

O lugar da cultura na culpabilidade dos índios

Márcio Andrade Torres

Procurador Regional da República na PRR - 5ª Região.
Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa.

Resumo: Uma das grandes dificuldades do operador do direito penal consiste em identificar, no âmbito de uma sociedade multicultural, até que ponto os institutos daquele ramo do direito têm aptidão para incidir nas diferentes conformações culturais que de algum modo integram a população a que se dirige o ordenamento jurídico-penal. Para o presente artigo, importa a relevância dos aspectos culturais para a aplicação do direito penal da sociedade envolvente no que diz respeito às comunidades indígenas. Com base na abordagem de diferentes modelos de atribuição de responsabilidade penal aos índios, adotados em diversos países em que há essa convivência multicultural, pretende-se firmar o entendimento sobre a importância da consideração dos usos e costumes indígenas para, no caso concreto, dado o condicionamento cultural a que estão submetidos os membros de um grupo indígena, aferir-se a existência de crime e a culpabilidade dos índios, assim como a aptidão da pena para produzir seus pretendidos efeitos.

Palavras-chave: Direito penal. Índios. Culpabilidade. Responsabilidade penal. Multiculturalismo. Cultura. Condicionamento cultural. Direito penal indígena. Causa supralegal de exclusão de culpabilidade.

Abstract: One of the great difficulties for a criminal law operator consists of identify, in the framework of a multicultural society, the extent to which the principles of that branch of law have aptitude to have effect on different cultural conformations that somehow integrates the population under consideration in the criminal legal system. For this paper, the relevance of cultural aspects matters for the application of the surrounding society criminal law with regard to indigenous communities. From the approach of different models for assigning

criminal responsibility to Indians, adopted in many countries where there is this multicultural coexistence, it is intended to firm understanding about the importance of considering the indigeneous uses and costumes to, in this case, given the cultural conditioning to which the members of an indigeneous group are submitted, verify the existence of a crime and the culpability of the indians, as well as the capability of the punishment to produce its intended effect.

Keywords: Criminal law. Indians. Culpability. Criminal accountability. Multiculturalism. Culture. Cultural conditioning. Indian criminal law. Supralegal cause of culpability exclusion.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os índios e o direito penal. 2.1 A inimputabilidade dos índios como consequência da inferioridade de sua cultura. 2.2 O reconhecimento do direito penal indígena. 3 As repercussões das diferenças culturais nos elementos do crime. 4 Conclusões.

1 Introdução

O princípio da culpabilidade, um dos pilares sobre o qual se assenta a dogmática jurídico-penal, em sua dúplice virtude, é a um só tempo fundamento da pena e do *jus puniendi* estatal (PALAZZO, 1989, p. 52), numa perspectiva *eticizante* que interpenetra os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

No propósito de densificar tal princípio, procura-se fundamentar a culpa na ideia *liberdade concreta* quanto à decisão de se praticar ou não determinada conduta tipificada como crime. A discussão sempre gravitou sem resposta definitiva em torno do livre arbítrio e de como afirmar se, no caso concreto, o agente exerceu a conduta de forma livre.

Diante desse dilema, há quem suscite a insuficiência dessa abordagem da culpa no terreno movediço do livre arbítrio, defendendo que o princípio da culpabilidade, em razão de sua dimensão constitucional, impõe que a culpa venha a assumir um conteúdo social ainda em evolução, no qual devem ser considerados não apenas o plano pessoal mas também os demais membros do grupo, cujas condutas devem ser reguladas pelo direito.

Seguindo a trilha aberta por essa nova linha de debate, parece oportuno discutir sobre o papel que deve ter o princípio da culpabilidade nas sociedades multiculturais onde se inserem as comunidades indígenas. Isso porque, se nas sociedades menos heterogêneas muitos são os questionamentos sobre a capacidade das pessoas de serem motivadas pelas normas de proibição e agirem em conformidade com o direito (SILVA DIAS, 1996, p. 210), com maior razão se deve investigar sobre tal possibilidade quanto às pessoas que se desenvolveram com base em princípios éticos e morais culturalmente diferentes daqueles do grupo majoritário, responsável pela produção das normas jurídicas.

O debate se torna ainda mais fértil à luz do Estado de Direito Democrático, que reconhece e tem no pluralismo, inclusive cultural, um de seus fundamentos mais expressivos.

São essas as inquietações que mobilizam o presente artigo, que se propõe a não perder de vista o conflito entre o direito posto pela sociedade envolvente e os costumes dos povos indígenas, decorrentes de valores éticos e culturais diferentes.

2 Os índios e o direito penal

No que toca aos índios, os conflitos advindos do choque de culturas têm suscitado diferentes soluções, considerando distintos modelos de atribuição de responsabilidade penal a eles nos ordenamentos jurídico-penais dos diversos países em que o problema aparece.

Numa das extremidades dessa linha de possíveis soluções, surge a não consideração do aspecto cultural, em que aos índios devem ser aplicadas as normas penais sem a consideração de sua particular conformação cultural.

Num eixo intermediário, a diversidade cultural, enquanto princípio, já impõe a apropriação pelo direito de regras que garantem aos índios um tratamento diferenciado, com fundamento na consideração, no caso concreto, das concepções resultantes de seu modo de vida.

No outro extremo, aparece a abertura ao reconhecimento do direito penal indígena, que, com suas normas costumeiras, deve regular as relações jurídicas travadas no seio da coletividade, abrindo espaço para um pluralismo jurídico mais efetivo.

2.1 A inimizabilidade dos índios como consequência da inferioridade de sua cultura

De acordo com esse modelo, os índios são considerados imputáveis ou não a depender do *grau de integração* resultante de um *processo educativo* (DIAS, 1996, p. 222) manejado e compreendido com fundamento na visão do bem e do mal da cultura preponderante.

A inimizabilidade dos índios decorreria de seu estágio de aculturação: os índios isolados seriam inimputáveis por deficiência ou imaturidade mental; os *integrados*, sempre imputáveis; e os em *vias de integração*, a depender de laudo pericial para ter definida a sua capacidade de culpa.

A consideração de culpa para quem se alinha a essa corrente de pensamento se vincula à classificação dos índios constante no art. 4º do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973):

Art. 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Esse modo de ver a culpabilidade indígena decorre de uma visão etnocêntrica, em que o índio é equiparado a quem tem formação mental incompleta, por imaturidade ou debilidade mental. Conforme esse ponto de vista, forma-se até os dias de hoje vasta jurisprudência no Brasil¹, que situa a culpabilidade dos índios exclusivamente no campo da inimputabilidade por incapacidade mental, segundo a fórmula da integração social acima exposta.

Tal concepção parte de pressupostos falsos. O índio é, na realidade, ser cultural, que nasce e cresce assimilando valores de acordo com o seu particular modo de vida. No seio de sua comunidade, apresenta-se em regra como fiel cumpridor de suas obrigações e das normas de convivência (DURAN, 1991, p. 22).

Assim, é incorreto afirmar que o índio sadio e adulto seja mentalmente incapaz ou imaturo. O que ele tem é cultura diferenciada, que abriga em seu universo regras de convivência sobre parentesco, trabalho, poder de decisão, representatividade e até mesmo a previsão, preponderantemente costumeira, de aplicação de penalidades no caso de violação, podendo identificar plenamente os conceitos do bem e do mal na percepção das consequências de seus atos de acordo com o seu modo de viver e se relacionar com o semelhante e com a natureza.

Sintetizando a inadequação constitucional desse modo de compreender a culpabilidade dos índios, Silva Dias (1996, p. 224) aponta para a visão racista e paternalista desse modelo, que não atenta para o valor do pluralismo, por considerar exclusivamente a cultura domi-

1 Acórdãos do Supremo Tribunal Federal: HC n. 85.198/MA, rel. min. Eros Grau, julgamento em 17.11.2005, publicado no *DJ* de 9 dez. 2005, p. 16; HC n. 79.530/PA, rel. min. Ilmar Galvão, julgamento em 16.12.1999, publicado no *DJ* de 25 fev. 2000, p. 53; RHC n. 6.4476/MG, rel. min. Carlos Madeira, julgamento em 10.10.1986, publicado no *DJ* de 31 out. 1986, p. 20.922; e RE n. 97.065/AM, rel. min. Djaci Falcao, julgamento em 26.10.1982, publicado no *DJ* de 19 nov. 1982, p. 11.786. Nesses julgados, o STF aplica o art. 26 do Código Penal Brasileiro: “Art. 26. 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”.

nante e o processo educativo de assimilação desses valores pelos silvícolas, numa perspectiva de domínio de uma cultura sobre outra.

Não se pode falar em superioridade cultural nem mesmo em maior ou menor valor moral das diferentes culturas que se entrelaçam numa sociedade multicultural. *A priori*, nenhuma cultura é moralmente mais valiosa que outra (NUSSBAUM, 1999, p. 15). Sustentar a responsabilidade penal dos índios sob o paradigma de uma formação mental incompleta ou deformada significa afirmar que os valores culturais do mundo que se diz civilizado devem prevalecer, e que as tradições e costumes indígenas podem ser avaliados segundo critérios de verdade e falsidade em comparação aos da sociedade envolvente, abandonando o significado que determinado fato tem dentro daquela cultura específica.

Disso resulta, de acordo com o Estado de Direito Democrático, que abraça os princípios da dignidade da pessoa humana, do pluralismo, da diversidade cultural e da culpabilidade (DOMETILA, 1992, p. 4), que não se pode situar a responsabilização penal dos índios com base no pressuposto de que a cultura desses povos é inferior e que eles devem ser considerados seres humanos mentalmente subdesenvolvidos, equiparados às crianças ou aos portadores de alguma anomalia psíquica.

2.2 O reconhecimento do direito penal indígena

Nas últimas décadas, tem-se reclamado uma revisão da política de reconhecimento dos direitos das minorias como compensação pelos danos causados no passado, quando tais grupos foram perdendo a sua identidade pela ausência ou pelo reconhecimento errôneo por parte dos outros (TAYLOR, 2000, p. 241-242), a exemplo da imagem de *incivilizados* que foi criada acerca dos povos indígenas.

Esse novo movimento foi possível a partir do *colapso das hierarquias sociais*, com a mudança de percurso do valor *honra* para o valor *dignidade*, que, na sua perspectiva *universalizante*, por todos pode ser partilhada (TAYLOR, 2000, p. 242). Essa é apenas parte da trajetória, que se aperfeiçoa com a passagem da ideia de igual dignidade para a polí-

tica da identidade diferenciada referenciada na dignidade social (LA FUENTE, 2005, p. 314), irradiando-se para o plano coletivo o direito a essa identidade, mediante a adoção de políticas públicas que privilegiem as diferenças, e quebrando a hegemonia da cultura dominante, responsável, entre outras funções, pela produção de normas jurídicas.

O direito constitucional dos países que se anunciam um Estado de Direito Democrático abre necessariamente espaço para o reconhecimento de uma sociedade plural, mas na prática nega os instrumentos para que tal direito se concretize (BACENAS, 2006, p. 103). Uma verdadeira política de reconhecimento impõe a aceitação da autonomia e validade a um direito penal indígena, apto a resolver as lides penais que envolvam os membros da comunidade indígena, de acordo com os seus princípios e procedimentos.

Assimilando tal política como diretriz de direito internacional, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho prevê² que os Estados deverão respeitar os métodos pelos quais os povos indígenas costumemente resolvem os conflitos penais que surgem no âmbito das respectivas sociedades, tendo como limites os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Os índios, de acordo com seus usos e costumes, aplicam sanções aos que transgridem as normas de convivência estabelecidas pelo grupo a que pertencem, observadas certas particularidades decorrentes de seu modo de vida, tradições e crenças.

A indagação natural a se fazer é se a ferramenta muitas vezes utilizada pelos índios para resolver seus conflitos é mesmo um direito, ou melhor, se é um sistema de linguagem normativa (ROBLES, 2007, p. 36) e que posição ocupa em relação ao ordenamento estatal. Nem sempre o modo de resolver os conflitos no seio de uma comunidade indígena será direito, na concepção da cultura dominante.

2 “Artigo 9º 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.”

No entanto, como lembra Borja Jimenez (2001, p. 107), nas áreas habitadas pelos índios, geralmente o Estado se faz ausente e dele não se espera a solução dos conflitos. Assim, as regras costumeiras adotadas e reconhecidas pelos grupos minoritários funcionalmente são normas de direito para esses povos, as quais são expressas por intermédio de uma linguagem que respeita a identidade cultural deles, segundo perspectivas de mediação, e abrem espaço para uma consciência jurídica coletiva que resulta no cumprimento voluntário dessas normas e na pacificação social.

Na verdade, para tais grupos, as regras de convivência reconhecidas como exigíveis e cuja violação importa em sanção são normas de direito, reflexo das lutas e conquistas da história de vida daqueles grupos, que se organizam num quadro de ausência do Estado.

Além disso, historicamente os índios foram excluídos do contrato social que legitimaria a apreciação de seus atos pelo poder estatal constituído. Apartados do contrato social, o direito estatal perde, em determinado grau, quanto a eles, legitimidade para ditar e proteger seus direitos fundamentais.

Nessa ordem de ideias, o *ser direito* deve ser compreendido de acordo com a capacidade de resolver os conflitos e impor sanções, alcançando a paz social. E a posição do direito indígena frente ao estatal depende de como um vê o outro. Para o direito estatal, o indígena sempre estará abaixo de si ou ao seu lado. Para o direito indígena, o espelho reflete a ideia contrária. É mera questão de referência.

Diversos países legitimam expressamente na própria Constituição o direito e a jurisdição indígenas. O Equador³, a Colômbia⁴ e a

3 “Art. 191. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.”

4 “Artículo 246. As autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la

Bolívia⁵ reconhecem a jurisdição e o direito indígena, cujo suporte de validade corresponde à compatibilidade com a Constituição e as leis dos respectivos países. Por sua vez, o Peru⁶ tem nos direitos fundamentais da pessoa humana o limite de validade para o direito penal indígena.

Muito embora tais países reconheçam o direito indígena e as suas instituições, estabelece-se entre aquele e o direito estatal uma relação de continência e dependência, em que o direito indígena está contido e é subordinado ao direito estatal, sem que possa desbordar dos direitos entendidos como fundamentais pelo ordenamento estatal, que serve de baliza de validação.

Em sede jurisprudencial, o debate mais produtivo em torno do reconhecimento do direito penal indígena vem sendo travado no âmbito da Corte Constitucional da Colômbia, que veio a elaborar uma verdadeira teoria científica sobre o *diálogo possível* entre o direito estatal e o indígena, a partir dos seguintes contornos interpretativos⁷:

- a) reconhecimento da tensão entre o princípio da diversidade étnica e cultural frente aos direitos fundamentais postos na Constituição e nas leis do país, a ser resolvida no caso concreto;

República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

- 5 “Artículo 171 - III - Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.”
- 6 “Artículo 149. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.”
- 7 A principal decisão que exterioriza o entendimento da Corte Constitucional é a *Sentencia T-254/94*, que pode ser lida em <http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?id sitio=2>. Outras decisões da Corte Constitucional a complementam em determinados aspectos e constituem verdadeiras referências para o direito penal indígena: C-139/96, C-591/05, T-523/97, T-606/01, T-728/02, T-552/03, T-811/04 e T-1294/05.

- b) a prevalência das normas costumeiras indígenas sobre as legais estatais, como forma de preservar a cultura e diversidade étnica, salvo quando as últimas protegerem um valor *constitucionalmente superior* ao da diversidade étnica e cultural, a ser balizado no caso concreto pela proporcionalidade;
- c) o *processo no direito indígena* deve respeitar as garantias processuais que compõem um *núcleo essencial mínimo do devido processo legal*;
- d) observância ao princípio da culpabilidade, o que levou a Corte, no caso concreto, a anular pena de expulsão e de confisco aplicada pela jurisdição indígena em razão de a sanção ter se estendido à família do suposto infrator;
- e) o âmbito de aplicação do direito indígena, que se restringe aos fatos ocorridos dentro do território indígena e desde que autor seja indígena, sem que possa se irradiar para além do território indígena e ser aplicado a quem não seja índio.

Modelo como o adotado pelos países referidos, a despeito de valorizar os princípios da autodeterminação dos povos e da diversidade cultural, representando um significativo avanço de política de reconhecimento, nem sempre corresponde plenamente à necessidade de reconhecimento desses povos, porquanto não assimila em sua plenitude a diversidade cultural (TAYLOR, 2000, p. 42).

Borja Jimenez (2001. p. 117-150) aponta particularidades do direito penal indígena que existem por causa do modo de vida dos respectivos povos que o produzem, as quais podem gerar sérias incompatibilidades com o direito estatal.

A primeira delas decorre de ser o direito penal indígena, em regra, consuetudinário, construído com base nos costumes e repassado por via oral de geração a geração. Em razão disso, não se pode exigir a observância de uma tipicidade baseada na legalidade, ainda que o direito penal estatal se apoie na legalidade estrita. Na consecução dos fins do direito, tal flexibilidade não representa ofensa ao princípio da segurança jurídica, uma vez que as normas de proibição podem ser

assimiladas, sem maiores dificuldades, pelo grupo, que participa ao longo do tempo da criação e confirmação das normas costumeiras, legitimando-as democraticamente, sem que possa alegar o desconhecimento das proibições e de seus efeitos. E disso decorre ainda uma maior flexibilidade para as causas de desculpa, que igualmente não precisam seguir um rol taxativo, respeitando as necessidades de prevenção da comunidade.

Uma segunda consideração é a de que o princípio da culpabilidade deve ser revisitado no direito penal indígena para assimilar um conteúdo compatível com o bem jurídico coletivo, em detrimento do individualismo que o orienta na concepção tradicional. Essa revisão se faz necessária com base no exame do modo de vida desses povos, em que o interesse do grupo se sobrepõe ao individual como forma de propiciar a paz social e a manutenção do sentimento de identidade, como proteção aos ataques frequentes da cultura dominante que insiste em se impor. Assim, muitas vezes é comum que a pena aplicada a determinado infrator atinja não somente a si mas também ao grupo a que pertence, como única possibilidade de restaurar a paz social.

Complementando essa face particular da culpabilidade do direito indígena, em algumas comunidades as crenças espirituais levam à condenação sem possibilidade de defesa, uma vez que o *mundo espiritual* prevalece sobre a *verdade real*, num modelo reverso ao que privilegia o princípio da presunção da inocência. Outras particularidades podem ser apontadas, a exemplo do rito processual e dos tipos de penas, mas não cabe aqui aprofundar tais especificidades.

Nesse contexto, o reconhecimento do direito penal indígena é o passo mais avançado no sentido de firmar a identidade e privilegiar a cultura diferente desses povos. Esbarra, no entanto, tanto no plano internacional como no local, na observância dos direitos humanos fundamentais e na abertura a novos paradigmas do princípio da culpabilidade, que não podem chegar a comprometer a essência do princípio, porquanto assim ele deixaria de ser o que é para ser outra coisa.

3 As repercussões das diferenças culturais nos elementos do crime

Uma terceira via de resposta ao problema levantado neste artigo consiste em apropriar os aspectos culturais nos elementos do crime. O lugar mais inclinado à assimilação das diferenças culturais no âmbito do direito penal é o da esfera da culpa, em que se pode melhor identificar o sentido que o agente imprime à sua conduta, liberando-o do juízo de censura pela violação sem implicar a regulamentação do comportamento de outros indivíduos (PALMA, 1995, p. 55).

A primeira abordagem se situa no campo da consciência da ilicitude. Muitas comunidades indígenas poderão estar em situação de total ou parcial alienação sobre o direito estatal ou parte dele, desconhecendo as normas de proibição. Se a culpabilidade é a realização do injusto, apesar da idoneidade para ser destinatário das normas de proibição e da capacidade de agir de conformidade com o direito, só pode ser motivado aquele que conhece a proibição e responsabilizado o que, mesmo assim, não se absteve sem justa causa de praticá-la.

O desconhecimento da ilicitude reporta-se à lógica de que, sendo defeito cognitivo, deve exonerar a responsabilidade⁸. Figueiredo Dias (2000, p. 380) acentua que, se o agente não conhece a norma proibitiva, não alcança a consciência da ilicitude, errando com base naquilo que denomina *falta de ciência* e não pelo *engano de sua consciência*.

O fato é que o agente somente pode alcançar proibições que sejam legítimas (FIGUEIREDO DIAS, 2000, p. 79), e a culpabilidade material somente pode se realizar com fundamento nesse juízo de legitimidade,

8 Jakobs ressalta a diferença entre defeito cognitivo e volitivo, em que o segundo constitui infidelidade à norma penal e deve agravar a pena, enquanto no primeiro, quanto maior a dificuldade de superar o desconhecimento, menor será a culpabilidade. Mas nem sempre foi assim. No século XIX, em razão do postulado *error iuris nocet*, não se escusava a culpa em razão do desconhecimento da lei, como forma de minimizar os riscos pelos quais passava uma sociedade burguesa nascente, a interagir em novas relações comerciais naquela época, com parceiros de outros países e origens. (JAKOBS, Günther. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1996, p. 20 e 34).

que guarda íntima correlação com a função motivadora da norma penal, viável a partir do processo de socialização do indivíduo. A inexistência desse processo ou qualquer alteração dele é causa suficiente para que se quebre o vínculo que liga o sujeito à norma, com base no qual se pode exigir o cumprimento do comando ou a abstenção da prática da conduta proibida, principalmente se, de acordo com a sua consciência, aquela conduta é correta e dela não resulta uma *autocontradição* (JAKOBS, 1996, p. 58-59). Mais uma vez, ressalta-se que a norma jurídica perde legitimidade e com isso a culpabilidade material não se perfaz.

Assim fica claro que a formação cultural diferente pode comprometer a *função motivadora da norma penal*, que somente se realiza com fundamento em um longo percurso de integração social comunicativa, que supõe a convivência consciente no grupo responsável pela produção das normas jurídicas proibitivas, fundamentadas em um padrão cultural que elege determinadas condutas como ilícitas e prevê, para determinadas situações, causas de exclusão da ilicitude ou da culpa, num sistema que, em face dos condicionamentos culturais dominantes, tende à rigidez no reconhecimento dessas mesmas causas.

Aí nasce a dificuldade de reconhecer, para as comunidades mais próximas da cultura dominante, o favor do *desconhecimento da lei*. Os índios que vestem roupas iguais às nossas, que se alfabetizaram e muitas vezes sequer mantêm a língua materna não poderiam ser abrigados por essa escusa. Por isso, nem a doutrina do desconhecimento da lei nem o erro de proibição puro e simples conseguem abarcar todas as faces do problema no seio de culturas diferentes convivendo num mesmo espaço jurídico.

A título de exemplo, inúmeras são as práticas realizadas no âmbito das comunidades indígenas da América Latina que colidem com o direito penal estatal, em que os agentes conhecem ou poderiam, sem grande esforço, conhecer a proibição. Julio Galdos (2003, p. 33-36) cita algumas dessas práticas que ocorrem no Peru, entre as quais a *orkofesta*⁹, que envolve diferentes grupos e um grande número de pessoas,

9 Em Juli, capital de Chuquito, em 15 de setembro de cada ano, dois grupos de agricultores da comunidade *Huaylluni* lutam incessantemente com o intuito de prognosticar, desse

a *utjasina*¹⁰, a marca do adultério nos *Aguaruanas*¹¹ e o sacrifício dos deficientes na região de Cuzco¹².

Nesses casos citados, ainda que as comunidades indígenas tenham um elevado nível de comunicação com a sociedade envolvente, com base no qual se poderia concluir pelo conhecimento da proibição e de seus efeitos, os diferentes *sistemas de valores éticos e culturais* importam na consideração de que aquela conduta é normal e aceita dentro do grupo a que pertencem, impedindo que a norma seja *internalizada* (MUÑOZ CONDE, 1988, p. 158). Os que as praticam não conseguem reconhecer ter feito algo proibido e para eles a norma penal não alcança a pretendida função motivadora. Muito menos alcançaria qualquer fim preventivo, geral ou especial, a imposição de uma pena.

Não obstante tal dificuldade de internalização do comando normativo, dificilmente seria reconhecida em favor de quem pratica tais fatos qualquer causa de exclusão de culpabilidade, dada a inflexibilidade do ordenamento jurídico estatal e principalmente em razão do avançado *processo educativo* de integração, em que as diferenças culturais residuais passam a serem ainda menos toleradas. Quanto mais intensa a

modo, a qual deles as colheitas favorecerão. Quem sair menos lesionado será premiado pela mãe natureza. As normas jurídicas proibitivas de tal prática são bastante conhecidas pelos grupos, mas eles não deixam de cumprir o ritual que muitas vezes resulta em graves lesões para os participantes.

- 10 Prática dos campesinos de Puno, Ayacucho y Huancavelica, de raptar mulher para com ela viver por prazo não superior a doze meses, ao término do qual, se surgir uma relação afetiva e a disposição de formar família, pode haver o casamento. Não se formando esse vínculo no *período de prova*, o raptor devolve a raptada, que inclusive pode estar grávida e normalmente tem o direito de livrar-se da criança, considerado *hijo de las rocas*, que será abandonado à própria sorte nas geladas cordilheiras.
- 11 Em Alto Marañon, no seio dos Aguaruanas, se alguém é descoberto em adultério deve sofrer três profundos e extensos cortes no couro cabeludo, para que seja identificado pelo grupo como adúltero.
- 12 Em Ayacucho, Cuzco e Apurímac, em que a população recorre à agricultura como meio de sobrevivência, em épocas de estiagem, que são a maioria, os índios atribuem a falta de água à ausência de sacrifícios em favor das divindades. Tal crença levava, até bem pouco tempo, ao convencimento de que deveria ser enterrado, ainda vivo e embriagado, para evitar o sofrimento, um deficiente físico junto ao manancial do rio.

possibilidade de conhecimento da proibição, mais estreito o caminho do reconhecimento do erro de direito.

Atento a esse problema, Zaffaroni (2002, p. 542-548) propõe uma especificação do erro de direito em que, a despeito do conhecimento da proibição, as diferenças culturais resultam na dificuldade de orientação por normas e não mais de valoração de normas. Começa por distinguir erro de proibição e erro de compreensão, em que o último seria uma especificação daquele, no sentido de que recai na incapacidade de *internalização* da norma proibitiva, por mais que seja conhecida. Segue na direção do *erro de compreensão culturalmente condicionado*, que aponta para a exclusão de culpabilidade sempre que a norma de proibição não possa motivar aquele que se desenvolveu sob cultura diferente, não lhe sendo possível adaptar-se às pautas de conduta da cultura dominante.

A teoria de Zaffaroni observa a diversidade cultural e propõe uma solução de tolerância bastante razoável, a ensejar um diálogo de culturas que pode ser assimilado pelo direito penal, em que pese o equívoco de seu entendimento de que nesses casos, embora não haja culpabilidade, pode ser cabível medida de segurança.

A Colômbia¹³ e o Peru¹⁴ consagram em seu direito penal a teoria do erro culturalmente condicionado. Neste último país, o condicionamento cultural pode dar lugar a mais de um grau de liberação da culpa, dependendo da comprovação da censurabilidade do erro, o que se afigura como equívoco, uma vez que a solução para esse tipo específico de erro deve ser uma somente. Uma vez constatado o condicio-

13 (Código Penal – COLÔMBIA – Erro de proibição direto) “Artículo 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la *capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión*, por inmadurez psicológica, trastorno mental, *diversidad sociocultural* o estados similares.” [grifos nossos].

14 (Código Penal – PERU) “Artículo 15. Error de comprensión culturalmente condicionado – *El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión*, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuída, se atenuará la pena.” [grifos nossos].

namento cultural do qual resulta o erro de compreensão, deve ser caso de exclusão da culpabilidade pela dificuldade no caso concreto de se valorar o *grau de reprovabilidade* dessa conduta.

Em síntese, justifica-se a isenção de culpa do que se acha em erro de compreensão culturalmente condicionado porque não descumpra a norma por infidelidade *ético-volitiva* e não se encontra sob *autocontradição*, exatamente por entender que aquela prática é tida como válida ou necessária no seio da sua comunidade.

A par disso, com inteira razão observou Zaffaroni (2002, p. 549) que o condicionamento cultural pode dar lugar a outras soluções diferentes do erro de compreensão, podendo repousar no campo da anti-juridicidade. A diferença entre ser causa de justificação e ser de desculpa é a propensão da primeira em se irradiar para além da conduta do agente, por intermédio de uma valoração *plurisubjetiva* a se apoiar numa lógica de ponderação de interesses.

Assim é que pode ser justificada a conduta atribuída a alguns grupos de índios brasileiros de promover o desmatamento de espécies vegetais especialmente protegidas, para a produção de artesanato ou outras práticas culturais que têm a ver com o seu modo de vida. Aqui, no contraste entre a diversidade cultural e a proteção ao meio ambiente, a balança pende com razoável facilidade para o *elogio da diversidade* (SILVA DIAS, 1996, p. 216). O mesmo não se pode dizer de uma prática de exploração de minério em terras indígenas, que nada tem a ver com o modo de vida dos índios e, por tal razão, não se cogita de ponderação entre aqueles mesmos interesses. Nesse caso, presente a consciência da ilicitude, em princípio não lhes socorrerá qualquer causa de justificação ou de exclusão da culpa.

É certo que a cultura também pode levar a uma não responsabilização no terreno da tipicidade. Foi o que concluiu Silva Dias (1996, p. 227-228) ao analisar o infanticídio-ritual na Guiné-Bissau, onde ficou constatada a representação que as mães faziam de seus filhos recém-nascidos como se fossem um *ucó*, espécie de espírito maligno, afastando a tipicidade da conduta pela falta de realização do tipo objetivo *matar alguém*, já que na sua concepção de vida aquele ser não era humano.

4 Conclusões

Nesse quadro de ideias, é possível apontar as seguintes conclusões:

1) O Estado de Direito Democrático, do qual decorre necessariamente a positivação dos princípios da diversidade cultural, pluralismo e culpabilidade, impõe o reconhecimento do direito penal indígena, de modo a respeitar-se a forma utilizada pelos índios para a solução dos conflitos que venham a se instaurar no âmbito de seu território, resguardados os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

2) Ainda que não reconhecida autonomia ao direito penal indígena, o direito penal estatal que se funda no Estado de Direito Democrático deve absorver as diferenças culturais como concretização material do princípio da culpabilidade, em razão do que cabe a aplicação de causas supraleais de exclusão da culpa e de justificação, e ainda a consideração da ausência da tipicidade do fato, a serem analisadas no caso concreto de acordo com a valoração das práticas que se inserem no contexto da diversidade e do condicionamento cultural dos povos indígenas, como condição inarredável de imputação subjetiva.

3) A incidência do direito penal no âmbito das comunidades indígenas deve obediência ainda aos fins das penas, não podendo se dissociar dos aspectos de prevenção geral, no sentido prospectivo, e especial, no propósito de socialização, em tese pouco conciliáveis com o mandato de mínima intervenção do direito penal em face do respeito à identidade e condicionamentos culturais desses povos.

4) Desprezar os condicionamentos culturais dos índios é negar vigência ao princípio da culpabilidade e optar pela perda da racionalidade na aplicação do direito que, nas palavras de Hannah Arendt, torna os indivíduos “supérfluos e descartáveis”, dizimados em campos de concentração.

5) É exigência de um Estado de Direito Democrático impedir a dizimação de culturas que são diferentes, que são minorias. Pode-se afirmar que, em nome de um Estado de Direito Democrático e do princípio da culpabilidade na sua vertente limitativa do poder punitivo estatal, o condicionamento cultural é fator que deve ser conside-

rado na apreciação de qualquer conduta, podendo descaracterizar ora a tipicidade, ora a ilicitude e, por fim, a culpa, em que se encontra campo mais aberto a um *freio no direito penal*, em razão do alcance e natureza dos elementos que a compõem.

6) No sistema jurídico-penal brasileiro, temos como plenamente possível de ser aplicada uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, decorrente do condicionamento cultural dos índios.

7) Importa assegurar, em todo e qualquer caso, uma ideia de justiça penal que contemple o pluralismo, não como um consenso de valores (RAWLS, 1993, p. 149), mas como um espaço aberto para dialogar com as outras culturas (PARECK, 2000, p. 338). Nisso tem lugar o compromisso de, nas sociedades, analisar *culturalmente* a conduta em todas as suas especificidades, para só depois de afastar qualquer causa de exclusão da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, ter como configurado o delito, sem perder de vista outro aspecto igualmente importante: o atendimento dos fins da pena.

Referências

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

CABEDO MALLOL, Vicente. *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. Valencia: Editorial de La UPV, 2004.

DIAS, Augusto Silva. Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, ano 6, n. 2, abr./jun. 1996.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed., Coimbra: Coimbra. 2000.

_____. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume comemorativo. Coimbra, 2003.

FRAGOSO, Heleno. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GALDOS, Julio. El condicionamento cultural en el derecho penal peruano, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, ano 11, n. 43, abr./jun. 2003.

JAKOBS, Gunther. *Fundamentos del derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1996.

LIMA DE CARVALHO, Márcia Dometila. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

LOPES BÁRCENAS, Francisco. *Autonomia y derechos indígenas em México*. Bilbao: Universidade de Deusto, 2006.

LÓPEZ FUENTES, José Luis. *Los derechos de los pueblos indígenas*. Málaga: Centro de Ediciones de la disputación de Málaga, 2006.

MARCZYNSKI, Solange Rita. Índios: temas polêmicos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 24, n. 93, jan./mar. 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NEUMANN, Ulfrid. Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva. 10 teses. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* [propriedade

do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais]. Tradução de Antônio Martins do artigo original: Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention – 10Thesen. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n. 63, nov./dez. 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUSSBAUM, Martha (Org.). *Patriotismo y cosmopolitismo en los límites del patriotismo*. Tradução de Carmen Castells. Barcelona: Paidós, 1999.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

PALMA, Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Casos e materiais de direito penal*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Justificação em direito penal: conceito, princípios e limites*. Jornadas de homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira. Coimbra: Almedina, 1995

PAREKH, Bhikhu. *Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas: Dykinson, 2005.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *Pluralismo jurídico y relaciones interstémicas: ensaio de teoría comunicacional del derecho*. Espanha: Thomson Civitas, 2007.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 46, jan./fev. 2004.

SCHUNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: Ed. B de F, 2005.

_____. *Manual de Derecho Penal – parte general*. Sociedade Anônima Editora, Comercial, Industrial y Financeira, Buenos Aires, sexta edição (primeira reimpressão), 2002.