antijuridicidade e da culpabilidade.<sup>369</sup>

Deve-se compreender o tipo como um conjunto de elementos do fato punível descrito na lei penal que exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. Em linhas gerais, é quando o legislador descreve um comportamento que considere proibido.<sup>370</sup>

Por sua vez, a tipicidade deve ser entendida como uma decorrência natural do princípio da reserva legal: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Trata-se da adequação do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. Bitencourt menciona que um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve subsumir-se na moldura descrita na lei.<sup>371</sup>

O tipo compõe-se de três elementos estruturais: a) elementos objetivos-descritivos são aqueles identificados pela simples constatação sensorial, ou seja, são facilmente compreendidos com a percepção dos sentidos; b) elementos normativos são circunstâncias que não se limitam a descrever o natural, mas implicam um juízo de valor. Pode-se citar como exemplos de elementos normativos, expressões tais como: “indevidamente” (arts. 151, § 1º, II; 162; 192, I;

---

<sup>369</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**- parte geral. V. 5. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>371</sup> *Ibid.*, p.31.

316; 317; 319 etc.) e “sem justa causa” (arts. 153; 154; 244; 246; 248, todos do Código Penal). Por fim, c) os elementos subjetivos do tipo consistem no momento de realizar o juízo de subsunção de uma conduta a um tipo penal, é necessário também analisar o conteúdo desta vontade, sua relevância típica. São constituídos pelo elemento subjetivo geral, o dolo, e elementos subjetivos do injusto.<sup>372</sup>

O estudo do tipo e da tipicidade é extenso e merece um melhor aprofundamento, que não será possível realizar nessa dissertação, pois fugiria muito do foco deste trabalho. Sendo assim, as notas acima são apenas para contextualizar a matéria, sendo essencial para a pesquisa traçar breves notas sobre o elemento subjetivo geral (dolo) a fim de compreender que diante da ausência deste elemento restará configurado o erro de tipo, que foi a solução dogmática dada acertadamente ao caso Sol exposto no capítulo um dessa pesquisa. Todavia, antes de analisarmos o dolo é preciso tecer algumas notas sobre o bem jurídico, que retomaremos melhor a discussão nos pontos seguintes a tratar sobre antijuridicidade.

#### 4.1.7.1 Algumas notas sobre bem jurídico

De acordo com Nilo Batista e Zaffaroni, o bem jurídico é um conceito indispensável para dotar de eficácia o princípio da lesividade<sup>373</sup>, mas de modo algum é um conceito legitimante do poder punitivo.<sup>374</sup> Nesse sentido, Neumann argumenta que a atual teoria do bem jurídico pretende limitar a ação do Estado punitivo.<sup>375</sup> Para Tavares, o bem jurídico não deve ser entendido no sentido puramente material, como se fosse uma pessoa ou coisa, mas também não deve ser entendido como um valor, por si só. Pelo contrário, deve ser visto como objeto referencial de proteção da pessoa.<sup>376</sup> Ademais, a criminalização de uma conduta deve sempre pressupor uma lesão efetiva ou um perigo concreto de lesão de bem jurídico.<sup>377</sup>

Helena Regina Lobo da Costa menciona que muitos autores vêm questionando a utilidade do conceito de bem jurídico, sendo corriqueira a referência a uma “crise do bem jurídico”, pois em muitos momentos da história do conceito de bem jurídico foi possível identificar correntes de pensamento que levaram ao enfraquecimento do conceito ou mesmo

---

<sup>372</sup> BITENCOURT. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>373</sup> N. A.: O princípio da ofensividade ou lesividade (*nullum crimen sine iniuria*) exige que do fato praticado ocorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

<sup>374</sup> ZAFFARONI; BATISTA et al. *Op. cit.*, p. 215-216.

<sup>375</sup> NEUMANN, Ulfrid. **Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal**. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário*. Marcial Pons. São Paulo. 2012, p. 30.

<sup>376</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto penal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 199 e 202.

<sup>377</sup> *Ibid.*, p. 134.

sua utilização não para limitação, mas para uma suposta legitimação de tipos penais.<sup>378</sup> Todavia, Humberto Souza Santos, em contraposição a essas ideias, elaborou um sistema trifásico de legitimidade das normas penais estabelecendo limites materiais do poder estatal de incriminar advogando que a teoria do bem jurídico ainda vive. A primeira fase do filtro é o comportamento fora da esfera imponderável e intocável da autonomia da pessoa; a segunda fase é a existência de um bem jurídico merecedor de proteção penal e a terceira é o nexo de idoneidade para violação entre o comportamento proibido e o bem jurídico proibido, devendo essas fases serem uma precedente da outra, não podendo ser dissociáveis.<sup>379</sup> Neumann acrescenta que a teoria do bem jurídico não pode nem quer disponibilizar um modelo atemporal e globalmente vinculante para decidir sobre a criminalização de condutas estando preocupada em ser a teoria penal de um Estado de Direito secular, que pressupõe a primazia normativa do indivíduo e fixa a dignidade da pessoa humana no ápice da ordem valorativa constitucional.<sup>380</sup>

A discussão dogmática sobre o bem jurídico é ampla, mas o que interessa aqui é partir da premissa de que não dá para valorar igualmente os bens jurídicos, mas que deve haver uma ponderação de acordo com o bem jurídico que se quer proteger e de qual grupo de indígenas (“isolados”, “em vias de integração” ou “integrados”) estamos nos referindo, pois a depender do grupo de que tratamos devem ser ajustadas as expectativas normativas de acordo com bens jurídicos mais críticos (como a vida, a liberdade sexual e a integridade física), devendo haver uma proteção maior em comparação aos bens jurídicos menos críticos (como patrimônio e a honra), o que ficará mais evidente ao longo do capítulo.

#### 4.1.7.2 Elemento subjetivo geral: dolo

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, dolo é a “consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal”<sup>381</sup>. Juarez Cirino dos Santos explicita que o referido elemento subjetivo geral é composto por um elemento intelectual (consciência ou representação psíquica) e de um elemento volitivo (vontade ou energia psíquica), como fatores

---

<sup>378</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle**. Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Tradução. Madrid: Marcial Pons, 2012. Acesso em: 15 fev. 2025.

<sup>379</sup> SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?** uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 142-209.

<sup>380</sup> P. 522

<sup>381</sup> BITENCOURT. *Op. cit.*, p. 135.

formadores da ação típica dolosa<sup>382</sup>. Em síntese, a doutrina dominante conflui na caracterização do dolo como conhecer e querer os elementos objetivos do tipo legal.

Para Cirino dos Santos, o componente intelectual do dolo consiste no conhecimento atual das circunstâncias de fato do tipo objetivo<sup>383</sup>. Nilo Batista e Zaffaroni acrescentam que o dolo sempre requer certa medida de atualização do conhecimento. Assim, em cada situação, é preciso provar-se que o sujeito dispunha do grau de atualização de conhecimento necessário para conhecer a finalidade típica.<sup>384</sup> Por sua vez, o elemento volitivo consiste na vontade-informada pelo conhecimento atual- de realizar o tipo objetivo de um crime.<sup>385</sup>

Sua base construtiva legal no Código Penal de 1940 se encontra no artigo 18, inc. I do CP, que define o crime doloso como “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, equiparando o dolo direto e dolo eventual, mas não impedindo, contudo, que o aplicador da lei considere sua distinção ao fazer a dosimetria da pena.

Uma diferença importante a ser estabelecida que pode influenciar em uma responsabilidade penal aplicada equivocadamente aos povos originários é não saber diferenciar o conhecimento do dolo e sua diferença da consciência (compreensão da ilicitude). Pode-se dizer que o conhecimento requerido pelo dolo se distingue da antijuridicidade, pois o primeiro refere-se a um conhecimento efetivo e atual, já o segundo fala-se de um conhecimento potencial. Ou seja, basta que o sujeito tenha podido saber e compreender que tal ação será considerada como antijurídica, ainda que nunca o tenha efetivamente sabido e menos ainda compreendido.<sup>386</sup>

#### 4.1.7.3 Ausência de dolo: erro de tipo

Não adentrando na discussão da classificação do erro em erro de fato (*error facti*) e o erro de direito (*error iuris*)<sup>387</sup>, o que interessa aqui é estudar o erro de tipo como a categoria que incide sobre os elementos do tipo objetivo, excluindo o dolo, porém, permitindo a punição a título de culpa, quando existir a modalidade culposa.

---

<sup>382</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 151.

<sup>383</sup> CIRINO DOS SANTOS. *Op. cit.*, p. 151.

<sup>384</sup> ZAFFARONI; BATISTA et al. *Op. cit.* p. 273-274

<sup>385</sup> SANTOS. *Op. cit.*, p.152.

<sup>386</sup> ZAFFARONI; BATISTA et al. *Op. cit.*, p. 282-283.

<sup>387</sup> N.A.: Para aprofundar os estudos sobre a classificação do erro. Ver obra de Nilo Batista e Zaffaroni e a dissertação de mestrado de Tiago Rocha

O erro de tipo é a falta da representação do aspecto cognitivo requerido pelo dolo. Se um caçador, em lugar ermo, dispara contra uma sebe supondo haver um animal ali, mas mata uma pessoa que dormia naquele lugar, falta-lhe a consciência de “matar alguém” (art. 121 CP), e, portanto, falta-lhe o dolo (atipicidade subjetiva da ação).<sup>388</sup>

Em outros termos, erro de tipo é “a ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos objetivos do tipo penal, fáticos ou jurídicos, descritivos ou normativos”, devendo-se compreender como “elementos objetivos do tipo penal” todos aqueles elementos do tipo que tem relação com mundo exterior e que se encontram fora do âmbito psíquico do autor. Por exemplo, no crime de homicídio (art. 121 do Código Penal) que incrimina a conduta de “matar alguém”, deve ser considerado como elemento objetivo do tipo a pessoa morta, assim como o resultado morte e a relação de causalidade entre ele e a conduta, sendo qualquer dos elementos objetivos do tipo que poderá recair o erro de tipo.<sup>389</sup>

Pode-se dizer que o erro de tipo elimina sempre a tipicidade dolosa, seja ela vencível ou invencível; porém, sendo o erro vencível e existindo previsão legal expressa da modalidade culposa, pode o agente responder pelo crime culposos. Já sendo o erro invencível estará eliminada não só a tipicidade dolosa como também a culposa.<sup>390</sup>

A diferenciação entre o erro de tipo e o erro de proibição é que enquanto o erro de tipo, como mencionado acima, incide sobre os elementos do tipo objetivo, excluindo o dolo, o erro de proibição incide sobre a natureza antinormativa e antijurídica da conduta. Diferentemente do erro de tipo, o erro de proibição não irá afetar o dolo. O erro de proibição, quando invencível, exclui a culpabilidade, todavia, se for um erro vencível haverá uma redução da pena<sup>391</sup>, conforme menciona o artigo 21, segunda parte do CP.<sup>392</sup>

Retomando o caso Sol apresentado no capítulo um deste trabalho narra a peça vestibular que a denunciada Terra, com manifesto *animus necandi*, tentou matar a sua neta recém-nascida Sol, por motivo fútil, com emprego de asfixia e mediante recurso que tornou impossível a defesa da vítima. Da mesma maneira, deixou de prestar assistência e pedir socorro a pessoa ferida, no caso, sua filha, que apresentava intenso sangramento.

---

<sup>388</sup> ZAFFARONI; BATISTA et al. *Op. cit.*, p. 290.

<sup>389</sup> REZENDE, Thiago Rocha de. **Erro e poder punitivo**: do que se fala ao que se cala. Dissertação (Mestrado), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2022, p. 67-68.

<sup>390</sup> ZAFFARONI; BATISTA et al. *Op. cit.*, p. 290.

<sup>391</sup> *Ibid.* p. 289.

<sup>392</sup> Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Na ocasião, Lua (sua filha) era menor de idade e engravidou. Contudo, a gravidez era rejeitada pela acusada, que não aceitava que sua filha seria uma “mãe solteira”. Por essa razão, de acordo com a denúncia, a acusada premeditou a morte do bebê e convidou sua mãe Terra para ficar em sua casa durante a gestação de sua filha.

Na data do fato, a acusada e a sua mãe realizaram o parto, ocasião em que a filha ao dar à luz ao bebê, Terra enrolou Sol em um pano e enterrou viva em uma cova no quintal da residência, sequer comunicando o óbito à autoridade. Estrela manteve Lua no interior da casa, apesar desta sofrer grave hemorragia.

Vizinhos tomaram conhecimento dos fatos e entraram em contato com os órgãos de estado, de modo que Lua foi medicada e a bebê resgatada, sendo desenterrada viva da cova.

Analisando dogmaticamente o caso Sol, chama atenção as suas peças defensivas (resposta à acusação e alegações finais), uma vez que o Procurador responsável enquadrou a exclusão do crime no campo do erro de tipo invencível, uma vez que a acusada laborou em erro ao enterrar a criança, supondo que se tratava de corpo sem vida, conforme os depoimentos colhidos e as conclusões realizadas pelo laudo antropológico juntado aos autos.

De acordo com o laudo antropológico, a acusada enterrou Sol pelo aspecto roxo que apresentava, não tendo chorado e nem respirado, não apresentando vida biológica quando foi sepultada. Ou seja, à luz do artigo 20, CP agiu com erro quanto a um elemento do tipo penal do homicídio, qual seja, “alguém”. O eventual desconhecimento de um ou outro elemento constitutivo do tipo constitui erro de tipo, excludente do dolo, e, por extensão, da própria tipicidade, quando se tratar de erro inevitável.

O depoimento do médico, que atendeu a genitora, com mais de 26 anos de experiência, asseverou categoricamente que qualquer pessoa leiga poderia sim se enganar acerca da ausência de sinais vitais.

Ainda, a defesa alega que a suposta conduta praticada pela acusada não foi revestida do elemento central para a configuração do delito, qual seja, do dolo, uma vez que ao agir, supôs que a criança estivesse morta. Assim, não havendo dolo de matar, porque nem mesmo sabia que ela estava viva, não há que se falar na conduta humana consciente e voluntária dirigida a prática do homicídio.

Sendo assim, a questão principal deste caso reside no fato de se a acusada sabia ou não que sua neta estava viva no momento do sepultamento. Como a criança não chorou e nem respirou, apresentando aspecto roxo, a acusada acreditou que sua neta estava morta. Não é possível dizer que a acusada tinha conhecimento (elemento cognitivo do dolo) de que a criança estava viva.

É apontado pelo procurador federal que na comunidade Kamayura, “matar alguém” também é considerado crime. Então, a acusada sabia que não podia matar um sujeito, afastando a hipótese de erro de proibição, quando o agente supõe que uma conduta é permitida, quando, não é. Na hipótese versada, a denunciada sabia que não poderia matar, mas “erra” ao acreditar que a criança estava morta.

O caso se insere na ideia de crimes culturalmente motivados, pois trata-se de um fato carregado de elementos culturais e que precisa ser tratado sob o olhar do pluralismo jurídico, do direito à diferença, respeitando os usos, costumes e tradições dos povos originários. No recurso em sentido estrito apresentado pelo procurador federal da decisão de pronúncia, ele defende que se faz necessário entender a sociedade Kamayurá em seus próprios termos, isto é, em relação as suas próprias relações: as relações que as constituem e que ela constitui, sejam elas com a alteridade social, étnica ou cosmológica.

A tese defensiva de erro de tipo foi aplicada de modo adequado, pois Terra acreditou que sua bisneta estava morta por não apresentar sinais vitais sendo mais uma hipótese a ser aplicada no caso dos crimes culturalmente motivados visando conter o poder punitivo e consequentemente ampliando o leque de possibilidades de garantias penais dentro de uma perspectiva teleológica negativa do poder de punir no tocante a responsabilidade penal indígena.

#### 4.1.8 Excludentes de antijuridicidade

Como já foi explicitado, esta dissertação se preocupa em adotar uma perspectiva redutora do poder punitivo, o conceito analítico de delito é um útil instrumento para conter o poder punitivo, estratificando-se em filtros seletivos, que demonstram uma contradição entre o poder punitivo que pressiona para superá-los e o direito penal que busca racionalizar e conter seu desempenho. Nessa contradição pulsam o Estado de polícia, de um lado, e a resistência do Estado de Direito, do outro.<sup>393</sup>

Merece ressaltar que das leis não se retiram apenas normas proibitivas ou prescritivas (mandamentais), mas também normas permissivas que podem ser harmonizadas com as demais.<sup>394</sup>

---

<sup>393</sup> ZAFFARONI; BATISTA, et al. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>394</sup> *Ibid.* p. 18.

Os preceitos permissivos se chamam causas de justificação ou causas de exclusão da antijuridicidade (ou também causas de exclusão da ilicitude) ou ainda justificativas.<sup>395</sup>

Vale ressaltar que diante do indício de proibição (propiciado pela conduta típica realizada) a antijuridicidade não pergunta se está ausente uma permissão: pelo contrário, o juízo de antijuridicidade pergunta se a permissão constitucional se sustenta em alguma permissão legal que, reconhecida, deixa a conduta imune a qualquer transferência da norma (proibitiva ou mandamental) e impede que se habilite poder punitivo sobre o sujeito.<sup>396</sup>

Damásio de Jesus, ao trabalhar a ideia da antijuridicidade menciona que em uma apreciação preliminar, pode-se dizer que ela é contrária ao Direito. Ou seja, não é suficiente que o comportamento seja típico, que a conduta encontre correspondência num modelo legal, adequando-se o fato à norma penal incriminadora. É necessário ainda que a conduta seja ilícita para que sobre ela incida a reprovação do ordenamento jurídico. Em face disso, surge o crime como fato típico e antijurídico.<sup>397</sup>

A antijuridicidade ou causas de justificação é o segundo requisito do crime e pode ser afastada por determinadas causas ou “justificativas”. Quando isso ocorre, o fato permanece típico, mas não há crime, uma vez que se exclui a ilicitude, e sendo ela requisito do crime, fica excluído o próprio delito. Em consequência, o sujeito será absolvido.

São causas de exclusão da antijuridicidade, previstas no art. 23 do CP: 1) estado de necessidade; 2) legítima defesa; 3) estrito cumprimento de dever legal; 4) exercício regular de direito, e ainda, pode ser citada, a causa supralegal de exclusão da antijuridicidade denominada 5) Consentimento do ofendido.

Foge o propósito desse trabalho analisar todas as causas de justificação, porém, uma delas nos chama atenção, que é o exercício regular de direito, pois é uma proposta que tem sido aplicada pela doutrina no tratamento jurídico penal dos povos originários, merecendo que o assunto seja mais bem abordado no próximo tópico.

---

<sup>395</sup> *Ibid* p. 19.

<sup>396</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>397</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral, V. 1, 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 397.

#### 4.1.8.1 Exercício regular de um direito (à diferença): uma nova alternativa à responsabilidade penal dos povos originários?

O exercício regular de direito está previsto no artigo 23, inciso III, do CPB<sup>398</sup> e trata-se de uma das causas excludentes da antijuridicidade. Para Cezar Roberto Bitencourt, o exercício de um direito, desde que regular, não pode ser proibido pela ordem jurídica. Deve-se considerar regular, o exercício que respeita os limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do Direito. Fora desses limites, haverá o abuso de direito e estará, portanto, excluída essa causa de justificação prevista no referido artigo.<sup>399</sup>

Como foi visto, a discussão do tratamento jurídico penal dos povos originários se dá mais no âmbito da culpabilidade, porém, para Assis da Costa Oliveira enquanto o direito e a política criminal situarem os indígenas na teoria da culpabilidade, estar-se-á dando mais ênfase aos aspectos negativos, o que discrimina a diversidade cultural.<sup>400</sup>

Para o autor, é necessário deslocar o tratamento da responsabilidade penal indígena da teoria da culpabilidade para a teoria da antijuridicidade, concebendo os direitos indígenas enquanto excludentes de antijuridicidade, tornando lícito o que, pela ótica cultural não indígena, é ilícito, e, em especial, concebendo as práticas culturais como exercício regular de um direito (à diferença).<sup>401</sup>

Ainda, de acordo com Oliveira, aplicar a excludente de ilicitude aos povos indígenas está em congruência com a percepção do direito como ordenamento, isto é, como conjunto/sistema de normas jurídicas interdependentes e dispostas numa hierarquia normativa, cujo no topo está a norma constitucional e os tratados internacionais de direitos humanos.<sup>402</sup>

Não há dúvidas de que o direito à cultura é garantido constitucionalmente pela Constituição Federal de 1988 e até mesmo em tratados internacionais de direitos humanos demonstrando a sua importância.

Victor Alvarez Pérez chama a atenção para a urgência de reconhecer e defender a diversidade cultural, aquilo que é real e próprio de cada ser humano, considerando que cada comunidade constitui a realização de uma vida plena. Sendo assim, há um enorme significado

---

<sup>398</sup> Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

<sup>399</sup> BITENCOURT. *Op. cit.*, p.161.

<sup>400</sup> OLIVEIRA, Assis da Costa. **Radiografia do tratamento penal aos indígenas**: dos usos da culpabilidade à aplicação da autodeterminação e da autojuridicidade. In: OLIVEIRA, Assis da Costa; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de (org.). *Lei do índio ou lei do branco: quem decide?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 121.

<sup>401</sup> OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 121.

<sup>402</sup> *Ibid.*, p. 122.

no respeito às diferenças, lembrando que o reconhecimento da igualdade de direitos baseia-se no direito de que seja diferente.<sup>403</sup>

Nessa perspectiva, o reconhecimento do direito à diferença e à diversidade se estabelece como um direito que os povos possuem de manter suas peculiaridades e identidade cultural, servindo de obstáculo à imposição de outros modelos e costumes.

Divergindo da posição de Oliveira, Cristina de Maglie ressalta que deve haver limites no reconhecimento do exercício regular de direito (à diferença), pois o direito à cultura não pode ser defendido de maneira ilimitada. Os direitos à vida, à integridade corporal, à livre sexualidade devem ser priorizados quando colidirem com o direito à cultura.<sup>404</sup>

Nessa mesma toada, Nami Godoy esclarece que a aceitação do direito à cultura como causa justificante para a prática de delitos culturalmente motivados ao afetar valores fundamentais (como homicídio, a violação, a excisão e o infanticídio), significa a permissão de lesões irremediáveis à bens jurídicos penalmente tutelados.<sup>405</sup>

Na verdade, o que essa divergência de autores demonstra é que se trata de um problema clássico de conflito de interesses em que se discute se um dano efetivo em um valor pessoal ou comunitário foi ou não produzido para salvaguarda de um interesse superior, e se assim sendo, se pode ou não ser permitido pela ordem jurídica. Para ilustrar, pode-se citar o conflito entre o direito à cultura e o direito à vida. No exemplo trazido por Juarez Tavares do infanticídio de crianças deficientes: para determinada comunidade indígena, o fato de uma criança nascer com deficiência pode ser causa de sua morte, pois acaba por “prejudicar” os seus pais, e até mesmo, pode até não ser aceita pela comunidade, uma vez que sempre será uma pessoa que vai requerer cuidados específicos. Nesses casos, para a comunidade indígena pode ser justificada a morte dela, mas para a lei brasileira trata-se de um caso de infanticídio indígena. Como resolver essa situação?

Retomando a discussão dos bens jurídicos, há bens jurídicos mais sensíveis que outros devendo haver uma proteção maior. Na situação dada (do infanticídio), uma vez que o bem jurídico que se quer proteger é a vida, não deve prevalecer o direito à cultura, pois o direito à vida é um bem sensível, devendo ser buscada outra solução dogmática que vai variar de acordo com o nível de integração do indígena à sociedade. Em se tratando de indígena “em vias de

---

<sup>403</sup> PÉREZ, Víctor Alvarez. El Derecho Penal frente a la diversidad cultural. **Revista Derecho e Sociedad**. Disponível em: < <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17302/17589>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

<sup>404</sup> DE MAGLIE,. *Op.cit.*, p. 216.

<sup>405</sup> GODOY, Luísa Nami. **Os Delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa**. Dissertação (mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 69.

integração”, pode-se pensar em eliminar o injusto através da ação, por lhe faltar a vinculação com o contexto, pois apesar de aceitar algumas práticas e modos de existência comum aos demais setores da comunhão nacional, ainda conserva em maior ou menor parte condições de sua vida nativa, podendo-se dizer que falta à pessoa deliberativa vinculação com o contexto que a habilite a participar do discurso enunciador da norma proibida, sendo também possível aplicar alguma das hipóteses da culpabilidade, como erro de proibição e inexigibilidade de conduta diversa. O que não se pode acionar é o exercício regular de um direito (a diferença) pelo conflito de interesses.

Entretanto, no caso do “indígena integrado”, não se pode dizer que lhe falta vinculação com o contexto, pois ele está inserido na comunhão nacional. Uma das soluções possíveis é recorrer ao âmbito da culpabilidade para verificar a possibilidade de aplicar um erro de proibição ou inexigibilidade de conduta diversa.

Respondendo a hipótese do infanticídio indígena trabalhado por Tavares, a solução poderia estar no âmbito das ações performáticas ou da culpabilidade sendo necessário averiguar, a depender do caso concreto, em qual elemento da culpabilidade melhor se adequa, em se tratando de indígenas “em vias de integração”. No caso de a autora desse infanticídio ser considerado “integrada”, a discussão está somente na esfera da culpabilidade, que será discutida mais tarde.

Tratando-se de bens jurídicos menos sensíveis, como o direito ao patrimônio e a honra deve prevalecer o exercício regular de um direito (à diferença) seja para os “indígenas em vias de integração” ou “integrados”, devendo o respeito à cultura prevalecer nos dois casos, em consonância com o dispositivo constitucional e as normas internacionais. Por exemplo: um indígena que mora em uma comunidade indígena, mas estuda em uma universidade pública na cidade de Manaus está retornando para sua residência, quando é abordado por um policial militar trazendo consigo maconha que seria utilizado para um ritual indígena. Apesar do indígena, em tese, incorrer no artigo 33 da Lei de Drogas, ele estaria acobertado pela excludente do exercício regular de um direito (à diferença) pois a maconha seria utilizada para um ritual de cunho estritamente cultural de sua comunidade, prevalecendo o respeito à cultura indígena.

Sendo assim, o exercício regular de um direito à diferença é uma hipótese nova que está sendo discutida pela academia no tocante à responsabilidade penal dos povos originários, sendo possível sua aplicação em caso de bens jurídicos menos sensíveis, em que o direito à cultura deve ser respeitado, mas, em se tratando de bens jurídicos mais críticos, o exercício regular de um direito (à diferença) encontra limites que não podem ser ultrapassados sob pena de ferir

bens jurídicos tutelados levando a discussão para cada caso, e em especial, à depender do nível de integração do indígena à sociedade, como foi exposto acima.

#### 4.9 Culpabilidade

A palavra culpa comporta várias acepções. Davi Tangerino trabalha alguma delas, como: 1) a de atribuir ao responsável os resultados decorrentes de sua ação; 2) no âmbito religioso, o reconhecimento da culpa como inspiração para o pedido de perdão; 3) no da psicologia, a culpa conduziria o autor à busca inconsciente de uma punição, por meio do qual a equação seria novamente equilibrada; 4) no direito penal, a culpa é a porta para a pena que serve como uma compensação e 5) no sentido técnico jurídico, culpa é sinônimo de negligência, fiel à tradição romana que conhecia três modalidades de produção de resultado: a título de dolo, culpa e acaso.<sup>406</sup>

Pode-se dizer que culpabilidade é a condição de culpa, isto é, a condição de responder pela prática de uma ação e pelas consequências dela advindas e, mesmo no sentido técnico jurídico, trata-se de um conceito plurívoco. Em sentido amplo, está relacionado ao princípio da culpabilidade, amalgamado na máxima *nullum crimen sine culpa*. No âmbito da fixação da pena, a reprimenda deve ser proporcional ao mal causado e a culpabilidade ao lado da tipicidade e antijuridicidade compõe uma das categorias do delito. Davi Tangerino explicita que tipicidade e antijuridicidade são juízos de desvalor sobre um fato, isto é, se o fato se mostra em oposição. Superada essa constatação, é preciso aferir se ao autor do fato pode-se impor reprovação de sua conduta<sup>407</sup>. Nessa linha, Cezar Roberto Bitencourt menciona que a culpabilidade requer uma reprovação contra o autor, do qual se espera, por sua vez, a capacidade de conformar seus atos de acordo com o estabelecido pelo Direito.<sup>408</sup>

A culpabilidade surge como categoria autônoma na obra de Karl Binding, e seu aperfeiçoamento é realizado por Franz von Liszt. Apesar de não ser o objetivo desse trabalho em percorrer a história interessada da culpabilidade (o que fugiria do objetivo dessa pesquisa), é importante realizar um recorte histórico para a escola finalista e a teoria normativa pura da culpabilidade elaborada por Welzel, uma vez que é nesse momento que a dogmática penal terá ganhos significativos com o deslocamento do dolo e da culpa para a tipicidade, construindo uma culpabilidade puramente normativa centrada no juízo de censura. Ademais, a culpabilidade

---

<sup>406</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 11-12.

<sup>407</sup> TANGERINO. *Op. cit.*, p.12.

<sup>408</sup> BITENCOURT. *Op. cit.*, p. 170.

será integrada pelos elementos: imputabilidade, pelo potencial conhecimento da ilicitude e pela inexigibilidade de conduta diversa.

Como bem menciona Tednéy Moreira, dentre essas três categorias, a capacidade de culpabilidade – e mais propriamente, sua exclusão ou minoração – é considerada o critério basilar para análise da reprovabilidade dos indígenas, merecendo assim, um melhor aprofundamento.<sup>409</sup>

Seguindo a lógica da dogmática penal de que crime é fato típico, ilícito e culpável chegamos ao último elemento do crime que é a culpabilidade. Grande parte da literatura brasileira trabalha o tema e, no tocante aos povos originários, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira utilizam do erro de proibição culturalmente condicionado como causa de exclusão do crime não sendo possível se eximir de tratar do assunto. Como vimos, a partir de uma perspectiva teleológica redutora, a maior parte das saídas dogmáticas se dá no campo da ação ou do exercício regular de um direito à diferença. Para as situações de indígenas “em vias de integração” para bens jurídicos menos sensíveis (patrimônio e honra), pode-se excluir o crime tanto na ação quanto no exercício regular de um direito (à diferença). Já quando se tratar de bens jurídicos mais sensíveis, como a vida e a liberdade sexual, excluir no campo da ação por falta de vinculação com o contexto (de performatividade) desenvolvida por Tavares é a proposta desse trabalho. Contudo, a fim de ampliar as hipóteses possíveis veremos que o erro de proibição culturalmente condicionado também é uma proposta possível a ser aplicada de modo subsidiário, não sendo possível se excluir no campo da ação.

No tocante aos “indígenas integrados” em se tratando de bens jurídicos menos críticos a saída proposta também é no exercício regular de um direito (à diferença), sendo cabível de modo subsidiário, a falta de motivabilidade como inexigibilidade de conduta diversa<sup>410</sup>. Para bens jurídicos mais críticos, nem a ação, nem o exercício regular de um direito (à diferença) são viáveis, restando no âmbito da culpabilidade a resposta através da inexigibilidade de conduta diversa.

Sendo assim, excludentes de culpabilidade para “indígenas em vias de integração” ou “integrados” devem ser aplicadas de modo subsidiário, ou seja, percorrendo os elementos do conceito analítico de crime, a culpabilidade deve ser aplicada quando nenhuma outra for possível, exceto para aquelas situações de bens jurídicos mais sensíveis e quando se referir a

---

<sup>409</sup> SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio**: criminalização de indígenas no Brasil. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) –Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 92.

<sup>410</sup> A falta de motivabilidade como modalidade de inexigibilidade de conduta diversa é uma hipótese desenvolvida pelo Prof. Davi de Paiva Costa Tangerino e será mais bem abordada nos tópicos seguintes.

indígenas integrados, que a proposta dogmática do trabalho é se amparar na inexigibilidade de conduta diversa pelas razões que serão expostas.

#### 4.9.1 Culpabilidade pela vulnerabilidade

A partir de uma perspectiva teleológica redutora do poder de punir, importante mencionar a culpabilidade pela vulnerabilidade trabalhada por Eugenio Raúl Zaffaroni, pois quando tratamos de povos originários fica marcante o contexto de vulnerabilidade em que estão inseridos. Segundo o autor, uma pessoa se coloca em situação de vulnerabilidade quando o sistema penal a seleciona e a utiliza como meio para justificar seu próprio exercício de poder devendo ser observado que é o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente<sup>411</sup>. Ou seja, o grau de periculosidade será determinado de acordo com o status social e suas características pessoais estando as minorias na prisionização, como os imigrantes, minorias sexuais e homens jovens, desempregados e habitantes de bairros marginais.<sup>412</sup>

A seletividade do sistema penal é realizada de acordo com o grau de vulnerabilidade do sujeito frente ao poder punitivo, ou seja, quanto mais vulnerável for a pessoa diante do poder das agências de criminalização secundária, especialmente, a polícia maior será o risco de ser selecionado.<sup>413</sup>

O grau de vulnerabilidade é determinado pela situação de vulnerabilidade em que se encontra o indivíduo, que pode decorrer da posição ou do estado de vulnerabilidade do agente e o esforço por ele realizado para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. O estado de vulnerabilidade do agente está relacionado com a posição social inferior em que se encontra ou por se enquadrar no estereótipo criminal das características pessoais do agente no tocante à condição social, cor de pele, faixa etária, gênero e etnia realizada pelas agências de criminalização.<sup>414</sup>

Os povos originários também estão inseridos nessa vulnerabilidade, seja ela social ou prisional, como vimos no capítulo um. Deve-se destacar que não se seleciona uma pessoa por seu puro estado de vulnerabilidade, mas em razão dela se encontrar em uma situação concreta

---

<sup>411</sup> ZAFFARONI. *Op. cit.*, p. 268.

<sup>412</sup> ZAFFARONI; BATISTA; et al. *Op. cit.*, p. 167.

<sup>413</sup> BARROS, Bruna Gonçalves Loureiro de Andrade. **Culpabilidade**: análise crítica do conceito com base na ideia de vulnerabilidade. Dissertação (Mestrado em Programa de Pós-graduação em Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017, p. 146.

<sup>414</sup> ZAFFARONI. *Op. cit.*, p. 270-271.

de vulnerabilidade. A epidemia de coronavírus em que os indígenas se encontraram recentemente, com a morte de centena deles, é um exemplo concreto de vulnerabilidade em que foram inseridos por falta de uma adequada assistência estatal. Uma outra situação de vulnerabilidade é por pertencerem ao grupo das minorias sociais até mesmo pelo próprio processo histórico em que foram inseridos. Ademais, as suas próprias características pessoais decorrentes do seu cabelo, cor de pele, indumentárias já o associam ao estereótipo do indígena incorrendo na sua marginalização.

Sendo assim, ao estudarmos nesse momento do trabalho o elemento da culpabilidade, o ponto de partida é tomarmos conhecimento desse estado de vulnerabilidade em que se encontram os povos originários, sendo que essa análise não pode ser realizada de outra maneira que não aquela que visa reduzir o máximo possível o poder punitivo a partir desse contexto de marginalização, no qual a pessoa indígena se encontra.

#### 4.9.2 Inimputabilidade

De acordo com Damásio de Jesus, a maioria da doutrina e das legislações vê a inimputabilidade na capacidade de entender e de querer, sendo imputável o sujeito que mentalmente são e desenvolvido possui capacidade de saber que sua conduta contraria a norma jurídica<sup>415</sup>. Para Nilo Batista e Zaffaroni, inimputabilidade é “ausência de impedimento psíquico à compreensão da ilicitude ou à autodeterminação da conduta segundo tal compreensão”.<sup>416</sup>

São causas que excluem a inimputabilidade: a) doença mental; b) desenvolvimento mental incompleto ou retardado; c) menoridade; d) embriaguez acidental completa e e) embriaguez patológica completa.

Uma vez verificada a inimputabilidade, fica prejudicada a caracterização da culpabilidade no caso concreto e, conseqüentemente, de imposição de sanção penal ao agente do delito, tendo o magistrado que decretar sentença absolutória imprópria, aplicando as medidas de segurança, disposto no artigo 386, inciso VI e parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Penal (CPP).<sup>417</sup>

O Código Penal de 1940 não tratou expressamente da responsabilidade penal indígena, mas para Nelson Hungria no “Comentários ao Código Penal” referente ao artigo 22 do diploma

---

<sup>415</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral, V. 1, 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 514-515.

<sup>416</sup> ZAFFARONI; BATISTA; et al. *Op. cit.* p. 251.

<sup>417</sup> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena. Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz: III - aplicará medida de segurança, se cabível.

legal mencionado<sup>418</sup>, sob esse título de “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, se agrupava não só os oligofrênicos (idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que o são por carência de certos sentidos (surdos-mudos), mas também os silvícolas inadaptados.<sup>419</sup>

Após a reforma da Parte Geral do Código Penal, em julho de 1984, a inimputabilidade e semi-imputabilidade passaram a ser tratadas no artigo 26 do Código Penal<sup>420</sup> permanecendo a equiparação dos indígenas não integrados a sociedade nacional brasileira como indivíduos com desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

O Estatuto do Índio nada menciona sobre a imputabilidade indígena, mas, não abandonando o viés integracionista, dispõe de três graus de integração, em que os indígenas poderiam ser enquadrados: a) isolados - quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; b) 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; c) 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, como já foi mencionado.<sup>421</sup>

Diante dessa classificação, Nilo Batista e Zaffaroni explicam que os integrados, por pressuporem o pleno exercício dos direitos civis, ainda que o indivíduo conserve costumes e tradições de sua cultura, em regra geral, serão considerados como imputáveis. Já os isolados, a regra é a inimputabilidade. O problema maior se situa com os indígenas “em vias de integração, uma vez que as pessoas conservam algumas das “condições de sua vida nativa”, mas aceitam “certas práticas e modos de existência” da sociedade nacional brasileira. Para esses últimos, caberá sempre uma investigação antropológica a fim de constatar a inimputabilidade ou semi-

---

<sup>418</sup> Art. 22. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

<sup>419</sup> HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo 2º. (Arts. 11 a 27). Rio de Janeiro: **Revista Forense**, 1958.

<sup>420</sup> N.A.: É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se 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

<sup>421</sup> BRASIL. **Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm). Acesso em: 29 nov. 2024

imputabilidade por erro de compreensão culturalmente condicionado. Por sua vez, para os integrados, desnecessária em princípio a investigação antropológica.<sup>422</sup>

#### 4.9.2.1 Crítica ao elemento da inimputabilidade

O problema de equiparar indígenas aos inimputáveis por desenvolvimento mental incompleto é que isso reforça a visão biologista e perigosista enraizada em um pensamento positivista. Diante de uma dogmática teleológica funcional redutora adotada nesse trabalho, não é possível entender o direito penal que não busca, também, conter o poder punitivo exercido por agências médicas.<sup>423</sup>

A pessoa que recebe um diagnóstico médico é considerada como inferiorizada e sobre ela recai um discurso tutelar. Nilo Batista e Zaffaroni trabalham essa ideia e ressalta que o psiquiatrizado passa a ser, na visão tutelar, um incapaz jurídico, como os escravizados, as mulheres e, em grande medida, continuam sendo os indígenas não integrados e as crianças e adolescentes. Ou seja, o conceito de inimputabilidade abre espaço para uma *tutela coisificante da pessoa*, que estaria em piores condições do que um condenado.<sup>424</sup>

Pierangeli aduz que é insustentável o indígena ou aquele que comporta regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado ser considerado um inimputável ou uma pessoa com a imputabilidade diminuída, pois trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que a sociedade ocidental também pode o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. Para o autor, o homem da civilização industrial inventou uma “mentalidade primitiva”<sup>425</sup> produzindo grandes estragos que só reforçam os discursos etnocêntricos e racistas apontados no capítulo um.

A invocação de conceitos como “doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado” e “perturbação de saúde mental por desenvolvimento mental incompleto ou retardado” demonstra um paradigma de assimilação cultural com base em critérios etnocêntricos na responsabilização penal do indígena, que estão enraizados na prática judiciária

---

<sup>422</sup> ZAFFARONI; BATISTA; et al. *Op. cit.*.283-284.

<sup>423</sup> *Ibid*, p.247.

<sup>424</sup> *Ibid*. p. 248.

<sup>425</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 555

brasileira, abrindo margem para uma falsa compreensão de que o desenvolvimento mental do indígena somente se completaria com a internalização dos valores da sociedade não indígena.<sup>426</sup>

Enraizado no ideal integracionista do Estatuto do Índio, tal entendimento, além de prejudicar o embasamento jurídico científico das decisões judiciais, distancia-se do tratamento e tutela especial garantido aos povos originários pela Constituição Federal de 1988 e dispositivos internacionais.<sup>427</sup>

Da mesma forma, no que tange à classificação referida acima entre “índios integrados”, “em vias de integração” e “isolados”, verifica-se que há uma imposição dos valores da sociedade nacional brasileira como a cultura ideal a ser seguida e aqueles indígenas que não tiverem, a priori, capacidade de responder e agir segundo os valores socioculturais dominantes, serão considerados como “inferiores” e “menos evoluídos”, demonstrando uma suposta supremacia da sociedade nacional.

Apesar da imputabilidade ser considerada como um elemento da culpabilidade pela maioria da doutrina, Juarez Tavares apresenta uma outra visão, não sendo uma questão de culpabilidade, mas de nítida ausência de ação penalmente relevante e, conseqüentemente, da eliminação do injusto, como já foi mencionado, pois faltaria ao indígena a vinculação de contexto que o habilite a participar do discurso enunciador da conduta proibida e proceder a uma autocrítica de sua própria conduta.

#### 4.9.3 Erro de proibição

Ocorre o erro de proibição quando o agente supõe permitida uma conduta proibida. Ou seja, o agente supõe, por erro, ser lícita a sua conduta, quando, na realidade, ela é ilícita. Tal erro não tem como objeto a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação a lei.<sup>428</sup>

Como foi mencionado anteriormente, um dos elementos da culpabilidade é a potencial consciência da ilicitude. O erro de proibição atua sobre a culpabilidade incidindo exatamente nesse elemento: potencial consciência da ilicitude.<sup>429</sup>

---

<sup>426</sup> MORELLI SINDONA BELLIZIA, Matheus; SOARES ANGOTTI BATISTA DE ANDRADE, Bruna. **Entre o Estado multiétnico e as lacunas jurídicas: uma análise da culpabilidade penal do indígena à luz do direito brasileiro.** Revista dos Tribunais, 2011, p. 66.

<sup>427</sup> *Ibid.* p. 66.

<sup>428</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**- parte geral. V. 5. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 191

<sup>429</sup> REZENDE, Guilherme Madi. **Índio – tratamento jurídico-penal.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 85.

Quando o erro de proibição for inevitável, exclui, portanto, a culpabilidade, não havendo que se falar em qualquer tipo de pena, uma vez que não há crime sem culpabilidade. Por sua vez, se o erro de proibição for evitável, haverá punição sem alterar a natureza do crime, dolosa ou culposa, mas ocorrerá uma atenuação da pena, de acordo com o art. 21, e seu parágrafo único do Código Penal.<sup>430</sup>

Uma importante diferenciação a ser realizada nesse trabalho é de compreensão e de conhecimento do erro. Nilo Batista e Zaffaroni apontam que compreensão é algo não apenas distinto de conhecimento, mas também posterior a ele, ou seja, pode haver conhecimento sem compreensão, todavia, é impossível compreender sem haver conhecimento.<sup>431</sup>

Diante desse contexto, Pierangeli e Zaffaroni mencionam que quando o erro recai sobre o conhecimento da antijuridicidade é um erro de proibição, que pode ser direto, ou seja, recaindo sobre a própria norma proibitiva, ou pode ser indireto, incidindo sobre a permissão da conduta. Pode haver casos que o agente conhece a proibição e a falta de permissão, mas não lhe é exigível que entenda a regra que conhece. Diante dessa situação, tratar-se-á de erro de proibição culturalmente condicionado, a ser mais bem explorado no tópico seguinte.

Para um melhor entendimento do erro de compreensão, vale trazer dois exemplos que os autores trabalham: o primeiro deles é da visita à casa de um esquimó, em que seu ocupante, querendo agradar, oferece a mulher perfumada com urina. Diante desse contexto, para eles será muito difícil aceitar o presente e, embora o anfitrião, possa ver essa recusa como uma ofensa, é extremamente árduo internalizar a regra de conduta que evite a injúria que lhe é feita. Se um juiz esquimó tivesse que julgar pela injúria cometida, dificilmente poderia exigir dos autores que internalizasse essa regra de conduta.<sup>432</sup>

Do mesmo modo, o indígena de uma comunidade que há séculos tem seus próprios ritos para funerais e sepultamentos, talvez incorra numa tipicidade contravencional ao violar as regulamentações sobre inumações. Todavia, é difícil exigir que abandone todas as regras aprendidas de sua cultura para acolher os valores ocidentais.<sup>433</sup>

---

<sup>430</sup> Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

<sup>431</sup> ZAFFARONI; BATISTA et al. *Op. cit.* p. 384.

<sup>432</sup> ZAFFARONI; BATISTA; et al. *Op. Cit.*, p. 388.

<sup>433</sup> *Ibid.*, 389.

Ambos os casos incorrem em erro de compreensão, uma vez que não é exigível que haja a internalização das normas. Sendo assim, se está diante de um erro de proibição invencível, na modalidade erro de compreensão.

#### 4.9.3.1 Erro de proibição culturalmente condicionado

O Código Penal brasileiro não prevê expressamente sobre o erro de proibição culturalmente condicionado, mas este acaba se tornando um outro critério utilizado pela doutrina e jurisprudência para o tratamento jurídico penal do indígena. Ele consiste na hipótese na qual o sujeito conhece a norma, porém não lhe é exigível a sua compreensão, isto é, sua introjeção ou internalização como parte de seus juízos valorativos.<sup>434</sup>

Nesse mesmo sentido, Guilherme Madi Rezende argumenta que o referido erro se apresenta na situação em que o sujeito, mesmo conhecendo a ilicitude do fato, não a compreende por não internalizar os valores contidos na norma que o rege. A razão por não internalizar esses valores é porque são desconhecidos ou incompatíveis com aqueles que pertencem a sua cultura.<sup>435</sup>

Pierangeli e Zaffaroni mostram que embora existam delitos que o indígena possa entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender, e, diante dessa situação, não há outra solução que não a de respeitar a cultura no seu meio e não interferir mediante pretensões de tipo etnocentrista, que com sua pretendida superioridade se acha habilitada a destruir a todas as relações culturais a ela alheias.<sup>436</sup>

Doutrinariamente, Cristina de Maglie traz três exemplos a fim de facilitar a compreensão do erro de proibição culturalmente condicionado. O primeiro deles é o caso de uma mulher japonesa (caso Kimura), residente na cidade de Santa Mônica, nos Estados Unidos, mas que ao ser abandonada pelo marido na companhia de dois filhos menores decide cometer suicídio se lançando ao mar com as crianças e vindo a falecer. O segundo trata-se de um afegão (caso Kargar) que também reside nos Estados Unidos e é surpreendido por uma vizinha, quando ele beija os órgãos genitais de seu filho de 18 meses. Por fim, o terceiro caso trata-se de um hindu (caso Singh), que é preso em uma praça da cidade de Cremona, na Itália, uma vez que ele portava, ostensivamente, na cintura um kirpan, um punhal afiado. Em todos esses três casos, eles foram absolvidos.

---

<sup>434</sup> *Ibid*, p. 402.

<sup>435</sup> REZENDE, Guilherme Madi. **Índio – tratamento jurídico-penal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 88

<sup>436</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 554-555.

Juarez Tavares ao comentar esses três casos apresentados por Maglie reforça que o denominador comum de todos eles “é o fato de estarem os autores vinculados de modo indissolúvel aos antigos costumes”<sup>437</sup>. Ou seja, no primeiro caso, o costume japonês conduzia a atuar daquele modo, já que a mulher abandonada pelo marido perderia sua honra, caso não decidisse pela sua morte e de seus filhos. No segundo caso, ao beijar os órgãos genitais de seus filhos menores trata-se de uma manifestação de amor, conforme os padrões culturais do grupo de origem do autor e, no terceiro caso, o porte de punhal, na verdade, é instrumento de proteção diante de espíritos maus.

Em todos esses casos apresentados estamos diante do erro de proibição culturalmente condicionado, pois denota-se que os autores estavam fortemente vinculados aos valores de sua cultura de origem, não sendo exigível que internalizassem outros valores culturais.

O erro de proibição culturalmente condicionado poder ser aplicado para a pessoa indígena “em via de integração” e para aqueles bens jurídicos mais sensíveis, pois por conhecer alguns valores da sociedade – e, portanto, a ilicitude do fato -, mesmo assim não a compreende, por não internalizar os valores contidos na norma que o rege.

#### 4.9.3.2 Crítica ao erro de proibição e ao erro de proibição culturalmente condicionado

Assis da Costa Oliveira comenta que há um avanço substancial na mudança de tratamento da inimputabilidade para o erro de proibição ou o erro de proibição culturalmente condicionado, pois há um deslocamento de foco, que deixa de ser algo eminentemente psicológico e passa a ser mais centrado na diversidade dos valores culturais que condicionam o pensar e o agir do indígena.<sup>438</sup>

Nessa rota, alguns autores como Nilo Batista e Zaffaroni apontam que o erro de compreensão permite contornar a absurda teoria de que os povos originários seriam inimputáveis ou se encontrariam em estado perigoso.<sup>439</sup>

Contudo, não há como afastar o peso discriminatório que a palavra “erro” carrega considerando que pelo fato de o indígena não ter assimilado os valores da cultura dominante, ele estaria em “erro”. Tal emprego de palavra coloca o ocidente em um patamar de superioridade que dita os valores a serem seguidos pelas demais culturas.

---

<sup>437</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.483.

<sup>438</sup> OLIVEIRA, Assis da Costa; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. **Lei do índio ou lei do branco - quem decide? sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.95.

<sup>439</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; BATISTA, Nilo; et al. **Direito penal brasileiro, segundo volume, tomo II**. Rio de Janeiro: Revan, p. 407, 2003.

Luiz Francia Sanchez esclarece que embora a concepção de erro de compreensão culturalmente condicionado seja uma busca por justiça, ainda é uma visão etnocêntrica, uma vez que considera como erro as ações de um sujeito que age de acordo com seus próprios padrões culturais. Para o autor, o essencial era remover a referida visão, pois assim é possível reconhecer todas as pessoas a uma identidade cultural e autônoma, que possibilita o reconhecimento do direito à diferença.<sup>440</sup>

Juan Luis Modolell González considera criticável a proposta do erro de proibição como solução total do problema da responsabilidade penal do indígena, principalmente quando se refere ao caso do indígena não integrado. Afirmar que o indígena está em erro é para o autor uma afirmação totalmente absurda e inaceitável, pois a pessoa geralmente atua dentro de sua comunidade, com contatos ocasionais com o estado dominante.

González propõe uma divisão em grupo de casos (indígenas não integrados e indígenas integrados e em vias de integração) para que se possa aplicar de forma mais justa a legislação penal dominante, sem ferir ou, pelo menos, respeitando mais as especificidades de cada povo.

Para ele, quando se refere a indígenas não integrados, ou seja, aqueles que desenvolvem suas vidas dentro de sua comunidade nativa, totalmente isolado ou com contato ocasional com a sociedade dominante, deve-se analisar primeiramente se o fato cometido é contrário ao direito do Estado.

Ademais, adotando um viés mais dogmático, o indígena ao atuar sob a proteção de seu costume ancestral e não tendo contato com as normas do Estado dominante, a solução adotada pelo autor é recorrer à causa tradicional do exercício legítimo de um direito ou cumprimento de um dever.

No que tange ao segundo grupo de casos (indígenas integrados ou em vias de integração) são os casos mais difíceis de serem resolvidos para o autor. Se trata de comunidades indígenas que mantêm costumes de seu povo, e que interagem com a sociedade dominante.

González menciona que do indígena que tem contato com a sociedade estrangeira como parte de sua vida, mesmo que parcialmente, pode-se exigir algum tipo de conduta de acordo com as normas do Estado dominante. Se o sujeito integra a sociedade para desfrutar de seus benefícios (em matéria de saúde, meios de comunicação, educação) também se pode exigir um determinado comportamento.

---

<sup>440</sup> SANCHEZ, Luiz Francia. **Pluralidad cultural y derecho penal**. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-PluralidadCulturalYDerechoPenal-5084715.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2024.

Assim, o autor subdivide a análise do segundo grupo de casos em duas hipóteses: a primeira delas refere-se quando o autor, mesmo conhecendo as normas do Estado, atua sob a norma ditada pelo seu antigo costume, implicando, conseqüentemente, em infração ao direito penal do Estado. Ou seja, o sujeito conhece ambas as normas; no entanto, age de acordo com suas tradições, usos e costumes, infringindo conscientemente a norma do Estado. Nesse caso, se o indígena integrado obedece às normas de sua própria comunidade de origem, estaríamos diante de um caso semelhante ao indígena não integrado que atua no exercício legítimo de um direito. Por outro lado, se o ato praticado pelos povos indígenas sob a proteção das normas de sua comunidade de origem repercute na sociedade não original – por exemplo, quando prejudica um direito legal de uma pessoa fora da comunidade indígena -, então, deve-se recorrer à figura do "delincuente por convicción".<sup>441</sup>

Já a segunda hipótese aduzida pelo autor seria aquela em que o sujeito não conhece a norma suficientemente. Então, nesses casos, estaríamos diante de um erro de proibição. Só nessa hipótese que se pode aceitar, com Zaffaroni, o conceito de erro de proibição "culturalmente condicionado". Logo, nas situações em que o indígena tem contato ocasional ou quando é um dos primeiros contatos com a referida sociedade dominante, não há dúvida de que o erro de proibição seria invencível, pois não há possibilidade superável de conhecer esta proibição. Deve-se analisar que quanto maior a integração, menor a possibilidade de erro, pelo menos, de erro de proibição invencível.

#### 4.9.3.3 Estudo do segundo caso: ritual da pajelança brava

Na seara brasileira, um exemplo de caso que foi resolvido com base na ideia de crimes culturalmente motivados foi o do Procedimento Investigatório Criminal nº 1.23.008.000394/2015-61, já mencionado anteriormente, em que um jovem foi morto a tiros por outros dois indígenas, uma vez que o primeiro teria realizado o ritual tradicional denominado "Pajelança brava" da etnia Munduruku contra outro indígena.<sup>442</sup>

---

<sup>441</sup> Para aprofundar mais os estudos sobre "*delincuente por convicción*" ver obra de Gustav Radbruch. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r4>. Nilo Batista e Zaffaroni tratam como sinônimos a figura do autor por imperativo de consciência, também chamado de autor de consciência e, também, de autor por convicção. Para os autores, citando Roxin, no direito brasileiro, a presença do "imperativo de consciência" é aquele "decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política", quando invocado "para eximir-se de obrigação legal a todos imposta" suspende toda e qualquer sanção ("ninguém será privado de direitos...") até que o dissidente se recuse "a cumprir prestação alternativa fixada em lei": só após essa recusa estará ele exposto as sanções previstas.

<sup>442</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Procedimento Investigatório Criminal nº 1.23.008.000394/2015-61**, da 2ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal do Estado do Pará, Jacareacanga, PA, 02 de setembro de 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/1.23.008.000394-2015-61.pdf>. Acesso em 30 out. 2024.

Na ocasião, uma mulher indígena relata que a morte de seu filho de 16 anos de idade se deu em razão de outro indígena ter sido morto em um suposto afogamento e que após os pais da vítima consultarem ao Pajé, ao Capitão, ao Cacique e Lideranças da aldeia descobriram que a morte dele se deu em razão de feitiçaria praticada pelo jovem de 16 anos.

Por meio de despacho, o procurador oficiante promoveu o arquivamento do caso, uma vez que a dinâmica dos fatos mostrara efetivamente um ritual que é próprio da cultura dos indígenas.

Ademais, reconheceu que os povos indígenas são culturalmente diferenciados de acordo com dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e regulamentações internacionais. Logo, os indígenas, de acordo com seus usos e costumes, podem aplicar sanções aos que transgridam as normas de convivência estabelecidas pelo grupo a que pertencem, tratando-se de uma das formas de expressão do direito ao autorreconhecimento.

Baseando-se no Parecer Técnico nº 58/2016 do MPF e na Nota Técnica nº 02/2016 da FUNAI, verifica-se que a lei dos indígenas Munduruku considera a prática de magia negra como a única conduta possível de pena máxima. A crença na pajelança brava está intimamente ligada a saúde do povo da aldeia, ligado a momentos em que a comunidade se sente ameaçada por grandes crises, males, doenças e mortes inexplicáveis. Embora as comunidades indígenas possam ter um elevado nível de comunicação com a sociedade a qual estão inseridas, podendo conhecer suas proibições, os diferentes sistemas de valores éticos e culturais consideram que a conduta praticada é normal e aceita dentro do grupo a que pertencem, impedindo que a norma seja internalizada.

Ainda, na promoção de arquivamento, o procurador fundamenta sua decisão citando Zaffaroni e a figura do erro de compreensão culturalmente condicionado. De acordo com seu voto, esse instituto consiste no caso em que os indígenas, embora possam conhecer a proibição das normas, em razão das diferenças culturais, encontram dificuldade em se orientar por elas, tratando-se de excluir a culpabilidade do sujeito.

Em suma, pode-se dizer que os supostos autores não reconhecem ter feito algo proibido e com base na ideia de autorreconhecimento disposto constitucionalmente, de fato não o fizeram, consoante voto do Subprocurador-Geral da República Titular da 2ª CCR.

Para o Procurador Regional da República na PRR - 5ª Região, Márcio Andrade Torres, uma verdadeira política de reconhecimento implica em aceitar a autonomia e validade de um direito penal indígena, que esteja apto a resolver os conflitos penais que envolvam os membros de sua comunidade, respeitando os seus próprios princípios e procedimentos.

Sendo assim, verifica-se que no caso do ritual da Pajelança brava, o erro de proibição culturalmente condicionado foi aplicado de modo coerente, pois apesar do sujeito conhecer a proibição da norma, em razão da diferença cultural, encontra dificuldade em se orientar por ela prevalecendo as suas próprias orientações culturais. Observa-se essa hipótese, em especial, para os indígenas “em vias de integração”, porque apesar de conhecerem as normas da sociedade dominante ainda não a introjetaram totalmente.

#### 4.9.3.4 Inexigibilidade de conduta diversa

Guilherme Madi Rezende é o autor brasileiro que trabalha a ideia da inexigibilidade de conduta diversa ser admitida no tratamento jurídico penal do indígena.

Segundo o autor, a inexigibilidade de conduta diversa pode ser utilizada tanto para afastar a culpabilidade, quanto para atenuá-la. Restará caracterizada a inexigibilidade nas hipóteses em que o indígena sendo imputável e podendo conhecer a ilicitude do fato, se depara com dificuldades de se portar de acordo com a norma de regência diante do conflito existente entre os seus valores e os valores da sociedade ocidental.<sup>443</sup>

Nami Godoy complementa ao referir que a inexigibilidade de conduta diversa se faz presente nas situações em que o sujeito embora imputável e dotado de plena capacidade de compreender a ilicitude da conduta por ele praticada, não deverá ser considerado culpável, por não ser exigível, diante da situação fática concreta, que atuasse de acordo com o direito.<sup>444</sup>

Para a autora, nos delitos culturalmente motivados, pode ocorrer de o agente, mesmo tendo consciência da ilicitude do fato (ilícito de acordo com o ordenamento jurídico dominante, mas imposto pela ordem costumeira do seu grupo minoritário), pratica a conduta ilícita por medo de ser castigado por sua comunidade.<sup>445</sup>

Ela traz como exemplo a hipótese de quando a mãe indígena não quer matar o seu filho que nasceu com deficiência ou má formação. Contudo, por sofrer uma pressão exercida pelos líderes de sua tribo, que consideram aquela criança como um espírito maligno e uma ameaça a toda comunidade, e com medo que possa sofrer retaliações, decide praticar o infanticídio.<sup>446</sup>

Rezende traz como um dos pontos centrais para afirmar esta excludente a necessidade de avaliar se a conduta do indígena está de acordo com os valores próprios de seu povo. Ou

---

<sup>443</sup> REZENDE. *Op. cit.*, p. 110.

<sup>444</sup> GODOY. *Op. cit.*, p. 89.

<sup>445</sup> GODOY. *Op. cit.*, p. 89.

<sup>446</sup> *Ibid.*, p.91.

seja, não basta que a conduta seja considerada criminosa por determinado povo, é essencial que ela atenda os valores deste povo, que os reflita.<sup>447</sup>

Cristina de Maglie compreende ser possível a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa dentro da seara dos crimes culturalmente motivados, pois o autor culturalmente motivado não está entregue os seus impulsos psíquicos, mas é um sujeito que age em resposta aos comandos de uma cultura, que não é somente a sua (“*it's my culture!*”), mas é a cultura que pertence também a um definido grupo étnico do qual ele faz parte e que o reconhece precisamente porque ele se comporta segundo aqueles imperativos.<sup>448</sup>

Nesses casos, a autora entende ser aplicável a perícia cultural, uma vez que ela que dará informações sobre os usos do *minority group* ao qual pertence ao sujeito, dando ao juiz os instrumentos para entender se a cultura do grupo acabou exercendo uma pressão tão forte sobre a liberdade de escolha do autor, de modo a tornar o seu comportamento conforme ao direito inexigível.<sup>449</sup>

Diferentemente do erro de proibição, em que o agente supõe permitida uma conduta, quando, na verdade, é proibida, na inexigibilidade de conduta diversa, o agente conhece devidamente o conteúdo proibitivo da norma, mas não a cumpre tendo em vista suas práticas e costumes serem diferentes, atuando o sujeito conforme os valores próprios de sua comunidade.

A inexigibilidade de conduta diversa é aplicável, sobretudo, para os indígenas considerados como “integrados” e para aquelas situações que dispõem de bens jurídicos mais sensíveis, pois o indígena sabe que a conduta é ilícita, conhece a norma proibitiva, mas por atender, refletir os valores de seu povo acaba por praticar a referida conduta. Então, por exemplo, partindo da situação trabalhada por Tavares mas incrementando outros elementos, se a mãe de uma criança, que mora na capital Belém e sabe que matar o seu próprio filho durante ou logo após o parto, sob influência do estado puerperal, comete o crime de infanticídio; porém, sabendo também que a sua comunidade não aceita crianças com deficiência e decide matá-la estará acobertada pela excludente da inexigibilidade de conduta diversa, pois apesar de integrada na sociedade, não lhe é exigível que vá contra os valores de sua própria comunidade.

---

<sup>447</sup> REZENDE, *Op. cit.*, p. 110.

<sup>448</sup> DE MAGLIE. *Op.cit.*, p. 227.

<sup>449</sup> *Ibid.*, p. 227.

#### 4.9.3.5 Falta de motivabilidade como modalidade de inexigibilidade de conduta diversa

O Código Penal brasileiro acolheu poucas hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa<sup>450</sup> tendo a jurisprudência brasileira ampliado para as hipóteses supraleais, como o fato de consciência, a provocação da situação de legítima defesa, a desobediência civil e o conflito de deveres. Davi Tangerino traz uma outra causa de exclusão da culpabilidade denominada de falta de motivabilidade. O autor pretende com essa nova causa defender que determinados injustos, quando alinhados a projetos de vida éticos cuja adoção mostrou-se a única possível não podem receber o rótulo de delitos. Para isso, o autor estabelece três requisitos: 1) Que o injusto seja inspirado por um projeto de vida ético e moral, na qual esse projeto de vida esteja associado ao autorrespeito, devendo incluir, sempre o outro. Ou seja, está excluído desse projeto, atos praticados com violência, que causem dor a uma vítima concreta ou que demonstrem completo desprezo pela natureza humana; 2) Os valores morais que compõem o projeto ético sejam legitimados no seio do grupo social de que faz parte o agente sendo essencial haver um pertencimento e aceitação social; 3) Por fim, exige que o projeto de vida ético, moral e ilegal seja exculpado quando por parte do Estado não foram criadas condições que compelissem o agente a formar um outro projeto de vida ético e moral, contudo, condizente com o Direito. Trata-se de uma falha estatal de garantir a dignidade humana não sendo exigível do Estado a reprovação do agente por ter agido buscando seu inescapável projeto de felicidade.<sup>451</sup>

Diante dessa vertente apresentada por Tangerino, torna-se essencial analisarmos se é possível aplicar a falta de motivabilidade como causa de exclusão de culpabilidade para os povos originários a fim de colocarmos mais um dique de contenção do poder punitivo, sendo uma outra hipótese possível para excluir o crime face a responsabilidade penal indígena que o poder punitivo insiste em atribuir.

Imagine a seguinte situação hipotética: Joana, indígena, fala português e está terminando o ensino médio pelo PROEJA e é curandeira de sua comunidade. Desde criança, aprendeu com a avó quais são as plantas adequadas para serem utilizadas para cada tipo de doença e o trabalho que realiza na comunidade ajuda a salvar vidas, sendo uma pessoa muito querida por todos pelo trabalho que desempenha. Se não fosse Joana, os indígenas precisariam se deslocar 40 km para chegar ao hospital mais próximo e ter uma melhor assistência de saúde (de médicos, medicamentos, vacinas), que o Estado não ofereceu. Joana, por ser neta da maior curandeira

---

<sup>450</sup> Prepondera na doutrina: a) coação moral irresistível (art. 22, CP); b) a obediência hierárquica impositiva (art. 22, CP); c) o estado de necessidade exculpante (art. 24), real ou putativo; d) o excesso escusável na legítima defesa e no estado de necessidade (art. 23, par.ún. CP, ex contrario sensu.

<sup>451</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 204.

que a comunidade já viu, quer manter o legado e cuidar dos outros já que o Estado não oferece direitos, em particular, quanto à saúde. Dadas as condições de vida específicas de Joana, em grande parte tributáveis à falência estatal na efetivação dos mais elementares direitos fundamentais individuais e sociais, pode-se reprová-la por não ter se motivado pela conhecida proibição do curandeirismo (art. 284, CP)? Vejamos se é aplicável a hipótese de falta de motivabilidade como causa de exclusão de culpabilidade desenvolvida pelo prof. Tangerino. Em primeiro lugar, o injusto praticado atende ao primeiro requisito, pois é o projeto de vida ético de Joana cuidar das pessoas de sua comunidade. Trata-se de um saber que aprendeu com a avó e que ela quer levar para as futuras gerações. Ela fica feliz em poder ajudar os outros e a manter as tradições de sua família. Em relação ao segundo requisito, o curandeirismo é uma prática que é aceita pela comunidade, sendo um saber que tem respaldo no meio social, além de Joana ser vista como heroína na comunidade, já que salvou muitas vidas. Por fim, quanto à falha estatal que impede a garantia da dignidade humana sendo o único projeto de vida ético possível a ser desenvolvido naquela comunidade também se atende esse requisito no presente caso. Não há hospital na comunidade e nem equipe médica. As pessoas quando ficam doentes são encaminhadas para Joana. Não é uma comunidade que se possa dizer isolada, pois as pessoas indígenas buscam realizar atividades nas cidades vizinhas, mas tudo é longe e leva tempo. Não houve interesse estatal em chegar na comunidade.

Sendo assim, pode-se dizer que é aplicável a falta de motivabilidade como causa de exclusão da culpabilidade, em especial, para aquelas situações de bens jurídicos menos sensíveis como o curandeirismo e para indígenas “integrados”, que conhecem a norma proibitiva (Joana fala português, estuda ensino médio no PROEJA, tem contato com a sociedade), mas diante da sua realidade de falta de assistência estatal foi a única solução possível a ser encontrada para salvar vidas se tornar curandeira, por mais que incorra no crime de curandeirismo disposto no artigo 284, CP. Observa-se que a “falta de motivabilidade” pode ser uma outra hipótese a ser utilizada de contenção do poder punitivo, caso o exercício regular de um direito (à diferença) não possa ser aplicado, sendo a “falta de motivabilidade” uma solução a ser adotada de modo subsidiário.

## 5 CONCLUSÃO

1. Os povos originários estão inseridos em um contexto de violência tanto prisional quanto social. Os direitos básicos, como educação, saúde, moradia são escassos (ou até mesmo, não existem), além de sofrerem violência física com altos índices de homicídios e lesões corporais decorrentes de conflitos fundiários.

2. A luta indígena é a luta pela terra, que constantemente é ameaçada para atender projetos desenvolvimentistas e de exportação do agronegócio.

3. A situação prisional também não é das melhores. Há um aumento de indígenas presos, principalmente nos estados de Amazonas, Bahia, Mato Grosso, Pernambuco e Roraima. Os indígenas, diante da vulnerabilidade social em que se encontram e de seus estereótipos, são alvos fáceis da seletividade penal do Estado.

4. Tal seletividade tem como seus pilares o racismo e as permanências e/ou atualizações positivistas que encontram nos corpos indígenas a maneira pela qual é exercida a violência do poder punitivo do Estado.

5. O racismo na América Latina está ligado com o processo de colonização. De acordo com Aníbal Quijano, as ideias e as práticas que se desenvolveram de superioridade e inferioridade demonstraram ser o mais eficaz e durável instrumento de dominação social universal, colocando os povos conquistados e dominados numa situação natural de inferioridade, e, conseqüentemente, também seus traços fenotípicos, bem como suas descobertas mentais e culturais.

6. Atrelado a isso, as ideias da criminologia positivista encontraram “terreno fértil” no Brasil, uma vez que elas propuseram o embasamento científico para legitimar a hierarquização racial, já existente no discurso do colonialismo. Ou seja, tal criminologia serviu para dar cientificidade ao racismo colonial, que dará as bases da construção de um sistema penal punitivo seletivo.

7. A política indigenista brasileira ora é marcada por valores integracionistas ora é marcada por ações de extermínio. Pode-se dizer que durante o período Imperial, por exemplo, buscou-se construir uma imagem do indígena como parte de um projeto político de identidade

nacional, que tinha como propósito apresentar uma nação cuja “felicidade” era medida pela capacidade de relacionar diversas nações e culturas, sem retratar, na verdade, que o país continuava dizimando indígenas no litoral e no interior do país e as terras continuavam sendo invadidas. Durante a Ditadura Militar, outro período histórico de extrema violência, observou-se, após a edição do AI-5, grave violação de direitos dos povos originários praticada pelo Estado, através da prática de desaparecimento forçado, tortura, maus tratos, expulsão e remoção de famílias de suas terras, homicídios, prisões arbitrárias, entre outras violações.

8. A Constituição Federal de 1988 representa um verdadeiro marco no direito indigenista brasileiro, uma vez que busca romper com o modelo integracionista e assimilacionista, até então proposto. Dispõe o art. 231 da CF, são reconhecidos aos indígenas 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.

9. Nessa mesma toada, a Convenção nº 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas são importantes documentos internacionais para ratificar o direito à identidade e a integridade cultural, à não discriminação e a igualdade perante a lei, ao autorreconhecimento e a livre-determinação indígena.

10. É central destacar que o discurso jurídico-penal não se adequa à realidade latino-americana, e muito menos, aos povos originários pois referido discurso, por si só, se alimenta da violência que é dirigida, em particular, aos indígenas.

11. Diante de tudo o que foi exposto até o presente momento (desde os valores positivistas e eurocêtricos como pilares de um sistema jurídico penal até a crise da dogmática penal alemã e do discurso jurídico penal), o melhor caminho quando tratamos de responsabilidade penal indígena é não incidir o Direito Penal sobre esses povos, pois o sistema penal não foi elaborado para atender as especificidades do povo indígena. Deve-se buscar outros caminhos, dentre eles, no campo constitucional para que seja assegurado a autonomia, o multiculturalismo e os métodos de resolução de conflitos do próprio grupo.

12. Todavia, sabemos que o sistema penal tem sede de punir e as agências penais continuam operando a seletividade para escolher aqueles mais vulneráveis, na qual os indígenas

estão inseridos. Diante dessa realidade, acreditar que o Direito Penal não será aplicado para a pessoa indígena que cometer supostamente algum delito é, no mínimo, uma ingenuidade. Inseridos nesse contexto, em caso de não ser respeitada a autodeterminação indígena, que possa ser aplicado de modo secundário um sistema teleológico redutor do poder de punir. Almeja-se a construção conceitual da teoria do delito a partir de um sistema orientado pela ideia reitora de uma intencionalidade redutora do poder punitivo, que influenciará, portanto, todas as particularidades construtivas que pretendam integrar-se ao sistema.

13. Sendo assim, a partir desse método, torna-se essencial analisarmos como será o tratamento jurídico penal para cada grupo indígena de acordo com qual elemento da teoria do delito aplicar e para quais bens jurídicos. Vejamos:

15.1. Indígenas isolados: não incidirá o Direito Penal, pois por serem comunidades indígenas isoladas não tomamos sequer conhecimento das ações ocorridas na localidade. Ademais, eles são orientados por outros valores e costumes que devem prevalecer em detrimento dos nossos, em respeito ao pluralismo jurídico, multiculturalismo e a adoção de outros métodos alternativos de resolução de conflitos, próprio de suas culturas, não devendo incidir o *ius puniendi* do Estado, estando tal defesa de acordo com dispositivos internacionais e a própria resolução nº 454/2022 do CNJ, em particular, com o disposto no art. 2º, inciso VI.

15.2. Indígenas em vias de integração: em se tratando de bens jurídicos menos sensíveis, como o patrimônio e a honra, são cabíveis os seguintes elementos da teoria do delito: a) ações performáticas, porque ao indígena falta-lhe a vinculação com o contexto e cabendo sua aplicação para bens jurídicos mais sensíveis, por que não caberia para bens jurídicos menos sensíveis? e b) exercício regular de um direito (à diferença), na qual o direito à cultura pode prevalecer em detrimento dos outros bens menos sensíveis, que não ferirá garantias fundamentais. Para bens jurídicos mais sensíveis, como a vida, a liberdade sexual e a integridade física é possível aplicar as ações performáticas desenvolvidas por Juarez Tavares, porque falta-lhe a vinculação de contexto que o habilite a participar do discurso enunciador da norma proibida e agir como pessoa deliberativa; b) erro de proibição culturalmente condicionado, pois apesar do sujeito conhecer a proibição da norma, em razão da diferença cultural, encontra dificuldade em se orientar por ela prevalecendo as suas próprias orientações culturais.

15.3. Indígenas integrados: para bens jurídicos menos sensíveis, cabe: a) exercício regular de um direito (à diferença), pois o direito à cultura pode prevalecer sobre esses bens e subsidiariamente, b) falta de motivabilidade como inexigibilidade de conduta diversa, porque os três requisitos desenvolvidos por Tangerino também são aplicáveis aos povos originários diante dessa situação. Para bens jurídicos mais sensíveis, a hipótese aplicável é a culpabilidade através da inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que o indígena sabe que a conduta é ilícita, conhece a norma proibitiva, mas por atender, refletir os valores de seu povo acaba por praticar a referida conduta.

14. Esse trabalho buscou discutir e lançar proposições dogmáticas penais a fim de ampliar o escopo de debate sobre qual é o mais adequado tratamento jurídico penal a ser dado aos povos originários. Como todo texto acadêmico, o que se buscou é chamar atenção ao leitor sobre a temática e a necessidade de discuti-lo, pois o debate sobre os povos originários muitas vezes se restringe ao campo constitucional, mas, como se viu, a violência penal é constante e não se poderia fechar os olhos perante essa realidade. Então, buscou-se trabalhar o tema, mas sempre com um olhar de respeito às especificidades culturais, à diversidade indígena e preocupado em promover um diálogo interétnico e intercultural, como orienta a Resolução nº 454 de 2022 do CNJ.

## REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Pedro. **Mitos e outras narrativas Kamayurá**. 2ª edição. Salvador: EDUFBA, 2009.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Ed. Jandaíra - Coleção Feminismo Plurais (Selo Sueli Carneiro), 2020.
- ALVES, Marcelo Mayora; ANTÔNIO, Márcio Kaiang Katánh Manoel; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. Controle Social e resolução de conflitos em um território Kaiang: estudo sobre a cadeia indígena. **Rev. Direito e Práxi.**, Rio de Janeiro, Vol. 14, n.02, 2023, p. 1127-1159. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/74990/46345>>. Acesso em: 30 out. 2024.
- ANTT. **Convenção nº 169 OIT- Povos indígenas e tribais**. Disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/conven%C3%A7ao-n-169-da-oit-povos-indigenas-etribais>>. Acesso em: 29 dez 2024.
- ANYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro, Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2005.
- APIB. **Assassinatos de indígenas cresceram 54% durante governo Bolsonaro, aponta relatório do Cimi**, 27 jul 2023. Disponível em: <<https://apiboficial.org/2023/07/27/assassinatos-de-indigenas-cresceram-54-durante-governo-bolsonaro-aponta-relatorio-do-cimi/>>. Acesso em: 30 out. 2024.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal** – Introdução à sociologia do Direito Penal. Trad. J. Cirino dos Santos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROS, Bruna Gonçalves Loureiro de Andrade. **Culpabilidade**: análise crítica do conceito com base na ideia de vulnerabilidade. Dissertação (Mestrado em Programa de Pós-graduação em Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.
- BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**. In: Estudos de Direito. Publicação póstuma dirigida por Sílvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892.
- BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 20, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.
- BELTRÃO, Jane Felipe. **Relatório Figueiredo**: Atrocidades contra povos indígenas em tempos ditatoriais. 1. ed. – Rio de Janeiro: Mórula, 2022. Disponível em: <[http://laced4.hospedagemdesites.ws/wpcontent/uploads/2022/10/RelatorioFigueiredo\\_WEB\\_01SET.pdf](http://laced4.hospedagemdesites.ws/wpcontent/uploads/2022/10/RelatorioFigueiredo_WEB_01SET.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2024.

Brasil. **Comissão Nacional da Verdade**. Relatório: textos temáticos / Comissão Nacional da Verdade. Brasília, v.2, 2014. p.204-262. Disponível em: [http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume\\_2\\_digital.pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf). Acesso em: 17 fev. 2024.

BRASIL. **Constituição (1824)**. Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 17 fev.2024.

\_\_\_\_\_. **[Constituição (1934)]**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 17 fev.2024.

\_\_\_\_\_. **[Constituição (1937)]**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 17 fev. 2024.

\_\_\_\_\_. **[Constituição (1946)]**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 17 fev. 2024.

\_\_\_\_\_. **[Constituição (1967)]**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 17 fev. 2024.

\_\_\_\_\_. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 fev.2024.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 17 fev. 2024.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.001%2C%20DE%2019,sobre%20o%20Estatuto%20do%20%C3%8Dndio.&text=Art.,e%20harm oniosamente%2C%20%C3%A0%20comunh%C3%A3o%20nacional](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.001%2C%20DE%2019,sobre%20o%20Estatuto%20do%20%C3%8Dndio.&text=Art.,e%20harm oniosamente%2C%20%C3%A0%20comunh%C3%A3o%20nacional). Acesso em: 17 fev. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Procedimento Investigatório Criminal nº 1.23.008.00394/2015-61**, da 2ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal do Estado do Pará, Jacareacanga, PA, 02 de setembro de 2015. Disponível em:&lt;file:///C:/Users/User/Downloads/1.23.008.000394-2015-61.pdf&gt; Acesso em 30 out. 2024

BRASIL. **Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania**. Nota de Repúdio. [Brasília]:Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, 17 nov. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/novembro/nota-de-repudio-1&gt;> ; Acesso em: 30 out. 2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal-** parte geral. V. 5. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABEDO MALLOL, Vicente. **Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina**. Valencia: Editorial LA UPV, 2004.

CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é. Socioambiental**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006. Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB\\_institucional/No\\_Brasil\\_todo\\_mundo\\_%C3%A9\\_%C3%ADndio.pdf](https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/No_Brasil_todo_mundo_%C3%A9_%C3%ADndio.pdf). Acesso em: 17 fev.2024

CERVINI, Raul. **O princípio do respeito às autonomias culturais**. Disponível em: < [https://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1277144647.pdf](https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1277144647.pdf)>. Acesso em: 10 dez.2024.

CIDH. **Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nº. 11:** povos indígenas e tribais / Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José, C.R.: Corte IDH, 2022.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal:** parte geral. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

CIMI. **Relatório: Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil- dados de 2023**. Brasília: CIMI, 2024. Disponível em: < <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2023-cimi.pdf>> Acesso em 30 out. 2024.

CLASTRES, PIERRE. **Arqueologia da violência:** pesquisas de antropologia política, Trad.: Paulo Neves, Cosac & Naify, 2004. Disponível em: < <file:///C:/Users/User/Downloads/CLASTRES,%20Pierre.%20Arqueologia%20da%20violencia%20pesquisas%20de%20antropologia%20politica.pdf>>. Acesso em: 20 dez.2024.

CNJ. **Manual Resolução 287/2019:** procedimentos relativos a pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade. Brasília: CNJ, 2019.

COLAÇO, Thais Luzia. Pluralismo jurídico e o direito indígena na América Latina: uma proposta de emenda constitucional no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.) **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS/Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org). **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras/ Secretaria Municipal de Cultura/ FAPESP, 1992.

CORRÊA, José Gabriel Silveira. **A ordem a se preservar: A gestão dos índios e o Reformatório Agrícola Indígena Krenak**. 2000. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, UFRJ,

COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle. **Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012**. Tradução. Madrid: Marcial Pons, 2012. Acesso em: 15 fev. 2025.

COSTA, Nathalia Martins Peres. **Estudo Etnoterminológico Preliminar do Sistema de Cura e Cuidados do Povo Mundurukú (Tupí)**. Dissertação (Mestrado em Linguística) - Departamento de Linguística, Línguas Clássicas e Português, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **Direito Penal: lições fundamentais – parte geral**. 5 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

DE MAGLIE, Cristina. **Crimes Culturalmente Motivados: ideologias e modelos penais** [livro eletrônico] / Cristina de Maglie, Tradução de Stephan Doering Darcie, 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Bárbara do Nascimento. **“Com os espíritos dos antigos”**: a luta do povo Munduruku do médio Tapajós pelo território e pela vida. 2021. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

DPMS. **Relatório: Mutirão de atendimento às pessoas indígenas presas na Penitenciária Estadual de Dourados**. Campo Grande: DPMS/IISC e CIMI, 26 a 30 de julho de 2023. Disponível em: < <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/06/relatorio-ped-ms-2023.pdf> >. Acesso em: 30 out. 2024.

FANON, Frantz. **Os Condenados da Terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. O direito indigenista no Brasil: Transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 34, p. 274-304, 2014. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/7200>. Acesso em: 17 fev.2024.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Direito Penal sem pena? Uma introdução à teoria agnóstica da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. Vol. 148. 2018.

FERREIRA, André da Rocha. **A concessão de autonomia penal às comunidades indígenas: aplicabilidade constitucional do artigo 57 do Estatuto do Índio**. 2017. 137 f. Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/8008/2/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20ANDR%C3%89%20DA%20ROCHA.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2024.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: Curso no Collège de France (1975-1976), (trad. De Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2019.

FREITAS, Edinaldo Bezerra. A Guarda Rural Índigena: Aspectos da Militarização da Política Indigenista no Brasil. **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História** – ANPUH. São Paulo, julho 2011. Disponível em: [https://anpuh.org.br/uploads/anais-simposios/pdf/201901/1548855455\\_8f87fd568b22bac6b234e6d515837b59.pdf](https://anpuh.org.br/uploads/anais-simposios/pdf/201901/1548855455_8f87fd568b22bac6b234e6d515837b59.pdf). Acesso em: 17 fev. 2024.

GALVÃO, Eduardo. **Encontro de Sociedades: Índios e brancos no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

GALVIS, María Clara; RAMIREZ, Angela. **Manual para defender os direitos dos povos indígenas**. Disponível em: [https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2017/11/manual\\_direitos\\_indigenas.pdf](https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2017/11/manual_direitos_indigenas.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2024.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas** 1ª ed., IS. reimpr. - Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GMF/TJAM. **Relatório Estatístico**: Indígenas e Justiça Criminal no Amazonas. Amazonas: GMF/TJAM, abril de 2024. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/relatorios/relatorios-estatisticos/45212-relatorio-estatistico-indigenas-e-justica-criminal-no-amazonas/file>>. Acesso em: 30 out. 2024.

GODOI, Rafael. **Fluxos em Cadeia**: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) - Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2015.

GODOY, Luísa Nami. **Os Delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa**. Dissertação (mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra.

GONÇALVES, Cleverson; FRAGA, Nilson Cesar; CAVATORTA, Mateus Galvão. Massacre dos Kaiang em Pitanga-PR, um conflito atrelado à ideologia do branqueamento e à expansão do capital sobre os territórios indígenas. **Serv. Soc, Ver.**, Londrina, v.18, n.1, p.81-100, Jul/dez. 2015. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/23736/17723>. Acesso em: 30 de out. 2024.

GONZALEZ, Lelia. **Por um feminismo Afro-Latino-Americano**. Disponível em: <http://www.letras.ufmg.br/literafro/ensaistas/24-textos-das-autoras/1445-elia-gonzalez-por-um-feminismo-afro-latino-americano>>. Acesso em: 20 out.2024.

GROSGOUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: **Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/periferia/article/view/3428/2354>>. Acesso em: 30 out. 2024.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I. Tomo 2º. (Arts. 11 a 27). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

Jesus, Damásio de. **Direito penal: parte geral**, V. 1, 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

KAMAIURÁ, Kanawayuri; KAMAIURÁ, Aisanain; JUNQUEIRA, Carmen et.al. Kamaiurá. **Povos Indígenas do Brasil**, 20 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Kamaiur%C3%A1>. Acesso em: 30 dez.2024.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LACERDA, Daniela Lopes. As concepções de cultura, vida e humanidade em relação ao “infanticídio indígena” na aldeia Kamayurá. **Revista Ciências da Sociedade (RCS)**, Vol. 5, n. 9, p. 26-38, Jan/Dez 2021. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.ufopa.edu.br/index.php/revistacienciasdasociedade/article/view/1959/1402>&gt;. Acesso em: 30 dez.2024.

LEVI-STRAUSS, Claude. **Raça e história**. In: Antropologia estrutural dois. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

LYRA, Roberto. **O Direito Penal dos Índios**. Núcleo de Direitos Indígenas. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/Roberto-Lyra%20-%20O-direito-penal-dos-indios-pdf%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Roberto-Lyra%20-%20O-direito-penal-dos-indios-pdf%20(1).pdf). Acesso em: 16 fev. 2024

MAGALHÃES GOMES, Camilla; BRAGA DE OLIVEIRA, Tainá. Positivismo criminológico e outrificação racista: uma análise das permanências e continuidades positivistas contra a existência indígena. **Revista Latino-Americana de Criminologia**, [S. l.], v. 2, n. 02, p. 134–173, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/relac/article/view/45561>. Acesso em: 17 fev. 2024.

MARTÍNEZ, Juan Carlos. Pluralismo jurídico y neoconstitucionalismo latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.) **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS/Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.

MATO GROSSO, Tribunal de Justiça. **Processo Júri nº 0002738-61.2018.8.11.0029**, da 1ª Vara de Canarana do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Ministério Público do Estado de Mato Grosso X Tapoalu Kamayura. Disponível em: [https://processo.juiz.tjmt.jus.br/PROCESSO\\_DO\\_JURI\\_KUTSAMIN.pdf](https://processo.juiz.tjmt.jus.br/PROCESSO_DO_JURI_KUTSAMIN.pdf)&gt;. Acesso em: 30 out. 2024.

MEINI, Iván. **Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal**. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2924/2844>>; Acesso em: 30 out. 2024.

MELO, V. H.; LIMA, M. M. B. **Políticas Indigenistas no Brasil Colonial, Imperial e Republicano: A evolução do ordenamento jurídico brasileiro**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, [S. l.], v. 32, p. e172212, 2022. DOI: 10.9771/rppgd.v32i0.43473.

Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/43473>. Acesso em: 17 fev. 2024.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal, tomo I**. Tradução de José Arturo Rodríguez Muñoz. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

MIGNOLO, Walter. **A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade**. Disponível em: < [https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624094657/6\\_Mignolo.pdf](https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624094657/6_Mignolo.pdf) >. Acesso em: 16 out. 2024.

MIR PUIG, Santiago, **Introducción a las bases del derecho penal**. Concepto y método. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2007.

MORELLI SINDONA BELLIZIA, Matheus; SOARES ANGOTTI BATISTA DE ANDRADE, Bruna. Entre o Estado multiétnico e as lacunas jurídicas: uma análise da culpabilidade penal do indígena à luz do direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**: Estudos sobre o direito penal no Nacional- Socialismo, 4ª ed. trad: Paulo Cesar Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro**: processo de um racismo mascarado. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena**. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário. Marcial Pons. São Paulo. 2012.

OLIVEIRA, Assis da Costa; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. **Lei do índio ou lei do branco- quem decide? sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OLIVEIRA, Assis da Costa. O Júri Indígena de Roraima e a Atuação do Sistema Jurídico Indígena. In: **Lei do índio ou lei do branco - quem decide?: sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais** / Assis da Costa Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho (organizadores). – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Radiografia do tratamento penal aos indígenas: dos usos da culpabilidade à aplicação da autodeterminação e da autojuridicidade. In: OLIVEIRA, Assis da Costa; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de (org.). **Lei do índio ou lei do branco: quem decide?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OLMO, Rosa Del. **A América Latina e sua criminologia**. Editora Revan, 2004.

PICANÇO, Eloane Janay dos Santos; COSTA, Fabiana de Almeida; FILHO, Florêncio Almeida Vaz, et.al. **Pajés, Benzedores, Puxadores e Parteiras: Os imprescindíveis sacerdotes do povo na Amazônia**. Universidade Federal do Oeste do Pará, 2016. Disponível

em:<

[https://www.ufopa.edu.br/media/file/site/ufopa/documentos/2019/0257e12537b267b4391b66dd10062a8f\\_Wa0HHqV.pdf](https://www.ufopa.edu.br/media/file/site/ufopa/documentos/2019/0257e12537b267b4391b66dd10062a8f_Wa0HHqV.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2024.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do Racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) –Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. **Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII)**. In: CUNHA, Manuela Carneira da (org). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992.

POZO, José Hurtado. **El indígena ante el derecho penal: caso peruano**. Disponível em:<[https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_05.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_05.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2024.

POZO, José Hurtado. La recepción del Derecho Penal Extranjero y la cultura de la Dominación. **Rev. de der. y C. Políticas**, vol. 39, nos 1, 2 y 3, ene-dic, Lima, 1975.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. **Perspectivas latinoamericanas**. Edgar Lander (org.). Coleção SurSur, CLACSO. Rio de Janeiro: 2005.

RAMOS, B.; NASCIMENTO, P. E. Entre descasos e omissões: a política indigenista na ditadura militar (1964-1985). **Cadernos de Pesquisa do CDHIS**, [S. l.], v. 36, n. 2, p. 144–166, 2024. DOI: 10.14393/cdhis.v36n2.2023.71015. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/cdhis/article/view/71015>. Acesso em: 17 fev. 2024.

RELIPEN. **Relatório de Informações Penais**. Brasília: RELIPEN, 1º semestre de 2024. Disponível em:<<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1o-semester-de-2024.pdf>>. Acesso em: 30 out.2024.

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

REZENDE, Thiago Rocha de. **Erro e poder punitivo: do que se fala ao que se cala**. Dissertação (Mestrado), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2022.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: A formação e o sentido do Brasil**. Disponível em:<[http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/sugestao\\_leitura/sociologia/povo\\_brasileiro.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/sugestao_leitura/sociologia/povo_brasileiro.pdf)>. Acesso em: 30 out.2024.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social** (1939). 2. ed. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANCHEZ, Luiz Francia. **Pluralidad cultural y derecho penal**. Disponível em:<

file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-PluralidadCulturalYDerechoPenal-5084715.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2024.

SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?** uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SCHUCMAN, Lia Vainer. **Entre o “encardido”, o “branco” e o “branquíssimo”: Raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana.** 2012. Tese (Doutorado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo. São Paulo.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo com legisladores. **Revista de Direito da UNB**, vol. 01, n. 01, janeiro-junho, 2014.

SILVA, Juliana Adono da. O acesso à terra pelos povos indígenas no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Epistemologias do Sul**, Foz do Iguaçu, v. 2, n. 1, p. 164-189, 2018. Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/epistemologiasdosul/article/view/1000/1010>. Acesso em: 17 fev. 2024.

SILVA, Tednéy Moreira da. **Confinamentos e penitências na Terra de Muitos Males:** punição e encarceramento de indígenas Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, 2024, p. 255.

\_\_\_\_\_, Tedney Moreira da. **No banco dos réus, um índio: Criminalização de indígenas no Brasil.** 2015. 243 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18728>. Acesso em: 17 fev. 2024.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina.** Instituto Interamericano de Derechos Humanos. El Colégio de México.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TAYLOR Ch., La política del riconoscimento em HABERMAS – TAYLOR (org.), Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento, trad. it., 2003, p. 9 ss., e, do mesmo autor, The Politics of Recognition, em GUTMANN (org.), **Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition**, 1994.

VÉLEZ, Luiz Fernando Vélez. **El problema de la inimputabilidad de los indígenas en el Nuevo Código Penal.** Disponível em: <  
file:///C:/Users/User/Downloads/rechava2,+Gestor\_a+de+la+revista,+Foro+hist%C3%B3rico.pdf>. Acesso em 30 out. 2024.

VON LISZT, Franz. **Die Zukunft des Strafrechts.** In: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Berlin: 1970, t. II.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, movimentos sociais e processos de luta desde América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.) **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS/Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina**. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, n. 17/18, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito penal brasileiro, primeiro volume**. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito penal brasileiro, segundo volume, tomo I**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 273-274

ZAFFARONI, Eugenio R.; BATISTA, Nilo; et al. **Direito penal brasileiro. Segundo volume, tomo II**. Rio de Janeiro: Revan, p. 407, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina Penal Nazista: A dogmática penal alemã entre 1933 e 1945**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 129.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro, Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Es posible um derecho penal del inimigo no autoritário? In: RODRÍGUEZ, Carlos Avalos; VILLANUEVA, Alejandro Emilio Quispe (coord.). **Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann**. Lima: Ara, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Problemas de Político Criminal Latino-americana**. Revista de Derecho Penal, 6 ° ed. Fundación de Cultura Universitária, 1984.