

**Fábio Bastos Stica**

**A POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E O POVO  
YANOMAMI**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais – sub-área Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques.

**SÃO PAULO / SP  
2010**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**Banca Examinadora**

---

---

---

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer ao Ministério Público do Estado de Roraima, nas pessoas da Doutora **Cleonice Andrigo Vieira da Silva**, Procuradora-Geral de Justiça e do Doutor **Alessandro Tramuja Assad**, ex-Procurador-Geral de Justiça, que me possibilitou o afastamento por um período afim de cursar os créditos do Mestrado;

Ao **Professor Antonio Valdeci Nobles**, a quem recorri em inúmeros momentos, buscando o auxílio necessário para a conclusão do presente trabalho;

Ao amigo **Wagner Seleme Possebon**, sempre disposto e prestativo.

Ao Professor Doutor **Marco Antonio de Barros**, uma das primeiras pessoas a tomar conhecimento da intenção de desenvolver um estudo sobre o tema, dando-me integral apoio;

Por fim, meu agradecimento especial ao Professor Doutor **Oswaldo Henrique Duek Marques**, que mais que orientador, tornou-se um amigo fraterno e sempre me incentivou, não deixando esmorecer mesmo nos momentos de maior dificuldade.

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha esposa **Marcela** e meus amados filhos **Marcelle**, **Eduardo** e **Manuela**, desde logo pedindo desculpas pelo tempo que muitas vezes a eles neguei para que pudesse concluí-lo.

Aos meus pais **José** e **Marília**, sempre presentes em minha vida.

Aos meus sogros **Antonio** e **Ivone**, que sempre me apoiam.

## RESUMO

Este trabalho tem o intuito de apresentar uma forma diferenciada de encarar a problemática penal do indígena, considerando-o como um ser humano dotado de todas faculdades mentais, não se equiparando às pessoas com desenvolvimento mental incompleto, porém tendo sempre em vista a necessidade de reconhecimento de sua cultura e tradições.

O Brasil reconheceu aos indígenas, através do artigo 231 da Constituição Federal, o direito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. No entanto, ainda hoje os aplicadores da norma demonstram ter grande dificuldade em fazer valer o preceito constitucional, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, bem como a legislação infraconstitucional – Estatuto do Índio.

O trabalho busca um pouco da história dos povos primitivos em relação ao direito, especialmente no que tange aos nativos que aqui se encontravam por ocasião do descobrimento, abordando também os aspectos dogmáticos da culpabilidade.

Procura ainda trazer a lume situações práticas envolvendo indígenas em conflito com a lei penal e a tentativa de composição entre as duas culturas, respeitando-se as tradições para aplicação das penas.

Por fim, apresenta algumas situações que fazem parte do cotidiano do povo yanomami, mas que para o Direito Penal brasileiro são consideradas condutas ilícitas, valendo-se para tanto do contido na pesquisa de campo, através das entrevistas realizadas.

**Palavras-chave:** Direito Penal – Potencial consciência da ilicitude. Povos indígenas. Yanomami.

## ABSTRACT

This work aims to present a different way of looking at the issue of indian's criminal problem, considering him as a human being with all mental faculties, not equalized to people with incomplete mental development, but always bearing in mind the need to recognition of their culture and traditions.

Brazil recognized the indians, through Article 231 of the Federal Constitution, the right to social organization, customs, languages, beliefs and traditions. However, even today the law applicators have great difficulty in enforcing the constitutional precept, the Convention 169 of International Labour Organisation, and the infraconstitutional legislation - Statute of the Indian.

The work looks for a little of the history of primitive people related to the law, especially related to the natives who were here at the time of discovery, and also approaches the dogmatic aspects of the culpability.

It also brings to light practical situations involving indian peoples in conflict with Criminal Law and the attempted composition between the two cultures, respecting the traditions for the application of penalties.

Finally, it presents some situations that are part of everyday life of the Yanomami, but for the Brazilian Criminal Law are considered illegal conducts, availing for that the content of the accomplished interviews of the field research.

**Keywords:** Criminal Law. Potential awareness of illegality. Indian peoples. Yanomami.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>01</b>
<b>1. OS POVOS PRIMITIVOS E O DIREITO .....</b>	<b>09</b>
<b>1.1 Considerações introdutórias.....</b>	<b>09</b>
<b>1.2 O descobrimento do novo continente e o choque de culturas .....</b>	<b>16</b>
<b>1.3 A modernidade e o paradigma filosófico da alteridade .....</b>	<b>18</b>
<b>2. ÍNDIOS NA AMÉRICA E NO BRASIL E O POVO YANOMAMI .....</b>	<b>23</b>
<b>2.1 Origens na América e no Brasil .....</b>	<b>23</b>
2.1.1 Aspectos norteadores para definir Índio, povos e comunidade indígenas... 26	
2.1.2 Índios e a proteção do Estado.....29	
2.1.3 Os sistemas jurídicos dos povos indígenas .....	31
2.1.4 Os Povos Indígenas e o Direito Internacional .....	33
<b>2.2 O Povo Yanomami.....</b>	<b>34</b>
<b>3. CULPABILIDADE E POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE.....</b>	<b>40</b>
<b>3.1 Culpabilidade .....</b>	<b>40</b>
3.1.1 Conceito e teorias .....	40
3.1.2 Teoria Normativa Pura .....	44
<b>3.2 Elementos da Culpabilidade.....</b>	<b>45</b>
3.2.1 A imputabilidade.....	46
3.2.2 A exigibilidade de conduta diversa.....	49
<b>3.3 A potencial consciência da ilicitude .....</b>	<b>52</b>
3.3.1 Conceito .....	52
3.3.2 O objeto da consciência da ilicitude .....	56
3.3.3 Erro de proibição .....	60
3.3.3.1 Erro de proibição e Erro de tipo .....	60
3.3.3.2 Erro de proibição direto e indireto .....	64
3.3.3.3 Erro de proibição e ignorância da lei.....	67
3.3.3.4 Erro sobre o Direito Natural .....	68



<b>4. O RECONHECIMENTO DOS COSTUMES E TRADIÇÕES DOS POVOS INDÍGENAS PARA APLICAÇÃO DE REGRAS SANCIONADORAS .....</b>	<b>72</b>
<b>4.1 Caso Valdelício.....</b>	<b>72</b>
<b>4.2 Caso Basílio.....</b>	<b>77</b>
<b>5. A POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E O POVO YANOMAMI .....</b>	<b>83</b>
<b>5.1 Costumes do Povo Yanomami X Direito Penal .....</b>	<b>86</b>
5.1.1 Infanticídio.....	87
5.1.2 Estupro contra vulnerável.....	91
5.1.3 Destruição de cadáver .....	95
5.1.4 Crimes ambientais.....	96
<b>6. CONCLUSÕES .....</b>	<b>99</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>101</b>

## INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 21<sup>1</sup>, preceitua que a ninguém é lícito invocar o desconhecimento da lei para escusar-se do seu cumprimento, tornando-se tal disposição aceita e difundida entre todos os integrantes da comumente chamada “sociedade civilizada”.

Porém, não se pode olvidar que se vive em um país de dimensões continentais, com realidades diversas, por vezes parecendo habitar-se em vários países ao mesmo tempo, tamanha diversidade cultural, étnica, religiosa e de biotipos.

Nessa perspectiva, o presente estudo pretende abordar a problemática da consciência da ilicitude para a aplicação da lei penal, não se cuidando do inimputável por deficiência mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, nos termos do artigo 26 da lei adjetiva penal, mas focando as populações indígenas, em especial, o povo Yanomami, objeto deste trabalho.

Os Yanomami, também chamados lanomami, Yanoama ou Yanomani, em regra, são um povo que vive isolado do contato direto com o homem branco, habitando os mais remotos pontos da Região Norte do Brasil (Roraima e Amazonas)

---

<sup>1</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.

e sul da Venezuela, *grande parte terras montanhosas cobertas de floresta equatorial, o chamado Maciço das Guianas, geralmente acessível por aviões de pequeno porte*<sup>2</sup>, em condições extremamente rudimentares e primitivas, e que somente há poucas décadas iniciou seu contato com a dita “civilização branca”.

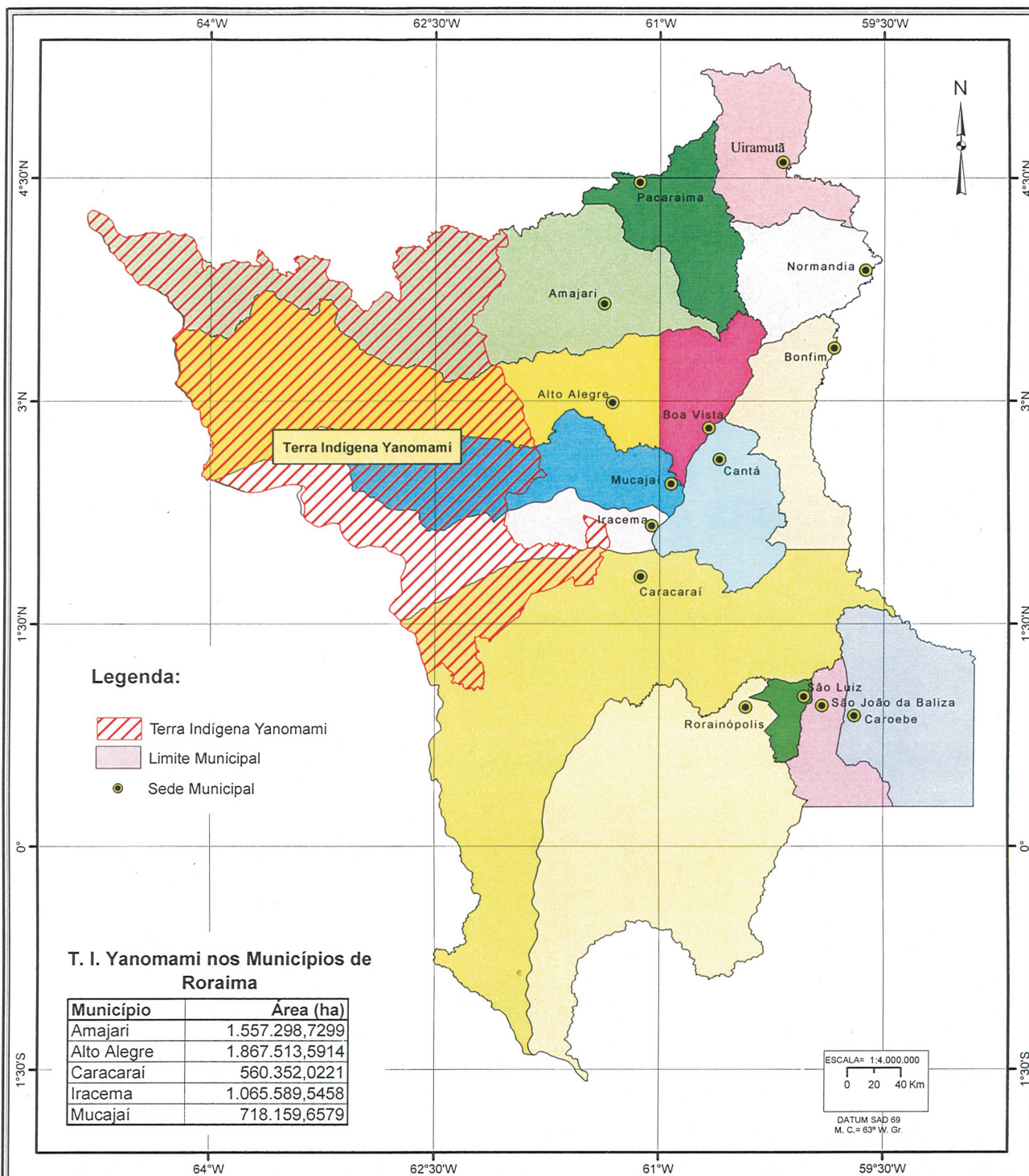
### ÁREA INDÍGENA YANOMAMI NO TERRITÓRIO BRASILEIRO<sup>3</sup>



Algumas comunidades desse povo estão localizadas relativamente próximas a pequenas cidades do Estado de Roraima, porém, em função das dificuldades próprias de seus locais de origem, como a falta de alimentos e remédios, entre outros, por vezes se aventuram em direção a elas, onde acabam por praticar algumas condutas. Estas consideradas, em nossa sociedade, ilícitos penais, mas para eles, fatos cotidianos e corriqueiros, não caracterizando nenhuma espécie de transgressão, sem serem, em suas comunidades, merecedores de qualquer reprimenda.

<sup>2</sup> RAMOS, Alcida Rita. *Categorias Étnicas do Pensamento Sunumá: Contrastes Intra e Inter-Étnicos*. Trabalhos de Ciências Sociais. Série Antropologia n° 45. Brasília/DF: Biblioteca da UNB, 1984.

<sup>3</sup> Mapa integrante do acervo da CCPY – Comissão Pró Yanomami - Responsável Técnico: Geógrafo Maurice Tomioka Nilsson, tendo como base a Carta do Brasil IBGE, ao milionésimo.



## ESTADO DE RORAIMA

### TERRA INDÍGENA YANOMAMI



GOVERNO DO ESTADO DE RORAIMA  
SECRETARIA DE PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO -SEPLAN  
CENTRO DE GEOTECNOLOGIA CARTOGRAFIA E PLANEJAMENTO TERRITORIAL -CGPTERR □

Este estudo pretende despertar a discussão acerca dos seguintes questionamentos: a) *Pode a legislação sobrepor-se a fatores culturais, os quais são reconhecidos pela própria Constituição Federal?* b) *Caso prevaleçam os valores culturais, pode ficar a população não pertencente àquela cultura desprotegida da tutela penal quando se vê vítima de um de seus integrantes?*

A mesma Constituição Federal, que em seu artigo 231<sup>4</sup>, garantiu aos povos indígenas o reconhecimento a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, entre outros, impõe ao Estado o dever de garantir aos cidadãos a segurança<sup>5</sup> e a igualdade perante as leis, assegurando a todos tratamento jurídico isonômico<sup>6</sup>.

Assim, no intuito de encontrar, senão respostas, alternativas aos questionamentos propostos, faz-se necessário buscar o auxílio da Antropologia para conhecer um pouco mais desse povo.

Para demonstrar as ideias centrais, o trabalho foi dividido em capítulos assim dispostos: 1 – Os Povos Primitivos e o Direito; 2 – Os Índios na América e no Brasil e o Povo Yanomami; 3 – Culpabilidade e Potencial Consciência da Ilícitude; 4 – O reconhecimento dos costumes e tradições dos povos indígenas para aplicação de regras sancionadoras; 5 – A potencial consciência da ilicitude e o povo Yanomami; 6 – Conclusão; 7 – Referências Bibliográficas.

No primeiro capítulo, intitulado “Os Povos Primitivos e o Direito”, tecer-se-ão considerações acerca do conhecimento e forma de resolução de conflitos pelos povos ditos primitivos, buscando na literatura suporte teórico e referencial sobre o tema.

---

<sup>4</sup> CF - Art 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

<sup>5</sup> CF - Art 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

<sup>6</sup> CF - Art 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Em se tratando de povos de cultura primitiva, sempre há que se abordar os componentes míticos dos quais são carregadas as decisões do grupo, pois algumas punições, se não aplicadas, segundo suas crenças, poderiam afrontar determinadas divindades e, por consequência, ser todo o grupo atingido, o que poderia fazer com que, muitas vezes, a “pena” ultrapassasse a pessoa do autor.

No segundo capítulo, “Os Índios na América e no Brasil e o Povo Yanomami”, tratar-se-á, em especial, sobre um povo pouco conhecido, e que, de certa forma, vive à margem da sociedade, posto que isolado em uma região de difícil acesso, mas ainda assim sujeito à ação, não raras vezes, nefasta do homem branco, a exemplo da exploração em suas terras dos garimpos clandestinos e ilegais. Ademais, abordar-se-ão aspectos sobre suas línguas, crenças, costumes e tradições, delimitando o espaço por eles ocupado.

Dando sequência, no terceiro capítulo, abordar-se-ão as causas de exclusão da Culpabilidade, com enfoque especial no entendimento doutrinário sobre a potencial consciência da ilicitude. Tratar-se-á, ainda, sobre o erro de proibição, distinguindo-o da simples ignorância da lei, e, por fim, acerca do erro sobre o direito natural.

No quarto capítulo, tratar-se-á do reconhecimento dos costumes e tradições dos povos indígenas para aplicação de regras sancionadoras, fazendo uma abordagem específica de dois casos judiciais tramitados no Estado de Roraima, demonstrando ser possível que a própria comunidade exerça o controle social, aplicando sanções culturalmente aceitas, materializando-se a idéia contida no artigo 231 da Constituição Federal.

No quinto, serão abordadas algumas condutas que se consideram contrárias ao ordenamento jurídico, mas que os Yanomami aceitam como fatos naturais, não imputando quaisquer sanções, a exemplo do incorretamente chamado infanticídio.

Para tanto, não se pode olvidar tratar-se de um povo que, em regra, vive isolado do contato com a sociedade branca, a qual editou as leis que pretende ver cumpridas por todos os nacionais e estrangeiros que se encontrem em solo brasileiro.

Porém, sua situação, em muito difere dos estrangeiros de passagem pelo País, os quais, ao cometerem um delito, não podem invocar o simples desconhecimento da legislação brasileira para eximir-se da responsabilidade penal, pois a maioria dos países, em especial os ocidentais, tem regras de conduta muito semelhantes. Os princípios gerais norteadores são sempre muito semelhantes, de forma que em poucas circunstâncias poderiam alegar total estranheza em relação à legislação.

No que tange à população eleita, o enfrentamento do tema deve levar em consideração sua dificuldade para compreensão do fenômeno jurídico, em especial das normas penais, posto que o choque cultural provocado é muito grande, sendo para eles incompreensíveis certas condutas por nós tipificadas.

Para enfrentar a problemática suscitada, abordar-se-ão delicadas situações: a prática do infanticídio e suas motivações, passando por iniciativas legislativas no sentido de contê-la através da sanção penal; a complexidade da iniciação sexual por menores de 14 (quatorze) anos, após a primeira menstruação; e aspectos corriqueiros como aqueles em que os indígenas se envolvem em pequenos furtos nas cidades, dentre outros.

A importância deste estudo cinge-se do fato de que para se chegar à conclusão de submissão de povos considerados primitivos às leis penais pátrias, devem eles ter consciência do caráter ilícito dos fatos praticados. Contrário *sensu*, parece que se se entender não terem consciência, ou agir sem qualquer previsibilidade da ocorrência do fato caracterizado como criminoso, a culpabilidade – elemento formador do crime – deixa de existir, e, por via de consequência, inexistirá o crime, não podendo acarretar nenhuma punição.

O Brasil, reitera-se, país que em sua Carta Magna<sup>7</sup> reconheceu aos indígenas o direito à sua organização social, aos seus costumes e tradições, não pode simplesmente ignorá-los por ocasião da aplicação da lei penal.

---

<sup>7</sup> Art. 231 – São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Entretanto, não é o que ocorre na prática. Em muitos casos, o aplicador da lei não leva em consideração as diferenças culturais e de costumes e, ao deparar-se com um ilícito praticado por um indígena, dá-lhe o mesmo tratamento dispensado àquele pertencente à sociedade civilizada.

Aqui não se pretende fazer nenhuma crítica direta aos operadores do direito, mas sim ao sistema que ainda não se adaptou aos comandos constitucionais nesse tópico, sendo imperioso refletir-se sobre a necessidade da criação de uma justiça verdadeiramente especializada, não necessariamente a Federal, para, valendo-se da Antropologia e da participação de representantes dos povos indígenas, chegar à melhor forma de resolução dos conflitos, respeitando sempre as diferenças culturais.

Como dito no início, o Brasil é um país de dimensões continentais e pluriétnico, portanto não pode ignorar a jusdiversidade existente em seu vasto território.

A metodologia empregada para o desenvolvimento deste trabalho se valeu da pesquisa de campo por meio de entrevistas, sendo uma delas com um importante líder da etnia em destaque, um *xamã* reconhecido internacionalmente por levar a luta em defesa de seu povo e da floresta para além dos limites brasileiros, condecorado em 1989, pela ONU, com o prêmio Global 500, e, pelo Itamaraty, com a Ordem do Rio Branco, no grau Cavaleiro, o indígena Davi Kopenawa Yanomami.

Outro entrevistado foi o Missionário Religioso da Ordem Irmãos da Consolata, o italiano Carlo Zaquini, que viveu quase vinte anos entre os Yanomami, na qual relatou a difícil realidade daquele povo, suas carências e alguns de seus costumes. Zaquini relatou, dentre outras, uma experiência feita na Missão Catrimani, no Estado de Roraima, em que, para evitar a prática do infanticídio, os Missionários propuseram aos indígenas criar as crianças que seriam sacrificadas pelas mães logo após o nascimento, devolvendo-as ao convívio familiar depois de certo tempo, demonstrando as suas consequências.



Também foi ouvido Dário Vítório Kopenawa Yanomami, filho de Davi Kopenawa Yanomami, o qual, apesar de sua juventude, está sendo preparado pelo seu povo para ser um de seus representantes na nova geração. Dário revelou importantes aspectos do cotidiano de sua gente.

Por fim, não tem este estudo a pretensão de apresentar respostas prontas para tal dilema da dogmática penal, mas somente trazer à baila o problema, para que, após reflexão sobre as questões levantadas, acenda-se uma luz de alerta, sobretudo aos aplicadores do direito, para uma situação de desequilíbrio entre as partes, em face da limitada compreensão de uma delas, o que não se pode admitir, em especial, quando o que está em jogo é a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Certamente, o tema é apaixonante e, como tal, desperta críticas e entendimentos diversos, fazendo-se respeitar as opiniões contrárias, mas, por amor à dialética, seria interessante vê-las suscitadas e debatidas, com a finalidade de alcançar um ponto de equilíbrio.

## 1. OS POVOS PRIMITIVOS E O DIREITO

### 1.1 Considerações introdutórias

A História pode-se definir como a ciência da reconstrução do passado cultural da civilização humana para melhor compreensão do presente. Seu objetivo é, pois, estabelecer uma relação de causa e efeito com os fatos que no passado contribuíram para as transformações da cultura humana. Entretanto, não à maneira da Física, porque não existe determinismo nas leis da História, mas sim liberdade.

Como definido por Ricardo Rabinovich-Berkman<sup>8</sup>,

“Historia del Derecho” implica la conjunción de dos ciencias, la Historia y el Derecho, creando una tercera que, poseyendo caracteres de aquellas, tiene, sin embargo, peculiaridades propias.

Para o doutrinador argentino, a História do Direito:

Por um lado, es una disciplina histórica, porque busca investigar, descubrir y re-crear el pasado humano. Por el otro, es jurídica, porque específicamente, dentro de la vastedad enorme del complejo cultural, se interesa por el Derecho.

---

<sup>8</sup> RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Historia Del Derecho*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Quórum, 2004, p. 1.

E, é justamente neste aferente que se buscará no passado fundamentos teórico-jurídico-filosófico-antropológicos com o fito de embasar inicialmente o cerne das discussões que serão demonstradas no decorrer da presente dissertação. E, é claro, apresentar conceitos necessários para a compreensão do texto.

Assim, é salutar lembrar que desde o momento no qual o ser humano percebeu que para sobreviver necessitava permanecer em grupo, surgiu a necessidade de criar regras de convivência. Tais regras, inicialmente intuitivas, foram se tornando cada vez mais refinadas, descendo às minúcias do dia-a-dia, da convivência, trazidas pela experiência cotidiana, que levaram no decorrer dos séculos ao reconhecimento dos direitos e, posteriormente, à criação das leis.

A história tradicional, visando ao fortalecimento do poder instituído, incorporava, em tese, duas estratégias bem definidas para o exercício do poder e a utilização do direito: vinculação da continuidade do exercício do poder, por intermédio do direito, e a elevação do senhor, rei, à condição de superioridade, por meio de suas glórias narradas. O senhor glorioso, assim como outros senhores gloriosos, por sua condição de austero, de líder, justificava seu exercício contínuo de poder, provocando a identificação da continuidade do exercício do poder com direito de exercer tal poder. A história, assim, constituía-se em uma história da soberania.<sup>9</sup>

Segundo Jayme de Altavila<sup>10</sup>, “os direitos surgiram precisamente quando as civilizações originárias atingiram o momento necessário às suas eclosões. Resultaram delas, do ápice cultural a que tinham atingido, após a saturação do estado primitivo.”

Já Ada Pellegrini Grinover<sup>11</sup> entende num sentido mais amplo, ou seja, onde há sociedade, existe o direito. Para a doutrinadora:

No atual estágio dos conhecimentos científicos sobre o direito, é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito: *ubi*

---

<sup>9</sup> FOUCAULT, Michel. *Em defesa da Sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 76.

<sup>10</sup> ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 11. ed. São Paulo: Ícone, 2006, p. 14.

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. Ed. São Paulo/SP. Malheiros Editores, 2005, p. 21.

*societas ibi jus*. Mas ainda os autores que sustentam ter o homem vivido uma fase evolutiva pré-jurídica formam ao lado dos demais para, sem divergência, reconhecerem que *ubi jus ibi societas*; não haveria, pois, lugar para o direito, na ilha do solitário Robinson Crusóé, antes da chegada do índio Sexta-Feira.

Em sentido contrário a Ada Pellegrini Grinover, Rosemiro Pereira Leal entende que a parábola utilizada pela autora de Robinson Crusóé sem ou com o Índio Sexta-Feira:

[...] é uma história absolutamente ingênua, do tipo *modus-tollens* (eliminação de hipóteses pela escolha arbitrária de uma delas), para ilustrar a origem do direito. A chegada do índio Sexta-Feira à ilha solitária do Robinson não anuncia o nascimento do direito para se estabelecer um pacto de entendimento entre ambos, mas, ao contrário, aumenta a dúvida sobre esse inesperado encontro de culturas diferentes. Também é impossível dizer que necessariamente um deles pressupõe a existência do outro. A humanidade tem origem controvertida, autóctone ou não, e não se pode seguramente afirmar quem é nela o primogênito ou quem primeiro ditou as regras para outros cumprirem.<sup>12</sup>

Rosemiro Pereira Leal vai além, ao criticar a utilização das expressões *ubi home ibi jus*, *ubi jus ibi societas* ou *ubi societas ibi jus* por Ada Pellegrini Grinover, afirmando que os termos:

[...] são mascaradores da história, sem qualquer impacto na reflexão jurídica, porque o direito não é uma coisa (*vires occultae*) vinda do cosmo inefável ou da sabedoria da natureza anímica, física ou biológica (metafísica), ou coisa eternamente contida no cérebro do homem ou na sociedade, que possa ser pinçada, como um diamante numa cata.<sup>13</sup>

Independente das questões controversas dos doutrinadores alhures delineados, essa contextualização proporciona elementos para definir o que se entende por povos primitivos, ou seja, aqueles que ainda não atingiram o momento necessário à eclosão do Direito, entendido na sua concepção imposta pela doutrina moderna.

Sobre o assunto, Heleno Cláudio Fragoso aponta que, nas sociedades primitivas,

<sup>12</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. Ed. São Paulo/SP: Thompson-IOB-Síntese, 2004, p. 17.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 17.

[...] o direito não é mais do que um dos aspectos da religião, de sorte que a reação punitiva apresentava caráter religioso, surgindo a pena com sentido sacral. A vingança de sangue exercida pela vítima ou seus parentes é dever sagrado, visando aplacar a ira da divindade. A pena, é, assim, expiação religiosa.<sup>14</sup>

Essa mesma reflexão é realizada por Romeiro Junior, para quem, nas sociedades primitivas, germinou inicialmente “tão-só um poder doméstico e interfamiliar capaz apenas de impor e fazer respeitar regras de conduta por intermédio de um imperfeito conjunto de sanções, muito rudimentar e meramente consuetudinário”<sup>15</sup>.

Tais ensinamentos encontram eco na obra de Freud<sup>16</sup>, que, com base nos aborígenes australianos, constatou que a reação punitiva, nas sociedades primitivas, estava, de fato, indissolavelmente ligada à noção do mágico-religioso.

Segundo o psicanalista,

[...] eles povoam o mundo com inumeráveis seres espirituais, benevolentes e malignos; e consideram esses espíritos e demônios como as causas dos fenômenos naturais acreditando que não apenas os animais e vegetais, mas todos os objetos inanimados do mundo são animados por eles<sup>17</sup>.

Ainda, paralelamente a esse animismo, havia a feitiçaria e a magia, consistentes em um conjunto de instruções a respeito de como obter o domínio sobre os espíritos dos homens, dos animais e das coisas.

Desse conjunto fático, nasceram os totems – culto a animais identificados com a tribo – e os tabus (condutas proibidas), para cuja prática haveria pré-disposição subconsciente dos integrantes do clã<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, 14. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 25-26.

<sup>15</sup> ROMEIRO JR, Jorge Alberto. Jurisdição Criminal – Um pouco da sua história, in *Revista da Emerj*, v. 4, nº 14, 2001, p. 108.

<sup>16</sup> FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Tradução de Órizon Carneiro Muniz, Rio de Janeiro: Imago; 2005, p. 82.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>18</sup> Nota: Para Freud (ob. cit., p. 42), “[...] qualquer um que tenha violado um tabu torna-se tabu porque possui a perigosa qualidade de tentar os outros a seguir-lhe o exemplo: porque se lhe deve permitir o que é proibido a outros? Assim, ele é verdadeiramente contagioso naquilo em que todo exemplo incentiva a imitação e, por esse motivo, ele próprio deve ser evitado.”

Em obra dedicada aos fundamentos da pena, Oswaldo Henrique Duek Marques pondera que:

[...] o sentimento de vingança, como manifestação totêmica, ou decorrente dos tabus, foi sem dúvida a primeira expressão da fase mais remota de reação punitiva entre os povos primitivos. A violação aos princípios inexplicáveis dos totens e tabus conduzia o homem primitivo ao sentimento de aversão ao mal provocado pelo autor da violação. Esse sentimento, então, expressava-se por meio da vingança exercida pela própria comunidade, sem qualquer finalidade voltada para a prevenção de novas transgressões. A vingança, consubstanciada na represália, tinha por finalidade a destruição simbólica do crime, como forma de purificar a comunidade contaminada pela transgressão.<sup>19</sup>

Por sua vez, Jiménez de Ásua<sup>20</sup>, ao tratar sobre os tabus, assevera que não importa que o sujeito tenha quebrado as proibições consciente ou inconscientemente, pois, de qualquer forma, a violação acarretará a necessária expiação. Além disso, para que todo o ambiente fosse purificado, objetos inanimados e animais também deveriam responder pelo mal produzido.

Interessante anotar que muitas das proibições não contêm uma explicação lógico-causal plausível, pois decorrem, como explanado, de pressupostos ligados ao misticismo e a fatos naturais não compreendidos. Assim, por exemplo hipotético, poder-se-ia estabelecer uma proibição de comer determinada fruta apenas porque no momento em que tal fato estava ocorrendo, caiu um raio, seguido de um trovão.

Sobre o tema, Jensen, em seu *Mito y Culto entre Pueblos Primitivos*, cita dois exemplos pouco convencionais, senão vejamos:

Comprendemos sin más que se prohíba robar a otro hombre, pero, ¿qué sentido ha de tener, en cambio, que un individuo asado no pueda hablar con su suegra, o que una persona no pueda llamar por su nombre a otra determinada? `En nuestra manera de ver las cosas` la violación de un tabú de esta clase no acarrea perjuicio inmediato alguno, ni para el violador ni para otra persona.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*, 2. ed, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 20.

<sup>20</sup> Cf. ÁSUA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Losada, 1950, p.206.

<sup>21</sup> JENSEN, Ad. E. *Mito y Culto entre Pueblos Primitivos*. Traduzido para o espanhol por Carlos Gerhart, México: Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 223.

Todavia, logo em seguida esclarece que essa diferença com nossos valores é quase natural, considerando que:

[...] los primitivos viven en una vinculación cultural totalmente distinta de la nuestra. Y es el caso que todas las costumbres son creaciones culturales, y sólo pueden, en consecuencia, comprenderse en cuanto a su sentido, si nos es accesible el conjunto de las manifestaciones culturales de un pueblo a partir de su centro vital y estamos en condiciones de integrar determinadas costumbres cual una parte en el todo<sup>22</sup>.

Já Bronislaw Malinowski, em sua obra “Crime e Costume na Sociedade Selvagem”, escrita depois de acurado trabalho de campo realizado no início do século XX, através da observação dos povos que então habitavam o arquipélago da Trobriands, na Melanésia, apresentou em seu trabalho posições que se contrapõem à idéia de que todos os costumes primitivos tinham sempre um caráter religioso ou mítico.

Na obra citada, ele assim relata algumas de suas observações acerca daqueles povos: “Os selvagens têm uma classe de regras compulsórias, sem nenhum caráter mítico, não enunciadas “em nome de Deus”, nem impostas por nenhuma sanção sobrenatural, mas providas de uma força aglomeradora puramente social”<sup>23</sup>, porém, reconhece a utilização da feitiçaria como uma das formas de administrar a justiça.

Para o antropólogo polonês, “a lei primitiva não é um conjunto homogêneo e perfeitamente unificado de regras, baseado em um princípio transformado de um sistema consistente”, portanto, pela sua observação, não se deve encarar as relações nas sociedades primitivas de forma simplista, tais povos são dotados de conhecimentos que se inter-relacionam e findam por formar seu sistema de regras de convivência, o que para nós pode ser traduzido como sistema legal.

Jorge Severiano Ribeiro, citando o mesmo antropólogo polonês Bronislaw Malinowski, descreve que a Antropologia, considerada por ele como uma ciência nova, mesmo que, de uma fora embrionária, está se libertando do controle *of pre-*

---

<sup>22</sup> JENSEN, 1996, p. 226.

<sup>23</sup> MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e Costume na Sociedade Selvagem*. Brasília/DF: Editora UNB, 2008, p. 44.

*scientific interest*. No estudo das leis primitivas, percebe-se que o selvagem não era regulado por paixões ou acidentes, mas pela tradição e a ordem de determinado grupo social ou tribo a que pertencia. Para o autor:

A lei na moderna antropologia é estudada quase exclusivamente nas suas “manipulações”, nos casos de crime de sangue. Seguidos da vingança tribal, de feitiçarias, de incesto, adultério, violação de taboo. Ao lado de tudo isto, porém, o antropologista pode encontrar, ou pensa ele pode ver também, traços certos, exóticos da feição da lei primitiva: - solidariedade do grupo ofendido; legal e econômico comunismo; submissão a uma rígida lei tribal. A lei não consiste, por outro lado, de injunções negativas e nem toda a lei selvagem é uma lei criminal. Cada classe de regras se distingue das mais por suas sanções e suas relações com a organização social. Há normas visando proteger a vida, a propriedade e a pessoa, e formam elas o que se pode chamar as leis criminais. (sic).<sup>24</sup>

Para Malinowski<sup>25</sup>, nas comunidades primitivas o crime é o único problema legal a ser estudado, eis que não existia lei civil entre os selvagens, tão pouco jurisprudência civil para preocupar a antropologia.

Enfim, aproximando essas considerações introdutórias ao objetivo do estudo, Luiz Fernando Villares<sup>26</sup> afirma que “na maioria das sociedades indígenas não existe um sistema jurídico nem ao menos próximo ao direito, visto não lhes ser oportuno construir uma ordem que procure separar um regramento de leis e princípios”.

Prossegue o doutrinador, dizendo que as suas normas ligam-se quase sempre à moral e aos costumes, estabelecendo um ordenamento de valores protegidos e ações proibidas e incentivadas, sendo o uso de retribuições e penas constante, porém sem um procedimento formal para impingir-las.

Na mesma linha, João Bernardino Gonzaga ressalta a ausência de desenvolvimento de um sistema jurídico nas sociedades indígenas. Nas suas palavras:

[...] devido à pobreza dos seus esquemas de relações pessoais, uns poucos costumes se revelam suficiente para disciplinar a vida do agregado. São

---

<sup>24</sup> RIBEIRO, Jorge Severiano. *Do Crime – Da Responsabilidade – Da Co-autoria*. Rio de Janeiro/RJ: Livraria Jacinto Editora, 1943, p. 14.

<sup>25</sup> MALINOWSKI, 2008, p. 48.

<sup>26</sup> VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*, Curitiba: Juruá, 2009, p. 293.



tradições, convencionalismos, tabus, que têm como pano de fundo concepções místicas. Transformam-se em mores, que, sob a forma de usos e ideologias prescritivas, impregnam a consciência geral e aos quais todos prestam natural e inconsciente obediência. A regulamentação da vida, assim, se estabelece com independência de diretrizes criadas pelo Poder Central ou, para que existam, prescindem de qualquer expressa declaração da coletividade.<sup>27</sup>

Por conta desse pequeno grau de aperfeiçoamento dos institutos jurídicos é que os povos indígenas foram inseridos no conceito de “povos primitivos”, para fins didáticos do ensino da História do Direito. É importante ressaltar que o termo não foi utilizado neste trabalho com qualquer conotação pejorativa, mas com o intuito único de melhor contextualizar o leitor acerca do objeto do estudo, considerando que o entendimento das origens históricas certamente contribuirá para a compreensão do tratamento jurídico que foi dispensado aos indígenas no decorrer dos tempos.

## 1.2 O descobrimento do novo continente e o choque de culturas

O advento das grandes navegações permitiu a alguns países europeus, como Portugal, Espanha e Inglaterra, explorarem os povos e as terras de localidades bastante distantes do continente europeu. E, é claro, um desses lugares distantes era o Brasil, ‘descoberto’ por Pedro Álvares Cabral no dia 22 de abril de 1500, já nos estertores do século XV.

Remontam à história, que ao aqui chegarem, os portugueses encontraram uma população dispersa em várias tribos, chamando esse povo indistintamente de índios. Como é sabido, o estágio evolutivo dos que aqui residiam era comparado ao do período neolítico (desconheciam a escrita, a roda etc.). Adicione-se a isso o fato de não existirem instituições políticas e jurídicas com um mínimo de representatividade.

Então, os portugueses impuseram o seu sistema jurídico à nova colônia (Ordenações Afonsinas -1446-, Manuelinas -1521- e Filipinas – 1603 –), não

---

<sup>27</sup> GONZAGA, João Bernardino. *O Direito Penal indígena à época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 56.

restando absolutamente nada dos antigos costumes jurídicos dos indígenas. Denota-se, assim, que na formação do direito no Brasil, os indígenas (da mesma forma os negros) foram considerados mais como objetos, *coisas*, do que sujeitos de direito.<sup>28</sup>

De fato, o choque cultural levou a extremos. O desconhecido, o diferente, sempre causa uma estranheza e desperta a curiosidade do seu observador. Por esse motivo, povos considerados desenvolvidos, estão em constante pesquisa acerca daqueles que são considerados primitivos. Segundo Henyo Trindade Barreto Filho, naquela época, “[...] os espanhóis enviaram comissões de investigação para pesquisar se os indígenas possuíam ou não alma”<sup>29</sup>, pois, a Bíblia, fonte de toda verdade, não tratava da existência daqueles “seres estranhos” que aqui foram encontrados.

Somente após a declaração do Papa Paulo III, por intermédio de uma Bula, os indígenas foram reconhecidos como “entes humanos como os demais homens”. Porém, a recíproca também era verdadeira, os nativos do recém descoberto continente também estranhavam aqueles exóticos seres brancos, duvidando de sua humanidade. Para satisfazer sua curiosidade, afogavam

[...] os brancos europeus feitos prisioneiros para verificarem, através de uma vigilância prolongada, se os seus cadáveres estavam ou não sujeitos à putrefação. Um método menos abstrato e filosófico de pesquisar a mesma coisa: a ‘humanidade’ dos brancos, que lhes pareciam tão ‘exóticos’ quanto eles aos olhos dos europeus.<sup>30</sup>

Referidos registros históricos, embora beirem às raias do absurdo, demonstram a enorme dificuldade que o ser humano tem de lidar com o diferente, de admitir e aceitar valores totalmente opostos aos seus.

O curioso é que, ainda hoje, em plena era da globalização, da comunicação em tempo real, das descobertas científicas em todos as esferas de conhecimento, ainda

---

<sup>28</sup> RODRIGUES MACIEL, José Fábio e AGUIAR, Renan. *História do Direito*. São Paulo/SP: Ed. Saraiva, 2007, p. 120.

<sup>29</sup> BARRETO Filho, Enyo Trindade. *Sociedades Indígenas – Diversidade Cultural Contemporânea no Brasil*. Brasília – DF: FUNAI/CEDOC, 1996, p. 9.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 9.

se percebe uma grande dificuldade para compreenderem-se determinados comportamentos e costumes ancestrais.

Neste íterim, maior ainda é a dificuldade daqueles que ainda hoje habitam locais remotos e inacessíveis, longe do contato com o que se costuma chamar de civilização; dificuldade de compreender todas as realizações citadas e os demais fenômenos da vida em sociedade. Que dizer então das normas criadas e aperfeiçoadas durante os séculos que, após compiladas, chamamos de leis, que impõem padrões de comportamento e conduta para a salutar vida em sociedade, mas que nem sempre se adaptam aos costumes de determinados grupos.

Por exemplo, no Brasil a legislação penal responsabiliza aquele que mantém relações sexuais com menor de quatorze anos, independentemente do consentimento das partes envolvidas, tratando-se de um dos crimes mais repudiados e gravemente apenados. No entanto, entre alguns povos indígenas, tão logo ocorre a primeira menstruação, não importando a idade da menina, por vezes criança, já pode iniciar-se na vida sexual, constituindo costume aceito sem qualquer forma de censura.

Destarte, é inegável que os indivíduos integrantes de povos indígenas – como tais inseridos no contexto de primitividade perante o conceito de direito imposto pela doutrina moderna – não devem sofrer idêntico tratamento que se dispensa aos cidadãos comuns, sendo mister o respeito à diversidade cultural, ao modo de ser e pensar de cada povo, dentro dos limites constitucionalmente fixados.

### **1.3 A modernidade e o paradigma filosófico da alteridade**

A modernidade ocidental transformou a natureza em ‘ambiente’: simples cenário no centro do qual reina o homem, que se autoproclama ‘dono e senhor’. Este ambiente cedo perderá toda consistência ontológica, sendo desde logo reduzido a um simples reservatório de recursos, antes de se tornar depósito de resíduos. O certo é que o projeto moderno pretende construir uma supranatureza, à

medida da vontade e do desejo de poder. Em comparação com esta supranatureza, a natureza ainda natural faz figura de entrave incômodo.

Galileu, o primeiro, liberta-se dela, recusando a linguagem dos sentidos e reescrevendo o mundo numa linguagem matemática; Bacon refugia-se na utopia (a Nova Atlântida) para descrever o projeto moderno da tecnociência; Descartes segue-lhes os passos e recria o mundo com um pouco de matéria e de movimento. É o reinado do artifício, da máquina e da automatização, que assim se inaugura e triunfa hoje na união entre o biológico e o tecnológico.

A engenharia genética produz matéria viva de forma controlada em laboratório, enquanto que a indústria da comunicação integra o homem e o computador. Com as máquinas de produção da 'realidade virtual', a modernidade reencontrou o seu conceito: a realidade pode desaparecer, e o homem, acoplado ao aparelho, encerra-se numa liberdade sem paralelo. Adão (etimologicamente, em hebreu: o filho da terra<sup>31</sup>) morreu; Cyborg (o organismo cibernético) nasceu<sup>32</sup>. Com algum atraso, sem dúvida, o jurista acompanha essa evolução.

Ante essa conjuntura, o direito, antes de mais, soa como uma palavra socialmente autorizada, que denomina, classifica e arbitra. O modo que lhe é próprio não é, por conseguinte, tanto o indicativo que descreve ou o imperativo que ordena (a ordem é também ação do tirano), mas sim o performativo que cria uma realidade, pelo simples fato de a enunciar. Assim, o direito poderá qualificar determinados elementos da natureza de 'patrimônio comum da 'humanidade', impor deveres em nome de uma responsabilidade com respeito às gerações futuras, ou ainda, declarar indisponível o corpo humano, mesmo que as práticas efetivas vão no sentido contrário, e que a 'realidade' não dê crédito a tais ficções.

Entendido assim como arte de decidir sobre um fundo de irresolubilidade, o direito surge particularmente adaptado para a tarefa que consiste em ligar os vínculos e demarcar os limites. O direito articula o vínculo social e procede dele.

---

<sup>31</sup> O termo latino *homo* deriva, por sua vez, do indo-europeu *dhjgbom-on* aparentando com *dbgem*, que significa 'terra'.

<sup>32</sup> Sobre Cyborg e realidade virtual consultar H. ACHTERHUIS, *De illusie van groen. Over milieucrisis en de fixatie op techniek*, Amsterdã, 1992, p. 36 e seguintes.

Impõe uma lei comum, que atribui a cada coisa o seu lugar; e a cada pessoa, o seu papel. Assim, ele define a rede das obrigações, o labirinto das alianças e a linha das filiações.

Na compreensão de Norberto Bobbio<sup>33</sup>, o Direito é uma construção, um artefato humano fruto da política que produz o Direito Positivo. Requer a razão para pensar, projetar e ir transformando tal artefato em função das necessidades da convivência coletiva.

Pois bem, durante um primeiro momento, no auge do paradigma da modernidade, não se compreendia e aceitava o modo de ser dos povos indígenas. Embora as aldeias representem nítido exemplo de como é possível o equilíbrio entre o homem e a natureza, permitindo aos integrantes da comunidade extraírem a subsistência de modo sustentável, através da caça e da pesca, o homem civilizado jamais aceitou esta realidade, sempre pretendendo, de forma ideologicamente autoritária, integrá-los à cultura envolvente, sob pretexto de que isso seria capaz de proporcionar a verdadeira felicidade e desenvolvimento do ser humano.

Isso, naturalmente, é fruto do desconhecimento, ignorância e desrespeito às diferenças culturais, pois o homem branco sempre teve a tendência de não conceber que outro ser humano possa viver sem ter os mesmos objetivos que ele, quais sejam: dinheiro, poder, *status*, propriedades e consumo desenfreado, dentre outros.

A busca da felicidade e do equilíbrio certamente é um dos grandes objetivos da humanidade, independente de credo ou raça, e, nesse contexto, sempre pairará a dúvida de quem poderia ser mais feliz: o índio em seu estado natural ou o homem em sua selva de pedra?

Enquanto a civilização esgota os recursos naturais do planeta com sua sede insaciável de progresso, destruindo a quase totalidade dos ecossistemas, os povos indígenas sempre demonstraram serem notáveis conhecedores de seu

---

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro. Ed. Elsevier, 2004, p. 15.

ambiente e profundos respeitadores da natureza, conscientes de que a sua depredação, em última análise, refletiria contra eles próprios.

Conforme ressalta João Bernardino Gonzaga:

[...] também nos índios brasileiros encontramos íntima ligação com o ambiente físico e biológico. As informações relativas aos conhecimentos dos Tupinambá sobre o mundo natural circundante permitem inferir que eles desenvolveram respostas eficientes diante de muitos fenômenos naturais. Esses conhecimentos eram muito extensos e, indo da especificação de fenômenos meteorológicos, e de vários espécimes animais e vegetais e sua utilização, até as tentativas de domínio mágico da natureza.<sup>34</sup>

Outrossim, demonstrando essa íntima ligação com a natureza, vejamos as palavras de Seattle, chefe dos Dwamish, tribo indígena dos Estados Unidos, no ano de 1854, quando respondeu ao presidente americano sobre proposta de compra de uma grande parte das terras pertencentes à tribo:

Tudo o que acontecer à terra acontecerá aos filhos da terra... Todas as coisas estão ligadas como o sangue que une uma família. Há uma ligação em tudo... O homem não tramou o tecido da vida; ele é simplesmente um de seus fios. Tudo o que fizer ao tecido fará a si mesmo.<sup>35</sup>

Finalmente, após muita incompreensão e preconceito, com o advento do paradigma filosófico da alteridade, a realidade passou a ser encarada de outra forma: a diferença não pode mais ser ignorada, nem marginalizada pelo simples fato de ser diferente.

Nas palavras de Fábio André Guaragni:

[...] Pelo paradigma filosófico da alteridade, todavia, flui a possibilidade de um tratamento absolutamente diverso da matéria. Parte-se do pressuposto forjado neste modelo de pensamento: a existência de cada pessoa exige a existência do outro, a partir da idéia básica de que “eu” só existo se e quando os outros me percebem. **A visão do outro, reconhecendo-me como ser no mundo, é que conforma a minha existência. Nestes termos, “eu” não existo sem o outro; nem o outro sem mim. A essência da alteridade opera-se no sentido de que sempre devo enxergar o “outro” em “mim”.** O encaixe deste paradigma ou modelo de pensamento no ambiente do estado democrático de direito é harmonioso e simples,

<sup>34</sup> GONZAGA, 1971, p. 66-67.

<sup>35</sup> AITO VICTORINO, Célia Jurema. *Canibais da Natureza: Educação ambiental, limites e qualidade de vida*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000, p. 15.

confortando-se na idéia corrente de que **democracia é respeitar a diferença**.<sup>36</sup> [grifo nosso]

Essa mudança paradigmática redundou na proteção constitucional das tradições e costumes indígenas, implicando, na seara penal, novas indagações acerca do tratamento do índio, até então sempre abordado com requintes preconceituosos, principalmente na sua equiparação ao inimputável por desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Essas reflexões serão aprofundadas no decorrer do estudo, sendo que, por ora, afigura-se oportuno maiores esclarecimentos sobre os índios na América e no Brasil, bem como sobre o Povo Yanomami, o que se abordará no capítulo seguinte.

---

<sup>36</sup> GUARAGNI, Fábio André. A “herança maldita” do tratamento jurídico-penal dos silvícolas não-adaptados. Disponível em: <<http://www.fesmp.com.br/upload/arquivos/11616395.pdf>>, acessado em 16 agosto de 2010.

## 2 OS INDÍOS NA AMÉRICA E NO BRASIL E O POVO YANOMAMI

### 2.1 Origens na América e no Brasil

Necessário se faz resgatar na história do Brasil, desde o descobrimento até os dias atuais, a situação dos povos indígenas de uma forma genérica e abrangente, antes de adentrar especificamente no estudo sobre o Povo Yanomami.

Pero Vaz de Caminha, um burocrata do estado português, ainda era um homem da Idade Média. Sua matriz de leitura da realidade era de fundo religioso e, enfaticamente, bíblico. Os homens e mulheres que vira eram a exata descrição do que lera no Gênesis.

Mas essa não é a única leitura que o século XVI e, principalmente, os seguintes irão fazer das sociedades primitivas das Américas. Tais leituras se constituirão em ponto de partida para a crítica das sociedades européias da Idade Moderna e inspiração teórica dos jusnaturalistas e contratualistas que constroem as bases, os conceitos e o imaginário das sociedades contemporâneas.

O conceito teórico que toma uma centralidade crescente é o de 'naturalidade', o de 'estado de natureza'.<sup>37</sup> Mas a idéia de natureza não é uma

---

<sup>37</sup> Este conceito foi desenvolvido por HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1988;



invenção moderna. Era corrente no pensamento medieval e indicava os limites humanos, de um lado, e, de outro, os fundamentos éticos da conduta humana individual e social, em conformidade com as leis de Deus impressas na natureza. A natureza remetia a seu criador divino, era, portanto, um conceito teológico.

Na Idade Moderna, o conceito teórico de natureza afasta-se da teologia e do criacionismo. Remete para um estado em que se define a esfera da autonomia humana, de sua centralidade, de sua autofundação. Aqui, a idéia de Deus ou desaparece ou se converte em objeto especulativo da razão humana.

Hobbes (1588-1679), Locke (1632-1683) e Rousseau (1712-1778) eram leitores atentos dos relatos dos viajantes e missionários sobre as populações da América. Para eles, os povos americanos são o testemunho insofismável da existência de seres humanos em “estado de natureza”, isto é, num estado, na afirmação de Locke:

[...] em que todos os homens se acham naturalmente, sendo este um estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações, as posses e as pessoas tal como acham conveniente, nos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem”.<sup>38</sup>

É pouco provável que esses três grandes teóricos das sociedades contemporâneas, se não tivessem tomado conhecimento das sociedades americanas existentes antes da chegada dos europeus, teriam podido formular suas teorias da forma como o fizeram.

Os índios e seus modos de vida serviram, igualmente, como parâmetro de crítica à sociedade européia da Idade Moderna. Michel de Montaigne (1533-1592), o mais importante representante do humanismo francês, fulmina sua sociedade da seguinte forma:

[...] não vejo nada de bárbaro ou selvagem no que dizem daqueles povos; e, na verdade, cada qual considera bárbaro o que não se pratica na sua terra.

---

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Petrópolis: Vozes, 1994; ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. São Paulo: Abril Cultural, 1988.

<sup>38</sup> Cf. LOCKE, 1994, p. 35.

E é natural, porque só podemos julgar da verdade e da razão de ser das coisas, pelo exemplo e pela idéia dos usos e costumes do país em que vivemos. (...) A essa gente chamamos selvagens como denominamos selvagens as frutas que a natureza produz sem intervenção do homem. No entanto, aos outros, àqueles que alteramos por processos de cultura e cujo desenvolvimento natural modificamos, é que deveríamos aplicar o epíteto. As qualidades e propriedades dos primeiros são vivas, vigorosas, autênticas, úteis e naturais; não fizemos senão abastardá-las nos outros a fim de melhor as adaptar a nosso gosto corrompido...<sup>39</sup>

E acrescenta:

Esses povos não me parecem, pois, merecer o qualificativo de selvagens somente por não terem sido senão muito pouco modificados pela ingerência do espírito humano e não haverem quase nada perdido de sua simplicidade primitiva. As leis da natureza, não ainda pervertidas pela imisção das nossas, regem-nos até agora e mantiveram-se tão puras que lamento por vezes não as tenha o nosso mundo conhecido antes, quando havia homens capazes de apreciá-las...<sup>40</sup>

Montaigne transcreve, também, a impressão que três índios levados à França e exibidos na corte, tiveram da sociedade francesa:

[...] observaram que há entre nós gente bem alimentada, gozando as comodidades da vida, enquanto metades de homens emagrecidos, esfaimados, miseravelmente mendigam às portas dos outros (em sua linguagem metafórica a tais infelizes chamam “metades”); e acham extraordinário que essas metades de homens suportem tantas injustiças sem se revoltarem e incendiarem as casas dos demais...<sup>41</sup>

As impressões desses ‘selvagens’ sobre a sociedade ‘civilizada’ da Europa de então continua hoje válida, certamente com a dimensão ampliada para o planeta todo. Mas é interessante que, hoje, talvez com mais intensidade do que nos séculos XVI, XVII e XVIII, volte a se colocar o problema da ‘natureza’ e da ‘naturalidade’; tangidos pelo espectro da destruição, sem retorno, da casa comum que se habita: a terra e seus meios ambientes.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> MONTAIGNE, Michel. Ensaio. In: Inês de C. Inácio e Tânia R. de Luca. *Documentos do Brasil Colonial*. São Paulo: Ática, 199(?), p. 29. Em português, os Ensaio foram publicados em 1961, pela Editora Globo.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>42</sup> Nota: ANTUNES, Celso. *Uma Aldeia em Perigo*. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 1984, p. 11, portanto no século XX, há mais de 25 anos atrás, colocava que: “O homem vive um dos momentos mais importantes e decisivos de sua história. Em nenhum período anterior as contradições marcaram tanto alguns momentos, como os que vivemos no século XX. Ao longo dos séculos que nos precederam, a humanidade jamais pôde assistir a tantas conquistas científicas, a tantas crises

Então, ‘natureza’ e ‘naturalidade’ discutidos pelos autores, alhures mencionados, estão indissociavelmente ligados para as pretensões do presente estudo, principalmente no que se refere a análise dos aspectos de “A Potencial Consciência da ilicitude e o Povo Yanomami”.

### 2.1.1 Aspectos norteadores para definir Índio, povos e comunidade indígenas.

O encontro de duas culturas (européia X nativa das américas) foi o confronto trágico de duas forças em que uma pereceu necessariamente, um encontro nada amigável de duas civilizações: uma considerada ‘desenvolvida’ ( a européia) por conhecer certas tecnologias (a irrigação, o ferro e o cavalo) versus a nativa (desconhecida, por isso ‘bárbara’) ensimesmada com a natureza, com uma religião diferente (divindades da natureza = panteísta, a lua, o sol, as estrelas...), com uma organização política (império maia, asteca, inca) dono de uma filosofia e com uma cultura milenar.

Bartolomeu de Las Casas relata, em *O Paraíso Destruido*, as atrocidades cometidas pelos conquistadores europeus contra os habitantes destas terras, seguindo, assim, a lógica da mentalidade renascentista sustentada na supremacia da razão instrumental:

Os espanhóis, com seus cavalos, suas espadas e lanças começaram a praticar crueldades estranhas; entravam nas vilas, burgos e aldeias, não poupando nem as crianças e os homens velhos, nem as mulheres grávidas e parturientes e lhes abriam o ventre as faziam me pedaços como se estivessem golpeando cordeiros fechados em seu redil. Faziam apostas sobre quem, de um só golpe de espada, fenderia e abriria um homem pela metade, ou quem, mais habilmente e mais destramente, de um só golpe lhe cortaria a cabeça, ou ainda sobre quem abriria melhor as entranhas de um homem de um só golpe.<sup>43</sup>

A violência era uma prática comum: atiravam crianças contra os rochedos, esfacelando suas cabeças, jogavam outras nos rios, faziam força baixas na medida

---

morais, a tanta esperança no futuro e a tão consciente convicção do desastre iminente.” Antunes chamou o Século XX de ‘Singular’, eis que foi o único em relação a tantos quantos o precederam.

<sup>43</sup> CASAS, Bartolomeu de las. *O Paraíso Destruido*. Porto Alegre: L & PM, 1984, p. 32.

que os índios quase tocassem com os pés no chão, passavam a fio de espada nas crianças e mulheres, queimavam as pessoas vivas, cortavam as mãos de outras, colocavam o indivíduo em grades sobre garfos e na parte de baixo colocavam fogo, lentamente, aos berros, sob queimaduras, o homem encontrava a morte, roubavam e saqueavam. Os espanhóis treinavam os cães carniceiros, próprios para matar índios:

[...] despojados de qualquer piedade, ensinavam cães a fazer em pedaços um índio à primeira vista. Esses cães faziam grandes matanças e como por vezes, os índios matavam algum (cão), os espanhóis fizeram uma lei entre eles, segundo a qual por um espanhol morto faziam morrer cem índios.<sup>44</sup>

“Índio” foi o nome dado pelos europeus ao se confrontarem com o “outro” (habitantes das terras meridionais), e por acharem os povos que aqui habitavam semelhantes aos indianos, assim os denominaram.

Dessa forma, faz mister definir o que são ‘índios’, ‘povos’ ou ‘comunidades indígenas’, porque no desenvolvimento do presente trabalho é necessário ter tal compreensão e clareza, uma vez que se trata de terminologias e conceitos diferenciados. Preocupação esta não só da antropologia, mas também na esfera jurídica, pois, para o Estado, a identificação de índio como indivíduo delimita o campo de estudo de uma ciência ou o próprio alcance das normas e políticas públicas.

Para Luiz Fernando Villares índios e povos indígenas apresentam conceitos diversos, “[...] pois o primeiro é uma idealização abstrata e genérica de um ser humano individualmente considerado, mas pertencente a uma outra idealização, o grupo de pessoas, uma população humana, com características semelhantes.”<sup>45</sup>

De acordo com o que prescreve o art. 1º, item ‘b’, da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, Povos Indígenas são:

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua

<sup>44</sup> CASAS, 1984, p. 33.

<sup>45</sup> VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 28.

situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

A legislação nacional apresentou uma definição apenas com o advento da Lei nº 6.001, de 19-12-1973, em seu art. 3º, que assim descreve:

Art. 3º. Para os efeitos desta 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;

II – Comunidade Indígena ou Grupo Tribal – É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.

Hélder Girão Barreto entende que a definição do Estatuto do Índio, no artigo acima referenciado, é feita sob três critérios:

[...] genealógico, quando se refere à “origem e ascendência pré-colombiana”; cultural, ao mencionar as “características culturais [que] o distinguem da sociedade nacional”; e, por fim, pertença étnica, na expressão “que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico”.<sup>46</sup>

Conforme as posições delineadas, entende-se que o conceito descrito pela Convenção, tendo em vista que é de aplicação mundial e abrange povos cujos problemas são semelhantes e equiparáveis, o conceito de povos indígenas é mais abrangente do que a definição presente no Estatuto do Índio (Lei Federal nº 6.001). O artigo 3º, supra mencionado, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e se coaduna na íntegra com as disposições constantes na Convenção da OIT.

Luiz Fernando Villares entende que Comunidades Indígenas é:

Um conjunto de pessoas que se unem em torno de um atributo comum, que se distinguem do todo social, como indivíduos semelhantes. (...) Uma comunidade indígena é tão-somente um contingente populacional formado por índios que possuem uma ou diversas características geográficas (desenvolvem formas de economia compatíveis), culturais (têm semelhantes formas de organização, falam a mesma língua, celebram de forma idêntica certos marcos da vida, cultuam os mesmos deuses etc.) ou são continuidades populacionais com antepassado em comum.

<sup>46</sup> BARRETO, Hélder Girão. *Direitos Indígenas – Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 33.

Já a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha define comunidade indígenas como “[...] aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas.”<sup>47</sup>

Hélder Girão Barreto, utilizando-se dos estudos da antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, tece fortes críticas de diversas naturezas sobre as definições contidas no Estatuto do Índio. Uma das críticas citadas é de que a lei:

[...] confunde índio e silvícola, como se todo índio fosse habitante da selva, desconsiderando possibilidade, se não o fato, de que existem índios sobrevivendo nas periferias das pequenas e grandes Cidades. Aliás, nosso imaginário – e, porque não dizer, nosso entendimento – está repleto desta correlação: índio é aquele ser que vive na selva, anda nu, é feroz, primitivo... ou, ao contrário, está em um museu vivo, é o “bom selvagem”...<sup>48</sup>

Outra crítica apresentada refere-se a “características culturais”. No entender da antropóloga “[...] traços culturais poderão variar no tempo e no espaço, como de fato variam, sem que isto afete a identidade do grupo”. Esclarece, ainda, que “[...] só culturas de sociedades mortas” são imutáveis. Para a autora “índio é quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro.”<sup>49</sup>

Feitas estas breves e importantes considerações, têm-se uma breve noção, distinções e críticas sobre os conceitos e reflexões apresentadas pelos diversos autores. Embora não seja o tema principal da presente dissertação, torna-se necessária a compreensão de tais referências.

## 2.1.2 Índios e a proteção do Estado.

O ingresso do índio na proteção do Estado (ou pelos menos buscou legislar e dar proteção aos povos indígenas) deu-se a partir da Fase Republicana, já que na Fase Colonial e Fase Imperial o que havia era uma promiscuidade com a igreja católica e com os poderes locais. De acordo com Luiz Fernando Villares:

<sup>47</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos dos Índios – Ensaios e Documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 26.

<sup>48</sup> BARRETO, 2006, p. 36.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 37.

Só a partir do avançar da República e com a influência do positivismo estabeleceu-se uma relação entre Estado – e não do poder político – e povos indígenas, através da criação de um órgão federal de proteção aos povos indígenas, o Serviço de Proteção aos Índios – SPI.<sup>50</sup>

O Serviço de Proteção aos Índios – SPI – foi, na verdade, um desmembramento do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPILTN (Criado pelo Decreto 8.702, de 20-07-1910). O SPILTN possuía atribuições excessivas tornando-se, dessa forma, totalmente incompatíveis. O desmembramento desses órgãos ocorreu formalmente em 1918 e foi dada a incumbência de presidi-lo ao então Coronel Cândido Mariano da Silva Randon.

Dentre as missões do SPI, de acordo com Luiz Fernando Villares: “[...] era proteger os índios no seu relacionamento com a sociedade brasileira, garantir a ampliação e o controle do território brasileiro, especificamente das terras indígenas e dar condições para que os índios se desenvolvessem.”<sup>51</sup> O Decreto-lei 5.371, de 05-12-1967 extinguiu o SPI, criando, a partir de então, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI.

Em 1973, importante legislação, que vigora até a data de hoje, foi promulgada. Trata-se do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001 de 19-12-1973. A referida Lei deixou de lado a competência e obrigações exclusivas da União para incluir também os Estados e Municípios, bem como demais órgãos a eles vinculados, a proteção dos povos indígenas e preservação de seus direitos.

A Constituição Federal de 1988<sup>52</sup> abriu, definitivamente, um novo capítulo na história das relações do Estado e os Povos Indígenas. De acordo com Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

A Constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes línguas, crenças e tradições. Além disso, reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esta concepção é nova, e

---

<sup>50</sup> VILLARES, 2009, p. 36.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>52</sup> A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 231: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de 5 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, têm o direito de ser índio.<sup>53</sup>

O referido autor entende que, com as disposições da Constituição Federal de 1988, criou-se uma nova relação entre o Estado e os povos indígenas, no sentido que deverão ser protegidos e respeitados todos os seus bens. Para ele, isso implicará um novo parâmetro que deve pautar as futuras legislações indigenista brasileira.<sup>54</sup>

### 2.1.3 Os sistemas jurídicos dos povos indígenas.

Os doutrinadores brasileiros ainda não chegaram a um consenso sobre a existência ou não de um Direito próprio dos Povos Indígenas. É sabido que num mesmo território, teoricamente, deve prevalecer o Direito estatal sob a cultura constitucional, ou seja, um mesmo sistema jurídico.

Porém, se se analisarem os diversos países latino-americanos, constata-se que existe a presença de várias nações indígenas, com ou pouco contato em relação à sociedade dita civilizada, permitindo que esta concepção seja desmentida. Portanto, não há nenhum país na América Latina que seja constituído de um único povo. E cada um desses povos mantém, de certa forma “[...] sua idiossincrasia e sua organização social e jurídica”.<sup>55</sup>

De acordo com Luiz Fernando Villares:

Cada povo indígena e até mesmo cada tribo, comunidade ou aldeia possui um sistema normativo próprio, que rege sua organização social (aqui num conceito conglobante da palavra social, a abranger as relações familiares e pessoais, o poder político, a economia etc), costumes, línguas, crenças, ocupação territorial. Esses sistemas normativos refletem as possibilidades e as necessidades práticas de cada coletividade, ou seja, são complexos de acordo com a complexidade das questões colocadas à sua resolução, restando claro que não se deve confundir complexidade com atraso ou avanço de um sistema jurídico.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> MARÉS DE SOUZA FILHO. Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 107.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>55</sup> VILLARES, 2009, p. 71.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 23.



Não se pode olvidar que o sistema jurídico adotado por cada povo indígena possa ser chamado de direito, pois conforme definições já apresentadas na presente dissertação, (vide capítulo I), o conceito de direito é um sistema normativo específico, presente em momentos históricos na existência de cada Estado.

O mencionado autor acrescenta, nesse sentido:

As normas reunidas ou sistematizadas das mais diversas comunidades e etnias indígenas são sistemas jurídicos, o que não os rebaixa, pois na maioria das vezes são mais legítimos (pela coesão da coletividade que os utiliza), abrangentes, eficazes e efetivos.<sup>57</sup>

Além do mais, conforme o autor “As normas são aplicadas pelos próprios membros da comunidade, sem a especialização do direito, sem os tribunais, sem o aparato estatal, o que torna ainda mais difícil a delimitação entre o que é a organização social e o sistema jurídico.”<sup>58</sup>

Afirma, ainda, que os sistemas jurídicos dos indígenas são formados por normas que definem, principalmente:

- comportamento público dos indivíduos;
- a organização interna da vida da comunidade, especialmente suas relações familiares;
- as relações intergrupais;
- as relações de trabalho;
- a apropriação dos recursos naturais;
- a propriedade dos bens;
- as crenças, religiões e rituais;
- as deliberações e resoluções;
- as instituições, cargos e funções “públicas”;
- o exercício do poder;
- as sanções devidas às condutas reprovadas;
- solução de conflitos;
- a arte.<sup>59</sup>

Além de definirem os sistemas jurídicos de cada comunidade indígena, tais normas procuram aproximar-se com o sistema jurídico adotado pelo Estado. No Brasil, são admitidas a existência e a executividade dos sistemas jurídicos indígenas. Portanto, o pluralismo jurídico, assim como já foi permitido através da Lei

---

<sup>57</sup> VILLARES, 2009, p. 22.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 22.

de Introdução ao Código Civil, também é admitido em relação aos sistemas jurídicos indígenas.

O reconhecimento dos sistemas jurídicos dos povos indígenas e suas autoridades não é uma concessão do direito estatal. Trata-se do reconhecimento pelo Estado de que o desenvolvimento da sociedade inclui os povos indígenas, respeitadas as suas peculiaridades. O Estado é construído em bases mais sólidas se todas as culturas que o compõe se desenvolvem igualmente. Aceitar a pluriculturalidade não significa esfacelar a idéia de um Estado unitário, com a separação de territórios ou Estados indígenas, mas compreender que cada ser humano que o integra possa viver plenamente sua cultura.<sup>60</sup>

Destarte, o próprio Estado democrático, uma vez reconhecendo as culturas e sistemas jurídicos particulares de cada povo, estará, de certa forma, fortalecendo o seu próprio sistema jurídico, ganhando com isso, legitimidade, quando os cidadãos se organizam por regras e promovem o desenvolvimento, num processo de unificação e de coesão de seu povo.

#### 2.1.4 Os Povos Indígenas e o Direito Internacional.

De certa forma, os Povos Indígenas passaram a fazer parte do Direito Internacional, principalmente após a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrido no Rio de Janeiro em 1992. O princípio 22, assim prescreve:

As populações indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm papel fundamental na gestão do meio ambiente e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses dessas populações e comunidades, bem como habitá-las a participar efetivamente da promoção do desenvolvimento sustentável.

Tal preceito, alhures citado, é considerado como a principal norma internacional de ampla aceitação a tratar os povos indígenas como sujeitos de Direito Internacional.

---

<sup>60</sup> VILLARES, 2009, p. 23/24.

## 2.2 O Povo Yanomami

Ao trazer a lume discussão envolvendo tão diferente e pouco conhecido povo e cultura, não se poderia furtar de prestar alguns esclarecimentos sobre os Yanomami, apresentando-os minimamente, bem como situando-os no território brasileiro e venezuelano.

Para o antropólogo Bruce Albert, os Yanomami<sup>61</sup> são um dos raros povos indígenas da Amazônia, cujo nome atingiu um grau de exposição de tal intensidade, tanto nos países em que vivem (Brasil e Venezuela) quanto na mídia internacional. A imagem dos Yanomami de ‘povo feroz’ ficou conhecida nos anos 60, a partir de estudos antropológicos sobre guerra e organização social conduzidos na Venezuela. Para o autor, essa imagem pejorativa acabou se modificando a partir dos anos 80, com a invasão de suas terras pela corrida do ouro. E, finalmente, no começo da década de 2000 em que ocorreu uma imensa polêmica acadêmica na qual questionava a ética nas pesquisas antropológicas e biomédicas conduzidas nas décadas de 1960 e 1970 na Venezuela, surgiu novamente o povo Yanomami nas manchetes dos meios de comunicação internacional.<sup>62</sup>

Tal autor, profundo conhecedor do povo Yanomami, ainda definiu com ímpar felicidade, no sítio eletrônico da Comissão Pró-Yanomami (CCPY), os integrantes desta singular etnia, como:

[...] uma sociedade de caçadores-agricultores da floresta tropical do Norte da Amazônia cujo contato com a sociedade nacional é, na maior parte do seu território, relativamente recente. Seu território cobre, aproximadamente, 192.000 Km<sup>2</sup>, situados em ambos os lados da fronteira Brasil-Venezuela na região do interflúvio Orinoco – Amazonas (afluentes da margem direita do Rio Branco e esquerda do Rio Negro). Constituem um conjunto cultural e linguístico composto de, pelo menos, quatro subgrupos adjacentes que falam línguas da mesma família (Yanomae, Yanõmamii, Saniima e Ninam).<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> De acordo com Albert: *Yanoama*, *Yanomamö* e *Yanomama* são nomes também usados na literatura para identificar este povo indígena desde os anos 1960. *Guaharibos*, *Waika* (*Guaica*), *Xiriana* (*Xirianã*, *Shiriana*) ou *Xirixana* (*Sirishana*), são designações freqüentes num período anterior.

<sup>62</sup> ALBERT, Bruce e MILLIKEN, William. *Urihi A. A terra-floresta Yanomami*. São Paulo: Institut de Recherche pour Le développement, 2009, p. 11.

<sup>63</sup> ALBERT, Bruce. In [www.proyanomami.org.br](http://www.proyanomami.org.br) (CCPY – Comissão Pró-Yanomami), acessado em 13.03.2010, às 17:28 horas.

Para explicar sua origem, os Yanomami remetem à copulação do *demiurgo Omama* com a filha do monstro aquático *Tëpërësikii*, dono das plantas cultivadas. A *Omama* é atribuída a origem das regras da sociedade e da cultura *yanomami* atual, bem como o criação dos espíritos auxiliares dos pajés: os *xapiripë* (ou *hekurapë*). O filho de *Omama* foi o primeiro *xamã*. O irmão ciumento e malvado de *Omama*, *Yoasi*, deu origem à morte e aos males do mundo.

Prossegue a narrativa, afirmando:

[...] não possuem afinidade genética, antropométrica ou linguística com os seus vizinhos atuais, como os Yekuana (de língua karib), geneticistas e linguistas que os estudaram deduziram que os Yanomami seriam descendentes de um grupo indígena que permaneceu relativamente isolado desde uma época remota. Uma vez estabelecido enquanto conjunto linguístico diferenciado, os antigos Yanomami teriam ocupado a área das cabeceiras do Orinoco e Parima há um milênio, e ali iniciado o seu processo de diferenciação interna (há 700 anos) para acabar desenvolvendo suas línguas atuais.<sup>64</sup>

Por esse e outros motivos, não falta quem afirme não existir um 'Povo Yanomami', mas sim vários povos distintos, pertencentes a diversas etnias, negando a identidade entre eles, servindo tal discurso para tentar legitimar os argumentos contrários à demarcação da Terra Indígena Yanomami – TIY –, localizada entre os Estados brasileiros de Roraima e do Amazonas.

Talvez o trabalho de maior repercussão neste ponto seja o de Carlos Alberto Menna Barreto, Coronel do Exército e ex- Secretário da Segurança Pública do então Território Federal de Roraima, que apoiado em dados históricos e de pesquisas de campo, afirma a inexistência de um povo Yanomami, mas sim de vários povos indígenas que teriam sido agrupados por pessoas oriundas de países europeus, com objetivos escusos, com a finalidade de, no futuro, desmembrar esse território do Brasil, constituindo-se em uma Nação independente, com total apoio dos países que compõe o G-8.<sup>65</sup>

A homologação da Terra Indígena Yanomami ocorreu aos 25 de maio de 1992, quando o então Presidente da República Federativa do Brasil, Fernando

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> G8 – Grupo dos oito países mais ricos mais a Rússia (Estados Unidos, Japão, Alemanha, Gran Bretanha, ....)

Collor de Mello, através de Decreto, pôs fim a uma longa batalha desse povo, homologando a demarcação de 9.664.975,48 (nove milhões, seiscentos e sessenta e quatro mil, novecentos e setenta e cinco hectares e quarenta e oito ares) e perímetro de 3.370 Km (três mil, trezentos e setenta quilômetros), tornando definitiva a demarcação administrativa promovida pela FUNAI, e reconhecendo a ocupação tradicional e permanente da terra pelo mencionado povo indígena.

Para uma melhor compreensão e visualização, delimitar-se-á geograficamente o imenso espaço territorial por eles ocupado, o qual, apesar de opiniões em contrário, é indispensável para que se cumpra a proposta do Estado brasileiro, qual seja, garantir ao povo em estudo a preservação de seus costumes e cultura.

Alcida Rita Ramos, em 1984, quase uma década antes da homologação da demarcação da área Yanomami e poucos anos antes da invasão garimpeira no aludido território, fato que causou inúmeros problemas como a disseminação de doenças até então por eles desconhecidas e a apresentação às bebidas alcoólicas, pois somente conheciam o caxiri – bebida fermentada produzida pelos indígenas nas suas comunidades – dentre outros, descreveu-os da seguinte forma:

[...] embora esse privilégio de serem os donos de seu destino esteja sendo rapidamente minado pelo crescente avanço de regionais, os Yanomami ainda representam uma rara e cara exceção em meio à imensa maioria dos casos de violação dos direitos mais básicos de grupos indígenas, não apenas na América do Sul, mas em toda parte. Ainda são um exemplo vivo de um povo capaz de extrair uma subsistência continuada do seu meio ambiente amazônico, utilizando técnicas e procedimentos que ainda não sofreram interferência da tecnologia moderna ou dos efeitos predatórios do superpovoamento.”<sup>66</sup>

Hoje, quase três décadas após o relato feito pela autora e profunda conhecedora daquele povo, tendo com eles convivido durante longos anos, permanecem reais essas características em algumas localidades mais isoladas, porém não é o que ocorre com os que vivem próximo às cidades.

---

<sup>66</sup> RAMOS, Alcida Rita. *Categorias Étnicas do Pensamento Sanumá: Contrastes Inter e Intra Étnicos*. Trabalhos de ciências Sociais. Série Antropologia nº 45, UNB. Brasília, DF, 1984.

A população hoje existente, segundo dados fornecidos pelo Sistema de Informações da Atenção à Saúde Indígena – SIASI –, publicado no site da Fundação Nacional de Saúde – FUNASA ([www.funasa.gov.br](http://www.funasa.gov.br)) –, com dados referentes ao ano de 2009, é composta por 18.370 (dezoito mil, trezentos e setenta) indivíduos, que ocupam a citada área do território brasileiro.

No Brasil, conforme já mencionado, habitam nos Estados de Roraima e Amazonas, concentrando-se majoritariamente no primeiro, onde vivem 10.984 (dez mil, novecentos e oitenta e quatro) indivíduos, dividindo-se a população entre os Municípios de Alto Alegre (6.353), Amajari (2.617), Caracaraí (869), Iracema (729) e Mucajaí (416).<sup>67</sup>

No Estado do Amazonas, somam 7.386 (sete mil, trezentos e oitenta e seis) indivíduos, entre os municípios do Barcelos (3.206), Santa Isabel do Rio Negro (2.162) e São Gabriel da Cachoeira (2.018).

A área em questão fica compreendida entre os Estados de Roraima e Amazonas, situando-se no primeiro nos Municípios de Alto Alegre, Amajari, Caracaraí, Iracema e Mucajaí e, no segundo, estendendo-se pelos Municípios de Barcelos, Santa Isabel do Rio Negro e São Gabriel da Cachoeira.

Porém, necessário o registro de que os Yanomami se encontram presentes também no vizinho país da Venezuela, que embora ainda não tenha oficialmente demarcado suas terras, ocupam cerca de 83.000 km<sup>2</sup> na denominada Reserva de Biosfera Alto Orinico-Casiquiare, entre os Estados de Bolívar e Amazonas, conforme citação de Kelly e Carrera:

Em contraste com a situação dos Yanomami no Brasil, não existe um território demarcado reconhecido pelo Estado como terra Yanomami, ainda que a maioria de sua área de ocupação esteja protegida pela figura ambiental Reserva de Biosfera Alto Orinico-Casiquiare (de 83.000 km<sup>2</sup>) desde 1991, que foi relativamente eficiente na proteção das comunidades indígenas contra colonizadores e iniciativas de mineração. Os Yanomami ao sul do Estado Bolívar e os do baixo Siapa vivem fora da Reserva Biosfera, e tampouco têm terras demarcadas, ficando expostos à mineração ilegal.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Fonte: Sistema de Informações da Atenção à Saúde Indígena - SIASI – FUNASA/MS, 21/02/2010.

<sup>68</sup> Kelly, José Antonio; Carrera, Javier; *Mudanças na Política Indigenista, Povos Indígenas no Brasil*

Costumeiramente, quando se fala em demarcação de terras indígenas, sempre se utiliza o argumento de que as extensões são exageradas e que é “muita terra para pouco índio”. Porém, tal conceito decorre do fato de que o parâmetro de comparação é a área ocupada pelos não-índios que se “apertam” nas grandes cidades, quando comparado ao número de indígenas “espalhados” nas áreas demarcadas.

No caso específico da população Yanomami, ao se dividir sua área (9.664.975,48 ha) pelo número de indivíduos que compõe referida etnia, chegar-se-á ao número de 526,12 (quinhentos e vinte e seis vírgula doze) hectares *per capita*, o que indiscutivelmente é uma área bastante grande para cada indivíduo, comparando-se como já dito, aos que vivem nas cidades.

No entanto, quando se lembra de que os grandes latifúndios da Amazônia, pertencentes a proprietários individuais, ultrapassam em muitas vezes o número *per capita* das terras reservadas aos Yanomami, posto que alguns possuem áreas de origem discutível, mas reconhecidas através de registro (também muitas vezes suspeitos) em cartórios da região, que ultrapassam 6.000, 10.000 ou mais de 20.000 hectares, tornam-se não tão vultosas as terras dos Yanomami.

Para se justificar ainda mais a extensão de terras do povo em estudo, deve-se levar em consideração que as terras indígenas, para serem reconhecidas, necessitam obedecer a vários critérios históricos e antropológicos.

Tais critérios devem observar, dentre outros, a localização na qual constroem suas comunidades, não apenas onde estejam localizadas no momento da identificação, mas todos os locais que já habitaram, também, os locais de “sepultamento” de seus antepassados, pois para eles são sítios sagrados, não admitindo em qualquer hipótese, sua violação.

Outro fator a ser observado é que os Yanomami vivem do extrativismo, pesca, caça e alguma agricultura de subsistência, sendo os dois primeiros de fundamental importância para sua sobrevivência.

Para aqueles, ditos civilizados, os quais aceitam com certa naturalidade e complacência a degradação ambiental, a poluição dos mares, rios e mananciais, têm-se grande dificuldade em compreender o respeito e cuidados que as populações indígenas têm em relação ao meio ambiente. Porém, para estas, o respeito à natureza é verdadeiro sentimento de auto-preservação e sobrevivência. Por outro lado, lembre-se de que a população que vive nas cidades, ou próximo delas, em geral, tem acesso a saneamento básico e principalmente água potável.

No caso dos indígenas pesquisados, residentes nas mais remotas áreas do nosso país, extremo norte brasileiro (e sul da Venezuela), não tem acesso a quaisquer serviços básicos, como o citado tratamento de água, significa dizer que se as nascentes dos rios que cortam suas terras não forem preservadas, não terão água potável para consumo, ameaçando-se a sobrevivência desse povo, a exemplo do que aconteceu no período da invasão garimpeira, quando parte de suas águas foram contaminadas pelo uso do mercúrio.

O mesmo princípio se aplica no que tange ao extrativismo e à caça que praticam, pois a interferência dos não-índios pode ameaçar essas importantes formas de sobrevivência da etnia.

Enfim, trazendo à baila, mesmo que modestamente, dados sobre os povos primitivos e o direito, os povos indígenas e principalmente noções sobre este que se destaca na imprensa internacional e em estudos científicos, passar-se-á, então, ao próximo capítulo que é justamente, já tendo com o referencial teórico apresentado e outros que utilizaremos, verificar **“A potencial consciência da ilicitude e o Povo Yanomami.”**



### 3 CULPABILIDADE E POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

#### 3.1 Culpabilidade

##### 3.1.1 Conceito e teorias

Segundo Rogério Greco<sup>69</sup>, culpabilidade “[...] é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”.

Guilherme de Souza Nucci ressalta o seu duplo aspecto:

[...] culpabilidade formal é a censurabilidade merecida pelo autor do fato típico e antijurídico, dentro dos critérios que a norteiam, isto é, se houver imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exibibilidade de atuação conforme o direito.

De outro lado, “[...] a culpabilidade material é a censura realizada concretamente, visualizando-se o fato típico e conhecendo-se o seu autor”<sup>70</sup>. Neste caso, serve para fundamentar a pena, auxiliando o juiz a atingir o seu limite concreto, dentro dos limites legais abstratamente fixados.

---

<sup>69</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, v. 1, 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 364.

<sup>70</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 285.

Em apertada síntese, e dentro de pequenas variações da doutrina, essa é a atual compreensão dogmática da culpabilidade, considerando o tratamento dado à matéria pelo Código Penal Brasileiro. Contudo, para que se possa melhor entender o conceito, bem como a determinação de seus elementos, necessário se faz, ainda que de forma superficial, um retrospecto dos principais antecedentes das modernas teorias.

Com efeito, como bem pontuado por Muñoz Conde, citado por Cezar Roberto Bitencourt, a culpabilidade:

[...] não é uma categoria abstrata ou aistórica, à margem, ou contrária às finalidades preventivas do Direito Penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual destinado a explicar porque, e para que, em um determinado momento histórico, recorre-se a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio.<sup>71</sup>

Pois bem, como é cediço, até a segunda metade do século XVIII, sob a égide do Absolutismo, os juízes eram dotados de ilimitado arbítrio, não raras vezes julgando os homens de acordo com sua condição social e não pelo que fizeram. Nesse contexto, o sistema era demasiadamente repressivo, sendo as penas desproporcionais e desumanas.

Durante o renascimento cultural promovido pelo movimento iluminista, os novos ideais não demoraram a irradiar no campo do direito, levando os juristas da época – dentre os quais Beccaria – a insurgirem-se contra o mencionado quadro de inquietante insegurança jurídica.

Em linhas gerais, o que se almejava era um sistema menos sujeito a interpretações subjetivas, que valorizasse a proporcionalidade das penas e garantisse a prevenção geral pela certeza da punição e não mais pelo terror. Quanto à culpabilidade, o novo modelo proposto tinha seu fundamento no livre arbítrio do indivíduo, que manifestando uma vontade livre e consciente realizava uma conduta contrária ao direito.

---

<sup>71</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, v. 1, 8. ed. São Paulo:Saraiva, 2003, p. 14.

Na segunda metade do século XIX, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt<sup>72</sup>, mostrou-se insuficiente o conceito de culpabilidade construído sobre o alicerce do direito natural, entrando em declínio a mencionada teoria da liberdade da vontade. Abriu-se, então, o caminho para o nascimento da teoria psicológica da culpabilidade, a primeira estruturação dogmática moderna sobre o tema.

Sob a influência do positivismo, onde tudo se podia e deveria explicar através de uma relação de causa e efeito, procurou-se separar o conceito analítico de crime em duas partes: uma **objetiva**, formada pela ação típica e antijurídica, e a outra **subjetiva**, composta pela culpabilidade, sendo esta entendida pela teoria psicológica como o liame subjetivo existente entre a ação e o resultado. Nessa construção dogmática, a culpabilidade tinha como pressuposto a imputabilidade e se manifestava sob a forma de dolo ou de culpa em sentido estrito.

Esse conceito se mostrou insuficiente, pois não havia solução sistemática para casos em que a reprovabilidade do agente era inexistente ou atenuada, como no erro de compreensão e inexigibilidade de conduta diversa. Note-se que, nas hipóteses citadas, sempre há dolo ou culpa, porém com a censurabilidade diminuída ou até excluída. Todavia, pela teoria psicológica, sendo o agente imputável, e obrando com dolo ou culpa, sempre seria culpável, independente da situação concreta.

Ademais, outro problema verificado era que o conceito de culpabilidade como relação psicológica não explicava a culpa inconsciente, onde não há relação psicológica entre conduta e resultado.

Por esse motivo, no início do século XX, alguns estudiosos, dentre os quais se destacaram Frank, Mezger, Goldschmidt e Freudenthal, cada qual com sua contribuição, propuseram significativas alterações dogmáticas, resultando em um conceito complexo de culpabilidade, cuja teoria denominou-se psicológico-normativa.

Frank foi o primeiro a advertir que o dolo e a culpa não esgotavam todo o conteúdo da culpabilidade, que também precisaria de um elemento de censura,

---

<sup>72</sup> Cf. BITENCOURT, 8. ed., 2003, p. 287.

inocorrente em situações anormais. Freudenthal, por sua vez, foi quem melhor esmiuçou o conceito, acrescentando o elemento da exigibilidade de conduta diversa como sendo o diferencial entre o culpável e o não culpável.

Ainda de acordo com Bitencourt, a imputabilidade continuou indispensável na teoria psicológico-normativa, mas como seu elemento e não pressuposto. “O *dolo* ou a *culpa*, de formas da culpabilidade, foram transformados em seus elementos, no caso, psicológico-normativos”<sup>73</sup>

Outrossim, foi nesse período que surgiu a semente do erro de proibição, pois alguns doutrinadores sustentavam que o dolo possuiria como elemento, além da vontade (elemento natural), a consciência da ilicitude (elemento normativo), resgatando a idéia do *dolus malus* do Direito Romano. Assim, não agiria com dolo, e conseqüentemente com culpabilidade, quem não tivesse a consciência da ilicitude.

Entretanto, a concepção de um dolo híbrido, composto de intenção e consciência da ilicitude, acabou gerando um problema para a punição do delinquente habitual, que, muitas vezes, em decorrência de sua criação e modo de vida, não possuía essa consciência e, conseqüentemente, agiria sem dolo. Mezger, então, concebeu um adendo à teoria, chamado de culpabilidade pela condução de vida, o que Bitencourt avalia como sendo uma porta para o arbítrio, como, de fato, ocorreu com o código penal da Alemanha nazista.

Em suma, a teoria psicológico-normativa representou certo avanço ao acrescentar elementos normativos no conceito de culpabilidade. Porém, por manter os elementos psicológicos, o que lhe deu a denominação, bem como por se vincular ainda à estrutura do sistema clássico/causalista, ainda não fornecia soluções jurídicas sistemáticas e seguras para várias situações concretas, impasses que foram superados pela teoria normativa pura, concebida por Welzel, a qual, pela sua relevância, merece ser tratada à parte.

---

<sup>73</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de Tipo e Erro de Proibição: uma análise comparativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66.

### 3.1.2 Teoria Normativa Pura

Em 1931, Welzel publicou sua obra *Causalidade e Omissão*<sup>74</sup>, marco revolucionário na dogmática penal, rompendo em absoluto com o sistema clássico/causalista, deslocando a análise da finalidade do agente (dolo) para o âmbito da conduta (tipo penal), considerando que, na realidade, “[...] o fim da conduta, elemento intencional da ação, é inseparável da própria ação”<sup>75</sup>.

Nesse novo sistema, rotulado de finalista, a culpabilidade, enfim, livrou-se dos elementos psicológicos, sendo composta unicamente por elementos normativos, cuja análise demanda um puro juízo de valor para se aferir a reprovabilidade ou não do autor da conduta.

O Dolo, dentro do sistema finalista, é apreciado por ocasião do juízo de tipicidade. Isso resolveu o problema dogmático da tentativa, vez que para se tipificar o crime almejado pelo agente é preciso incursionar pela intenção. Por exemplo, se uma pessoa é surpreendida pulando o muro de uma residência, poderia ela pretender um furto ou então a mera violação de domicílio, sendo que a correta tipificação exige a análise da vontade. Assim, não era sustentável deixar o dolo na culpabilidade, obedecendo à superada divisão entre fase objetiva (injusto) e fase subjetiva (culpabilidade).

É de se ressaltar, em outro enfoque, que o dolo do finalismo não é mais normativo ou híbrido, como aquele concebido na teoria psicológico-normativa, mas sim natural, avalorado. Por sua vez, a consciência da ilicitude, dali extraída, permaneceu na culpabilidade, mas não em sua forma atual ou efetiva, mas potencial, de sorte que estará presente sempre que ao agente fosse possível introjetar o conteúdo ilícito da conduta, amenizando a insegurança causada pela teoria da “culpabilidade pela conduta de vida”, no trato do delinquente habitual ou por tendência.

---

<sup>74</sup> Cf. ESTEFAM, André. *Direito Penal* 1. 5. ed. São Paulo:Saraiva, 2008, p.66-67.

<sup>75</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 188.

Em síntese, não houve a inclusão de novos elementos sobre a estrutura idealizada pela teoria psicológico-normativa, mas apenas um remanejamento, sendo que dolo e culpa foram para o tipo, permanecendo como elementos da culpabilidade: a imputabilidade, a consciência potencial da ilicitude e a exigibilidade de atuação conforme o direito.

Por derradeiro, é importante mencionar que as teorias de Welzel foram adotadas pela reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro, ocorrida em 1984, quando foi reconhecido o erro de compreensão como causa de exclusão ou diminuição da culpabilidade, a depender se escusável ou não, o que adiante será abordado.

### **3.2 Elementos da culpabilidade**

De acordo com a teoria pura da culpabilidade, a conduta será reprovável ao autor somente quando este for imputável, tenha a possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato e possa agir em conformidade com o justo.

Em outras palavras, devedor diante da norma é aquele imputável que, podendo compreendê-la e por ela guiar-se, decide, ainda assim, atuar de forma contrária, cedendo ao estímulo criminoso.

Considerando a adoção da teoria pura da culpabilidade, com a reforma da parte geral ocorrida em 1984, o nosso Código Penal contemplou essa construção dogmática, o que se pode aferir a partir da leitura do art. 26 (inimputabilidade), art. 21 (erro de proibição) e art. 22 (inexigibilidade de conduta diversa).

Assim, para o Direito Penal Brasileiro, em consonância com o sistema finalista, a ausência de qualquer desses elementos implica a absolvição, ficando o agente isento de pena, motivo pelo qual, dada a importância do tema, serão analisados individualmente a seguir.

### 3.2.1 A Imputabilidade

A imputabilidade penal, no conceito de Guilherme de Souza Nucci, “[...] é o conjunto de condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento”.<sup>76</sup>

O Código Penal Pátrio, a *contrario sensu*, definiu as situações em que essas condições pessoais não estão presentes, quais sejam:

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**.

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.

Art. 27 - **Os menores de 18 (dezoito) anos** são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por **embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior**, 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**.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. [grifo nosso]

Por ser pertinente ao desenvolvimento deste trabalho, será dispensada maior atenção apenas à hipótese de inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, prevista no art. 26.

Nesse tocante, de acordo com a Exposição de Motivos do Código Penal, o legislador brasileiro optou pelo sistema bio-psicológico, o que significa dizer que deverá ser aferida a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto (critério

---

<sup>76</sup> NUCCI, 2007, p. 287.

biológico), com a verificação de que essa circunstância ocasionou, ao tempo da ação ou omissão, a completa incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico).

Conforme ressalta Mirabete, “[...] embora vaga e sem maior rigor científico, a expressão doença mental abrange todas as moléstias que causam alterações mórbidas à saúde mental [...]”, que “podem ser orgânicas (paralisia progressiva, sífilis cerebral, tumores cerebrais, arteriosclerose etc.), tóxicas (psicose alcoólica ou por medicamentos) e funcionais (psicose senil etc.)”.<sup>77</sup>

De outro turno, quanto à hipótese de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, interessante conferirmos o entendimento de Nelson Hungria, citado por José Frederico Marques, *in verbis*:

Sob o título do fator biológico aludido, estão agrupados, como o ensina Nelson Hungria, ‘não só os **deficitários congênitos** do desenvolvimento psíquico’ ou ‘**oligofrênicos**’ (idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que são por **carência de certos sentidos (surdos-mudos) e até mesmo os ‘silvícolas inadaptados’**. E acrescenta o eminente penalista: **‘Desenvolvimento mental incompleto é o que ainda não se concluiu (infantes, adolescentes), enquanto desenvolvimento mental retardado é o que não pode chegar à maturidade psíquica (oligofrênicos, surdos-mudos)... Dir-se-á que, tendo sido declarado em dispositivo à parte, irrestritamente irresponsáveis os menores de 18 anos, tornava-se desnecessária a referência ao ‘desenvolvimento mental incompleto’; mas explica-se: a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado do gentio’**.<sup>78</sup> [grifo nosso]

Nota-se, assim, que o tratamento do indígena inadaptado, pelos moldes propostos pelo legislador de 1940, resolver-se-ia no campo da imputabilidade penal, sendo considerado, aparentemente com requintes de discriminação, como pessoa com quadro de desenvolvimento mental incompleto, dada sua falta de convivência com a sociedade envolvente, dita civilizada.

Nesse ponto, afigura-se oportuno, e de grande relevância histórica, a contextualização do entendimento de Raimundo Nina Rodrigues, médico legista,

<sup>77</sup> MIRABETE, 1991, p. 201-202.

<sup>78</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p.233-234.



psiquiatra, professor e antropólogo, durante o período do império, que bem demonstra a visão distorcida vigente àquela época, acerca das raças humanas consideradas “inferiores”, *in litteris*:

[...] I. Discriminados assim os elementos anthropologicos distinctos em que naturalmente se resolve a população brasileira, posso abordar agora a questão capital que nos occupa. Por si mesmo, ella se formula nos seguintes quesitos: Pode-se exigir que todas estas raças distinctas respondam por seus actos perante a lei com igual plenitude de responsabilidade penal? Acaso, no celebre postulado da escola classica e mesmo abstrahindo do livre arbítrio incondicional dos metaphysicos, se pode admittir que os selvagens americanos e os negros africanos, bem como os seus mestiços, já tenham adquirido o desenvolvimento physico e a somma de faculdades psychicas, sufficientes para reconhecer, num caso dado, o valor legal do seu acto (discernimento) e para se decidir livremente a commettel-o ou não (livre arbítrio) ? — **Por ventura pode-se conceder que a consciencia do direito e do dever que teem essas raças inferiores, seja a mesma que possui a raça branca civilisada?** — ou que, pela simples convivencia e submissão, possam aquellas adquirir, de um momento para o outro, essa consciencia, a ponto de se adoptar para ellas conceito de responsabilidade penal idêntico ao dos italianos, a quem fomos copiar o nosso código? [grifo nosso]<sup>79</sup>

Zaffaroni e Pierangeli<sup>80</sup>, percebendo que o tratamento jurídico penal do indígena, tal como concebido pelo atual Código Penal, é desdobramento desse inconcebível paradigma, ressaltam, com propriedade, que os silvícolas, ou aqueles que compartilhem de regras de qualquer outro grupo social diferenciado, podem, ou não, ser inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. Prosseguem, afirmando que essa psiquiatria ideológica em nada difere do discurso de justificação, que produziu a destruição de grupos culturais originários de singular complexidade antropológica, bem como perseguições religiosas.

Convém registrar, ainda, que os inimputáveis a que se refere o *caput* do art. 26, dentre os quais os silvícolas, ficariam sujeitos a uma absolvição imprópria, ou seja, aplicando-se medida de segurança, *ex vi* do art. 97, do Código Penal, a ser cumprida em hospital de custódia – manicômio judiciário.

<sup>79</sup> NINA RODRIGUES, Raimundo. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil*. BDJur, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9989>>, acessado em 16 de agosto de 2010.

<sup>80</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 554-555.

Sobre o tema, oportuna é a crítica de Haroldo César Bianchi:

“[...] impõe-se, ainda, considerar que, em caso de inimputabilidade ou semi inimputabilidade, inexistente outro estabelecimento adequado, como referido pela lei (art. 96, inc. I), o que implica no encaminhamento do índio para internação em hospital de custódia e tratamento (leia-se: Manicômio Judiciário). Tal medida, à evidência, não se compatibiliza com a condição de indígena, até porque, repita-se, o que se está considerando é a imposição de medida de segurança ao infrator pelo fato dele ser índio.”<sup>81</sup>

No mesmo sentido, Fábio André Guaragni:

“[...] A partir de uma expressão etnocêntrica de superioridade intelectual do homem branco, até hoje a só condição de silvícola não adaptado vem associada a uma menor capacidade intelectual, como se o pertencer a outra cultura pudesse equiparar-se ao portar de condições mórbidas de incapacidade mental. [...] O índio não é portador de desenvolvimento mental incompleto por pertencer à outra cultura. Ao contrário: como qualquer pessoa mentalmente madura e sã, carrega consigo uma tábua de valores, a partir da qual compreende o certo e o errado e, após, determina suas ações acorde com o que compreende como certo. O que varia não é a capacidade cognitivo-volitiva de apegar-se a um universo de valores culturais, sintetizados mediante normas. O que muda é a própria tábua de valores.”<sup>82</sup>

Enfim, considerando que o assunto será desenvolvido adiante, por ora limita-se ao essencial, apenas para que se inicie a reflexão acerca da problemática do tratamento jurídico-penal do indígena, considerando desde já a aparente impropriedade da interpretação legal dominante.

Dito isto, passa-se à análise da exigibilidade de conduta diversa, cujo tratamento foi adiantado, em relação à potencial consciência da ilicitude, que será abordada em item próprio, por sistematização do trabalho.

### 3.2.2 A exigibilidade de conduta diversa

A exigibilidade de conduta diversa, conforme explanado em tópico anterior, foi incluída como elemento da culpabilidade durante a teoria psicológico-

<sup>81</sup> BIANCHI, César Haroldo. *Índio Brasileiro ante a intolerância: aspectos legislativos e penais*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de Direito de São Paulo, 2010, p. 245.

<sup>82</sup> GUARAGNI, 2010.

normativa, quando se constatou que o vínculo psíquico entre conduta e resultado não encerrava adequadamente a culpa (*lato sensu*), sendo necessário, também, o aferimento de um elemento normativo, externo à cabeça do autor, que culminasse em um juízo concreto de reprovabilidade.

Em outras palavras, a experiência demonstrou que em ocasiões especiais, embora o agente fosse imputável e realizasse a conduta com pleno conhecimento das circunstâncias fáticas, não deveria ser considerado culpável, por não ser exigível, diante da situação fática concreta, que atuasse de acordo com o direito.

Assim, mais que a mera averiguação da existência do dolo – vínculo psicológico existente entre o autor e a conduta, fazia-se necessário um desvalor normativo, a ser realizado pelo juiz, no sentido de verificar possível ocorrência de hipóteses que excluíssem a exigibilidade de outra conduta, e, conseqüentemente, a culpabilidade.

Sobre este elemento da culpabilidade, vejamos a leitura de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, para quem a exigibilidade de conduta diversa:

“Baseia-se na teoria da normalidade das circunstâncias, ou seja, quando o legislador previu como reprováveis determinadas condutas, imaginou a atitude do sujeito em circunstâncias normais. Se as circunstâncias estão substancialmente alteradas, de forma a alterar a normal liberdade de percepção e opção entre o caminho do Direito e o caminho do ilícito, a reprovabilidade também será influenciada. Assim, se as circunstâncias tornam a conduta diversa (de acordo com o Direito) inexigível, fica afastada a culpabilidade.”<sup>83</sup>

Devidamente analisado o conceito, verifica-se que o Código Penal brasileiro contempla, em seu art. 22, apenas duas hipóteses legais de exclusão da culpabilidade, que são a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, nos seguintes termos: “Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

---

<sup>83</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 105.

Contudo, há setores da doutrina e jurisprudência que entendem ser cabível interpretação extensiva à inexibibilidade, por se tratar de norma permissiva, podendo ser invocada, portanto, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Por esse posicionamento, uma pessoa contundentemente ameaçada de morte por indivíduo de alta periculosidade, poderia, por exemplo, executar o desafeto, mesmo fora das hipóteses de legítima defesa, alegando que qualquer pessoa faria o mesmo para evitar o prometido mal maior.

Ainda quanto a esse tema, é de se destacar a posição de Guilherme Madi Rezende<sup>84</sup>, segundo a qual o índio pode ter a sua culpabilidade excluída ou atenuada a esse título, quando comete o crime optando conscientemente pela preservação de seus valores culturais, em detrimento dos da cultura envolvente.

Segundo o citado autor, é possível ocorrer situação em que o indígena, ciente de que determinada conduta, embora costumeiramente aceita na sua comunidade, é crime para os “brancos”, opta por agir de acordo com a sua tábua de valores. Neste caso, *à medida que o esquema geral de valores deve ser respeitado e é inclusive protegido, não se pode reprovar esta conduta*, sendo, portanto, inexigível ao autor que agisse de acordo com o direito positivado.

Um entrave importante a esta solução proposta é que as causas supralegais de exclusão da culpabilidade, por interpretação extensiva da inexibibilidade de conduta diversa, ainda encontram resistência na doutrina, em vista da possibilidade de causar insegurança na aplicação da lei e um descrédito à função da prevenção geral da pena.

A título exemplificativo, Jeschek e Weigend argumentam que:

[...] el Derecho penal necesita criterios em el ámbito de la culpabilidad que, ciertamente, deben ajustarse a la valoración de la formación de la voluntad pero que deben estar formalizados y legalmente determinados. Una causa

---

<sup>84</sup> Cf. REZENDE, Guilherme Madi. *Índio – tratamento jurídico-penal*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p.101-107.

de exculpación supralegal como la de la inexigibilidad, tanto si se entiende objetiva como subjetivamente, debilitaría el efecto preventivo-general del Derecho penal y conduciría a la desigualdad em la aplicación del Derecho, pues la 'inexigibilidad' no es un criterio idóneo. Además, de acuerdo com la clara sistemática de la Ley, las causas de exculpación constituyen disposiciones excepcionales que no son susceptibles de aplicación extensiva.”<sup>85</sup>

Independente da posição a se adotar, certo é que, dada a importância do debate, o tema merece a atenção dos operadores e estudiosos do direito.

Com efeito, a análise da prática forense indica a existência cada vez mais frequente de alegações e teses nesse sentido, de forma que, à míngua de maiores estudos a respeito, caberá ao Juiz, ou ao Conselho de Sentença, com base nas peculiaridades de cada caso concreto, tomar a decisão mais justa e adequada.

### 3.3 A potencial consciência da ilicitude

#### 3.3.1 Conceito

Para melhor compreender o significado da “*potencial consciência da ilicitude*”, é oportuno efetuarmos a sua delimitação dogmática, a partir do entendimento doutrinário.

Heleno Cláudio Fragoso nos ensina que “[...] a consciência da ilicitude é a consciência que o agente deve ter de que atua contrariamente ao direito. Essa consciência, ao menos potencial, é elementar ao juízo de reprovação [...]”<sup>86</sup>

No mesmo sentido, Hans Welzel, o idealista da teoria finalista da ação e da teoria normativa pura da culpabilidade, afirma que:

---

<sup>85</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada:Editorial Comares, 2002, p.542.

<sup>86</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 206.

Uma ação não é de imediato censurável pelo único fato de que seu autor tenha conhecido, ou tido condições de conhecer sua qualidade e ser adequada ao tipo, mas, unicamente, quando ele conheceu ou pode conhecer sua antijuricidade. Ao conhecimento ou possibilidade de conhecimento da concreção do tipo, deve acrescentar-se o conhecimento ou possibilidade de conhecimento da antijuricidade. A clara verdade é que se pode fazer a censura de culpa somente quando o autor esteve em condições de conhecer a antijuricidade de seu fazer: o autor teria tido condições de formar sua vontade de ação conforme o direito, em lugar de fazê-lo antijuridicamente.<sup>87</sup>

As origens dogmáticas da construção remontam de anos anteriores, sob a égide da Teoria Psicológico-Normativa, quando os doutrinadores do período sustentavam que o dolo possuiria como elemento, além da vontade (elemento natural), a consciência da ilicitude (elemento normativo), resgatando a idéia do *dolus malus* do Direito Romano. Assim, não agiria com dolo, e conseqüentemente com culpabilidade, quem não tivesse a consciência da ilicitude.

Essa concepção de um dolo híbrido, composto de intenção e consciência da ilicitude, acabou gerando um problema para a punição do delinquente habitual, que, muitas vezes, em decorrência de sua criação e modo de vida, não possuía essa consciência e, conseqüentemente, agiria sem dolo. Iniciaram-se, então, grandes discussões acerca da inconveniência da teoria, vez que os delinquentes mais inadaptados ao meio social poderiam ficar à margem do poder punitivo estatal.

Com a teoria normativa pura, o dolo saiu da culpabilidade e passou a integrar a conduta típica, porém não mais como dolo híbrido e sim natural. A consciência da ilicitude, por sua vez, permaneceu como elemento da culpabilidade, mas sendo suficiente apenas o conhecimento potencial para configurar o juízo de reprovação, resolvendo as críticas apontadas.

Dessa forma, não se pode censurar o agente que não possuía, ao tempo do fato, o conhecimento do caráter ilícito de sua ação, e sequer tinha a possibilidade, dadas as circunstâncias, de conhecê-lo. Este é o clássico erro de proibição escusável, cuja implicação é a absolvição por ausência de culpabilidade.

---

<sup>87</sup> WELZEL, Hanz. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p.244-245.

Porém, se se desconhecesse o caráter ilícito mas fosse possível conhecê-lo, aí se trata do erro de proibição inescusável, o qual não exclui a culpabilidade, mas faculta ao juiz a diminuição da reprimenda, se assim entender.

Cristalinamente, a inclusão deste elemento se deu em meio a um perceptível avanço no desenvolvimento dogmático da teoria da culpabilidade, sendo inegável que quanto mais o direito penal se afasta dos resquícios da responsabilidade penal objetiva, prestigiando o princípio da culpabilidade, mais se harmoniza com os ideais de um estado democrático de direito.

Todavia, é oportuno destacarmos que o chamado erro de compreensão, em um primeiro momento, enfrentou notória relutância doutrinária, conforme percebido por Welzel, que assim se manifestou a respeito:

Esta simples verdade necessitou de muito tempo e grande esforço para ser aceita, e ainda hoje é discutida. A autoridade do preceito romano *error juris nocet* e a preocupação infundada de que possa ser dada ao infrator do direito uma escusa cômoda e uma absolvição não justificada, tem impedido até a atualidade o reconhecimento da consequência logicamente obrigatória do conceito da culpabilidade.<sup>88</sup>

De fato, as considerações do citado autor mostraram-se procedentes, servindo a legislação brasileira como exemplo, pois somente prestigiou a teoria pura da culpabilidade, bem como as demais concepções finalistas, a partir da reforma da parte geral, ocorrida em 1984, quando foi admitida a falta de conhecimento da ilicitude como causa de exclusão da culpabilidade.

Na ocasião, assim manifestou-se o legislador, na exposição de motivos da Lei nº 7.209/84:

É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sine culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada “teoria limitada da culpabilidade”.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> WELZEL, 2003, p. 244-245.

<sup>89</sup> BRASIL, *Códigos 5 em 1: Constituição Federal, Civil, Processo Civil, Penal, Processo Penal*:

A propósito, sobre a necessidade dessa esperada reforma legislativa, Francisco de Assis Toledo afirma:

**Será fácil, aliás, compreender a impostergável exigência desse novo elemento** para a complementação do juízo de culpabilidade, **se aceitarmos** a conclusão evidente por si mesma de **que não se pode emitir um juízo de reprovação em relação ao agente que, ao cometer o fato, não sabia nem tinha a possibilidade de saber o exato significado daquilo que fez.**<sup>90</sup> [grifo nosso]

Por derradeiro, para melhor compreensão do tema, vejamos o entendimento de Alcides Munhoz Neto, citado por Assis Toledo:

“Precisamente onde o número dos que desconhecem a lei é maior, é que mais condenável se torna a rigidez do error iuris nocet, sendo absurdo pretender que a lei, elaborada para quem sabe ler e meditar, raciocinar e deliberar com segurança sobre os problemas da vida, seja indistintamente aplicada a todos os brasileiros, transformando-se em instrumento de iniquidade contra a parcela valorosa e respeitável de sua população, representada pelos analfabetos e apedeutas, gente rústica e simplória, vivendo nos rincões afastados, nas vilas pacatas, de costumes rudimentares e inocentes. Do que se deve cuidar é de estabelecer um critério que permita ao juiz, no uso de seus poderes discricionários, examinar a alegação de desconhecimento da antijuridicidade, a fim de, ou isentar o autor de pena, quando a ignorância seja plenamente escusável, ou atenuar a sanção, de acordo com o grau de desculpabilidade, ou, ainda, negar-lhe qualquer relevância quando derivada de culpável desajustamento do autor às exigências da ordem jurídico-penal.”<sup>91</sup>

Ante o exposto, pondera-se que a falta de consciência da ilicitude como excludente da culpabilidade não deve ser vista como uma porta para a insegurança jurídica, para a impunidade de perigosos delinquentes, mas sim como um fator de correção da resposta penal, considerando a possibilidade de ocorrência de inúmeras situações, nas quais, efetivamente, o agente atua sem possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato, caso em que não se afigura justo que seja tratado como criminoso.

Essa consideração ganha especial relevo quando se sabe ser o Brasil um país continental, que apresenta realidades sócio-culturais tão distintas e contrastantes, não esquecendo também das comunidades isoladas, com tábuas de

---

*legislação complementar e súmulas do STF e do STJ*. 7.ed. Barueri:Manole, 2009, p. 575.

<sup>90</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 256.

<sup>91</sup> TOLEDO, 2007, p.264.



valores absolutamente estranhas para a sociedade envolvente, como é o caso específico deste trabalho.

### 3.3.2 O objeto da consciência da ilicitude

Um determinado ato praticado não é censurável apenas porque o agente o realizou com conhecimento ou a possibilidade de conhecimento das elementares do tipo penal transgredido, sendo necessário existir a consciência de que há uma relação de conformidade entre a norma proibitiva abstrata e o seu agir concreto.

Mas, afinal, quais são os parâmetros para que se possa afirmar que, em determinada situação, o sujeito possuía ou não a consciência da ilicitude? A análise da doutrina revela a existência de três posições a respeito: formal, material e intermediária.

Cristiano Rodrigues<sup>92</sup> relata que a primeira, denominada concepção formal, é baseada na necessidade de que o autor saiba que está violando uma determinação penal. Tem como defensores Karl Binding, Ernest Beling e Franz Von Liszt.

Para os adeptos da segunda posição - material, a essência da consciência do injusto reside no conhecimento da contradição entre o comportamento e a ordem comunitária. No critério ora posto, basta que o agente pratique o ato com a consciência de que é antissocial ou imoral.

Com esse entendimento, Jeschek e Weigend argumentam que:

El objeto de la consciencia de la ilicitud no es el conocimiento de la proposición jurídica infringida o de la punibilidad del hecho. Más bien, es suficiente con que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que, por ello, está jurídicamente prohibido.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Cf. RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro*. 2. ed. São Paulo:Lúmen Júris Editora, 2009, p. 60-66.

<sup>93</sup> JESCHEK; WEIGEND, 2002, p.487.

No mesmo sentido Cláudio Brandão: “[...] a consciência da antijuridicidade será sempre presente quando o indivíduo conseguir valorar negativamente sua conduta, isto é, puder representá-la como injusta, má, proibida”.<sup>94</sup>

Para Anibal Bruno é suficiente que o agente saiba ou possa saber que o ato praticado é em desacordo com a ordem jurídica vigente, pois se a lei exigisse que o agente compreendesse efetivamente esta ilicitude, chegaria-se a conclusão de que haveria uma inculpabilidade geral.<sup>95</sup>

Nesta mesma esteira, Nelson Hungria, citado por Cristiano Rodrigues:

A consciência da injuricidade pode faltar não obstante o conhecimento específico da lei, do mesmo modo que pode ocorrer a despeito da ausência de tal conhecimento. Quando se diz consciência da injuricidade, o que se quer exprimir é a consciência da oposição ao dever ético-jurídico, e o conhecimento deste não está indeclinavelmente adstrito à prévia certeza de que um artigo da lei penal especialmente o reclama ou sanciona.<sup>96</sup>

Finalmente, a terceira corrente é a intermediária. Para os defensores desta concepção, não seria o bastante conhecer a danosidade social, com base nas regras morais e de costumes. Por outro lado, não é preciso se chegar ao extremo defendido pela concepção formal, ao exigir um conhecimento específico a respeito da determinação penal a ser violada e sua punibilidade, visto que nem os operadores do direito possuem o pleno conhecimento de todas as normas vigentes no sistema. Basta, destarte, a chamada “consciência profana” do injusto.

Nivaldo Brunoni parece concordar com esta última posição:

[...] os valores da ordem jurídica nem sempre coincidem com aqueles expressados nas pautas sociais, não raras vezes delas se distanciando por completo. As normas morais vão muito além do ‘mínimo ético’ juridicamente protegido.”, o que mostra ser insuficiente a consciência da imoralidade da conduta; b) no tocante ao caráter fragmentário do Direito Penal, porque exigir só conhecimento da antijuridicidade implicaria um reforço ilegítimo de outros ramos do Direito (Civil e Administrativo sancionador) à custa da liberdade do indivíduo que não quer se submeter à pena (ainda que consinta submeter-se a sanção civil ou administrativa).<sup>97</sup>

<sup>94</sup> BRANDÃO, Cláudio. Posição da Culpabilidade na dogmática penal. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre. n. 16, 2004, p. 117.

<sup>95</sup> BRUNO, Anibal. *Direito Penal 4*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p. 32.

<sup>96</sup> RODRIGUES, 2009, p. 55.

<sup>97</sup> BRUNONI, Nivaldo. *Princípio de Culpabilidade. Considerações. Fundamento, Teoria e*

No mesmo sentido, Claus Roxin:

Conciencia de la antijuridicidad significa: el sujeto sabe lo que hace no esta jurídicamente permitido, sino prohibido. Segun eso, para la conciencia de la antijuridicidad no basta la conciencia de la dañosidad social e de la contrariedad a la moral de la própria conducta; pero, por otro lado, tampoco es necesaria la op.dom. la conciencia de la punibilidad. Se exige demasiado poco cuando se considera suficiente para la consciencia de la antijuridicidad la consciencia de la dañosidade o de la inmoralidade.<sup>98</sup>

Esse é também o entendimento de Heleno Cláudio Fragoso, ao afirmar não ser necessário “o conhecimento da violação do direito, bastando a consciência que resulta de uma valoração paralela na esfera do leigo, de que se falta ao dever imposto pelo ordenamento jurídico.”<sup>99</sup>

Nessa meada, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira ressalta ser “muito importante a percepção da chamada consciência profana do injusto”, arrematando que “se o sujeito não tem, pelas suas circunstâncias específicas, condições de conhecer o conteúdo do injusto, não tem liberdade para escolher entre o caminho do Direito e o do ilícito.”<sup>100</sup>

Enfim, pela leitura atenta das três concepções apresentadas, não se percebe a existência de grandes antagonismos, pois uma completa a outra, ou, em outra ótica, uma serve de pressuposto existencial e lógico da conceituação trazida pela seguinte.

Jorge de Figueiredo Dias assim se posiciona:

Daí supor a culpa tão-só que o agente tome *consciência da ilicitude material* (sc., da danosidade social e conqente dignidade penal) do facto que pratica e não da proibição legal que a ele está ligada. Tanto pode suceder, aliás, que detenha a consciência da ilicitude material sem conhecer a proibição legal ou antijuridicidade formal, como inversamente que conheça esta sem deter aquela.

Para o autor, tanto num caso quanto em outro, o agente possui a consciência da ilicitude requerida, eis que:

---

*Conseqüências*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 236.

<sup>98</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General, Tomo I*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid:Civitas Ediciones, 2006, p. 866.

<sup>99</sup> FRAGOSO, 1993, p. 206.

<sup>100</sup> JUNQUEIRA, 2009, p. 102.

[...] no primeiro caso ele conhece a danosidade social do facto e portanto a sua vontade decide-se conscientemente pelo ilícito material; no segundo o conhecimento da antijuridicidade formal já torna claro ao agente que, pelo menos da perspectiva do direito positivo, ao facto é atribuída danosidade social.<sup>101</sup>

De outra banda, também não se pode perder de vista a existência de certos tipos penais em que a matéria proibitiva fica distante dos conceitos morais ou da violação de paradigmas culturais e de formação social (v.g. crimes ambientais; crimes contra a ordem tributária, falimentares; etc), sendo que, em casos conforme exemplificado, a exigência da consciência da ilicitude não pode ser baseada num conhecimento real ou atual, eis que sua desvinculação com as regras de costume da sociedade não permitiria a pessoas comuns esse entendimento.

Também é importante a contribuição trazida por Francisco de Assis Toledo:

A impossibilidade de resposta a essa ordem de indagações, por qualquer dos três critérios referidos, conduziu Welzel a reelaborar o conceito de “consciência da ilicitude”, introduzindo-lhe um novo elemento – o dever de informar-se – para fechar o círculo dogmático, com abrangência da totalidade dos tipos penais. Considera este último penalista que a grande maioria dos tipos penais declara ilícita a conduta descrita, porque esta realmente representa uma infração à ordem moral. E, aqui, havendo coincidência entre a infração contra a ordem social e a infração contra a ordem moral, a censurabilidade pela falta de consciência da ilicitude repousa, realmente, em uma falta de “esforço de consciência”, pois o conteúdo desta consciência se forma essencialmente com as convicções hauridas da cultura vivida. Basta, pois, para atingir-se a consciência da ilicitude, que cada um reflita sobre os valores éticos-sociais fundamentais da vida comunitária de seu próprio meio.

E, continua o autor, parafraseando Welzel:

Em relação aos tipos penais não coincidentes com a ordem moral, com os costumes, a falta de consciência da ilicitude só pode basear-se em uma ausência de informação, ou em uma informação deficiente, quando as circunstâncias concretas indicarem ao autor um motivo para que se deva informar.<sup>102</sup>

Entretanto, a despeito do esforço de Welzel, cujas idéias foram acolhidas pela nossa legislação, definindo o conhecimento potencial como o fator de aferição da escusabilidade ou inescusabilidade do erro de proibição, forçoso convir que a

---

<sup>101</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 209.

<sup>102</sup> TOLEDO, 2007, p. 260.

solução do problema ainda não se encontra pronta e acabada, persistindo a dúvida de quando ocorre a infringência do dever de se informar no caso concreto.

Sobre essa linha tênue, Figueiredo Dias reflete que a excusabilidade do erro deve ser averiguada na perseverança do homem em ter uma atitude de abertura para os sentidos e valores, tornando possível a sensibilização de sua consciência-ética. Ressalta que mesmo cumprindo este dever de orientação existencial, pode a consciência-ética do agente estar sujeita ao risco de falhar e vir a revelar-se como consciência errônea.

Então, conclui que:

[...] apesar do erro que incorreu, a observância daquele dever – através da “atitude geral de abertura”, de disponibilidade total em face da decisão a tomar e das respectivas exigências primárias de valor e de sentido – faz com que a consciência-ética se revele como *recta*, como uma tal que toma sobre si qualquer culpa.<sup>103</sup>

Em suma, percebemos que o tema encontra-se longe de admitir conceitos e soluções de pronta utilização, de forma que o juiz, para decidir sobre a existência ou não do erro, e, caso positivo, sobre a sua excusabilidade ou inexcusabilidade, certamente precisará se valer das circunstâncias do caso concreto, bem como de muita experiência e sensibilidade para com os valores da sociedade.

### 3.3.3 Erro de Proibição

#### 3.3.3.1 Erro de Proibição e Erro de Tipo

O erro jurídico-penal pode incidir sobre as elementares do crime – erro de tipo, ou sobre a ilicitude da ação – erro de proibição.

---

<sup>103</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 306.

A título introdutório, convém ressaltar que a clássica dicotomia entre erro de fato e erro de direito caiu em absoluto desuso, não por questões meramente denominatórias, mas por ter havido uma significativa alteração dogmática em seu conteúdo.

Com efeito, conforme ressalta Bitencourt, a ultrapassada classificação “baseava-se na situação jurídica e na situação fática. A problemática, hoje, é diferente; enfoca-se outra questão: a tipicidade e a antijuridicidade (ilicitude).”<sup>104</sup> Em outras palavras, o erro de tipo recai sobre a ilicitude e o erro de compreensão sobre a antijuridicidade.

Neste passo, embora o foco do trabalho resida no Erro de Proibição, para um melhor entendimento se faz necessária uma breve conceituação sobre o Erro de Tipo.

Para Hans Welzel:

[...] se o autor erra sobre uma circunstância de fato objetiva e abrangida pelo dolo, que pertence ao tipo do injusto, então se exclui o dolo (§59); por exemplo: alguém destrói uma coisa alheia na crença de que é própria (erro significa neste caso, tanto o conhecimento equivocado como a ignorância). Caso seja baseado o erro sobre a negligência, o autor é punível por prática culposa do fato, no caso de que exista o tipo culposo correspondente (§59, inciso 2)<sup>105</sup>

Luiz Flávio Gomes citando V. Wessels entende que quem incide em *Erro de Tipo*:

[...] não sabe o que faz porque, em consequência de seu erro, não compreende o verdadeiro conteúdo de sentido do acontecimento no espaço jurídico-social; o decisivo é somente que o que atua em erro de tipo não seja alcançado pela função de apelo e advertência do tipo.

O autor destaca que o *Erro de Tipo* não possui o mesmo significado que *Erro de Fato*, ou seja,

---

<sup>104</sup> BITENCOURT, 3. ed., 2003, p. 84

<sup>105</sup> WELZEL, 2003, p. 130.

Erro de fato é o erro do agente que recai puramente sobre situação fática; já o erro de tipo recai não só sobre os requisitos ou elementos *fático-descritivos do tipo* (que para serem conhecidos não necessitam de nenhum juízo de valor – por exemplo: filho, no art. 123; gestante, no art. 125; mulher, no art. 213, etc) – como também sobre requisitos *jurídico-normativos do tipo* (que para serem conhecidos necessitam de juízo de valor – por exemplo: coisa *alheia*, no art. 155; *documento público*, no art. 297; mulher *honest*a, no art. 219, etc.)<sup>106</sup>

O erro de tipo, se escusável ou inevitável, afasta o dolo e a culpa, pois qualquer pessoa prudente poderia nele incidir, ante a situação concreta. Porém, se o erro aconteceu devido a uma desatenção do agente, ficará afastado apenas o dolo, podendo o fato ser punido por culpa, desde que o delito em questão admita punição a título culposo.

O exemplo prático mais repetido é o do caçador que, pensando estar atirando em um animal, acerta um ser humano. Se, nas circunstâncias, qualquer pessoa, mesmo tomando as cautelas esperadas, poderia agir de tal forma, estarão excluídos dolo e culpa, com a necessária absolvição do agente. Porém, se fosse possível, através da observância de um dever objetivo de cautela, vislumbrar que o alvo se tratava de um ser humano, haveria negligência, persistindo a punição por culpa *stricto sensu*.

De outro lado, o Erro de Proibição recai sobre a antijuridicidade do fato, ou seja, o autor sabe o que está fazendo, porém não consegue compreender a relação de desconformidade existente entre o fato por ele praticado e a norma penal proibitiva.

Decorre, obviamente, da falta de consciência de ilicitude, podendo ser classificado em evitável (inescusável, vencível) ou inevitável (escusável, invencível), a depender se a pessoa poderia alcançar, nas circunstâncias concretas, o conhecimento da proibição. Se inevitável, excluirá a culpabilidade e implicará a absolvição. Se evitável, poderá ser diminuída a pena.

Para clarear o conceito de Erro de Proibição inevitável, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira cita o seguinte exemplo:

---

<sup>106</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 100.

Senhor idoso, trabalhador rural desde a infância, analfabeto e sem aparelho de televisão em casa, aprisiona ave da fauna silvestre, praticando injusto penal previsto na lei ambiental. Não tem conhecimento de que realizada conduta proibida, nem poderia ter em suas circunstâncias, uma vez que tal conduta era praticada por seu avô, seu pai, e desde criança tem tal divertimento sem qualquer objeção. Como vê centenas de aves todos os dias, não consegue imaginar o escoamento do recurso natural, e certamente teria dificuldades para imaginar o bem jurídico meio ambiente como carente de proteção. Como houve erro de proibição inevitável, queda afastada a culpabilidade.

#### Quanto ao Erro de Proibição evitável:

Estudante de medicina imagina que é crime de corrupção oferecer dinheiro para funcionário público deixar de praticar ato de ofício, mas não para que pratique ato devido, como prevê a lei. Oferece dinheiro para que oficial de justiça cumpra mandado de citação dentro do prazo e é processado. Possível reconhecer a diminuição de pena pelo erro de proibição evitável, pois não tinha conhecimento da proibição, ainda que as circunstâncias o permitissem.<sup>107</sup>

Cirino dos Santos<sup>108</sup> considera que o *erro de proibição inevitável* é mais provável no Direito Penal especial, em que o cidadão comum tem maior dificuldade de estar ciente do injusto concreto do tipo respectivo, ao passo que o erro de proibição evitável é mais frequente no direito penal comum. Para o autor, a confiança em informações jurisprudenciais ou de profissionais da área jurídica pode ser decisiva para a resolução da questão da evitabilidade do erro de proibição.

Em outro íterim, tem-se afirmado que, no caso de divergência jurisprudencial, não se trata de dúvida do agente, mas, sim, do próprio Direito ou dos próprios juízes. Portanto, não cabe a aplicação da regra de que quem atua na dúvida é culpável. Isso, independente do agente conhecer ou não a disputa jurisprudencial, até porque, nesta hipótese, não seria possível saber se o comportamento do agente era ou não antijurídico.

Entende-se, tendo em vista não haver critérios rígidos para a questão da evitabilidade do erro, que a cada caso concreto seja afetuada a análise do conhecimento do injusto por parte do agente, segundo as suas aptidões, sem contudo, exigir do mesmo esforços extremos para alcançar este conhecimento.

---

<sup>107</sup> JUNQUEIRA, 2009, p. 102-103.

<sup>108</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato impunível*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 235.



Mais que isso, diante de possíveis dificuldades proporcionadas quando da apresentação de um caso prático, as questões relacionadas à evitabilidade do erro não precisam ser resolvidas unicamente sob o dito aspecto cognitivo, podendo serem também considerados outros fatores, como '*valores coletivos*' ou '*danosidade social*'.<sup>109</sup>

Sobre a problemática, Welzel, citado por Brunoni, entende que “[...] o erro de proibição é culpável quando o sujeito pode realizar (mediante exame de consciência, reflexão ou averiguação) uma valoração ético-social de que fatos dolorosos requerem uma justificação especial.”<sup>110</sup>

Enfim, como já afirmado no subtópico anterior, o tema é complexo e encontra-se longe de admitir conceitos e soluções de pronta utilização. Salvo em casos extremos, onde a escusabilidade do erro de proibição salta aos olhos, não existem critérios nítidos e palpáveis para se resolver os casos fronteiros, nos quais será imprescindível o tato, a sensibilidade do julgador, pautado por sua experiência e pelos valores dominantes existentes na comunidade.

### 3.3.3.2 Erro de Proibição Direto e Indireto

Além de evitável (inescusável, vencível) ou inevitável (escusável, invencível), o erro de proibição pode ser classificado em Direto ou Indireto.

O Erro de Proibição Direto incide sobre a proibição disposta em um tipo penal incriminador. Em outras palavras, a pessoa pratica um ato qualquer, desconhecendo que tal se amolda perfeitamente na descrição abstrata de uma conduta penal típica. Por exemplo, o sujeito sai à rua com arma de fogo, pensando não ser crime portar arma que esteja legalmente registrada junto ao órgão competente.

---

<sup>109</sup> Cf. BRUNONI, 2008, p. 247.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 248.

Por sua vez, o Erro de Proibição Indireto trata de um equívoco sobre o alcance de uma norma permissiva, ou seja, excludente da ilicitude. Por exemplo, pessoa simples chega em casa e se depara com a esposa em ato de adultério. Sem hesitação, atira nos amantes, crendo que o nosso ordenamento jurídico permite a legítima defesa da honra.

Neste passo, cabe enfatizar que, no âmbito das discriminantes putativas, há grande embate doutrinário acerca da natureza jurídica do erro que recai sobre um pressuposto fático de uma causa de justificação, como ocorre na situação em que um sujeito atira em seu desafeto, imaginando que este estava a puxar uma arma de seu bolso, quando na verdade se tratava de um lenço.

Uma parte da doutrina afirma se tratar de Erro de Tipo Permissivo, enquanto a outra diz ser caso de Erro de Proibição Indireto, a depender se adere à teoria limitada da culpabilidade ou à teoria extrema da culpabilidade, respectivamente. Convém registrar que ambas são variantes da teoria pura da culpabilidade, divergindo unicamente no tocante à especificidade citada.

Sobre seus denominadores comuns, vejamos as palavras de Damásio de Jesus, apud André Estefam:

[...] para ambas as teorias o dolo está no tipo e não na culpabilidade; a culpa não faz parte da culpabilidade, está no tipo; o dolo é natural, é a simples vontade de fazer alguma coisa, não possuindo a consciência da ilicitude; a culpabilidade é um puro juízo de valor, não tem nenhum elemento psicológico; a consciência da ilicitude não é atual, mas potencial: basta a mera possibilidade de conhecimento do ilícito.<sup>111</sup>

Outrossim, há quem diga ser uma terceira espécie de erro, de natureza mista, visto que sua estrutura assemelha-se ao erro de tipo, porém as consequências são de erro de proibição (isenção de pena), de acordo com o art. 20, §1º, do Código Penal.<sup>112</sup> Nesse sentido é o escólio de Cezar Roberto Bitencourt<sup>113</sup> e Luiz Flávio Gomes<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> ESTEFAM, 2008, p. 127.

<sup>112</sup> Art. 20, § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

<sup>113</sup> Cf. BITENCOURT, 8ª ed., 2003.

<sup>114</sup> Cf. GOMES, 1996.

Na realidade, pouco importa qual a denominação, se erro de tipo permissivo ou erro de proibição indireto. O caso é que o art. 20, §1º, do Código Penal, dispõe que o erro plenamente justificável quanto à situação de legítima defesa putativa exclui a culpabilidade, isentando o agente de pena.

Logo, se a consequência é a “isenção de pena”, pressupõe-se, pela uniformidade terminológica do Código Penal, que persiste o injusto, apenas não sendo culpável. Note-se que quem mata alguém, pensando que age em legítima defesa, sabe que mata. Ou seja, age dolosamente, porém com erro incidindo na fase anterior da formação da vontade, quando vislumbrou situação fática inexistente que poderia caracterizar legítima defesa.

Nesta toada, embora o item 19, da Exposição de Motivos da Lei 7.209/84<sup>115</sup>, diga ter acolhido a teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva, fato é que a consequência jurídica impingida se aproxima da do erro de proibição, consistente na isenção da pena.

Caso esse erro tivesse tratamento idêntico ao de erro de tipo, a consequência seria que, se invencível, não haveria dolo, excluindo logicamente a tipicidade e o injusto. Isso causaria algumas inconsistências, conforme bem alertado por Bitencourt, *in verbis*:

a) um fato praticado com erro invencível afasta o injusto típico, não podendo ser considerado como um fato antijurídico. Nessas circunstâncias, a vítima do erro terá que suportá-lo como se se tratasse de um fato lícito, sendo inadmissível a legítima defesa. b) Não seria punível a participação de alguém que, mesmo sabendo que o autor principal incorre em erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, contribui de alguma forma na sua execução. A punibilidade do partícipe é afastada pelo princípio da acessoriedade limitada da participação, que exige que a ação principal seja típica (afastada pela eliminação do dolo) e antijurídica. c) A tentativa não seria punível, nesses casos, pois sua configuração exige a presença de dolo. Mesmo que o erro fosse vencível, o fato ficaria impune, pois os crimes culposos não admitem tentativa.<sup>116</sup>

Enfim, a questão, como visto, é polêmica. Entretanto, por pouco influir no objeto do presente estudo, não terá maiores aprofundamentos.

---

<sup>115</sup> BRASIL, 2009.

<sup>116</sup> BITENCOURT, 8. ed., 2003, p. 93.

### 3.3.3.3 Erro de Proibição e Ignorância da lei

Não se pode confundir a *ignorantia legis* com o desconhecimento da ilicitude. Aquela é matéria de aplicação da lei, presumidamente conhecida por todos, enquanto que este é assunto afeto à seara da culpabilidade, sendo a causa imediata do erro de proibição.

O desconhecimento da lei é inescusável e não aproveita ao agente. De outro lado, o Erro de Proibição pressupõe a falta de compreensão da relação de contrariedade existente entre o fato concreto praticado e a proibição abstratamente imposta pela norma penal.

A diferenciação ora posta é demonstrada por Alcides Munhoz Netto, citado por Cezar Roberto Bitencourt:

A diferença reside em que a ignorância da lei é o desconhecimento dos dispositivos legislados, ao passo que a ignorância da antijuridicidade é o desconhecimento de que a ação é contrária ao Direito. Por ignorar a lei, pode o autor desconhecer a classificação jurídica, a quantidade da pena, ou as condições de sua aplicabilidade, possuindo, contudo, representação da ilicitude do comportamento. Por ignorar a antijuridicidade, falta-lhe tal representação. As situações são, destarte, distintas, como distinto é o conhecimento da lei e o conhecimento do injusto.<sup>117</sup>

Por sua vez, Francisco de Assis Toledo define '*lei*' e '*ilicitude*' da seguinte forma: "[...] *lei*, em sentido jurídico estrito, é a norma escrita editada pelos órgãos competentes do Estado. *Ilicidade* de um fato é a correlação de contrariedade que se estabelece entre esse fato e a totalidade do ordenamento jurídico vigente."<sup>118</sup>

Assim, conclui-se pelos conceitos apresentados que se adotarmos, de um lado, a totalidade de leis vigentes em nosso ordenamento jurídico, e, de outro, um fato concreto da vida real, a eventual ilicitude desse fato não está no fato em si, nem nas leis vigentes, mas entre ambos, isto é, na contrariedade que se estabeleceu entre o fato concreto real apresentado e o ordenamento jurídico no seu todo.

---

<sup>117</sup> BITENCOURT, 8. ed., 2003, p. 331.

<sup>118</sup> TOLEDO, 2007, p. 263.

Porém, a despeito da diferenciação abordada, admite-se a possibilidade de ocorrer casos fronteiros, em que a consciência da ilicitude depende, *a fortiori*, do conhecimento da lei. Nesse sentido, oportuna é a crítica de Figueiredo Dias, constatando a existência de crimes:

“[...] em que a conduta é em definitivo ilícita em função da protecção subsidiária de um bem jurídico-penal, mas em que este não se encontra ainda nitidamente aceite como tal pela comunidade e pela sua consciência dos valores, assumindo então aqui um certo relevo autónomo a injunção do legislador. Também em casos destes – e a situação verifica-se sobretudo no âmbito do direito penal secundário, em particular do direito penal administrativo e de carácter económico-social, o conhecimento da proibição é razoavelmente indispensável para que a consciência-ética do agente se oriente para o desvalor do ilícito.”<sup>119</sup>

Na mesma linha, o ensinamento de Assis Toledo:

[...] certas proibições, ou deveres jurídicos, não vêm 'com o ar que se respira', não são dotadas de um conteúdo moral, não correspondem a uma concepção de injusto material. Em relação a essas proibições, os delitos que lhes correspondem são autênticos *mala prohibita*, e não *mala in se*, portanto, inacessíveis ao leito (certos delitos falimentares, delitos de sonegação fiscal etc.). Como exigir-se, nesse caso, por parte do agente, que se supõe não ser jurista, motivar-se pelo conhecimento da norma, ou pela anti-socialidade, ou pela imoralidade de uma conduta totalmente neutra, ou, ainda que encontre na sua 'consciência' profana, com algum esforço, o que nela nunca esteve e não está?<sup>120</sup>

Isto posto, especificamente no tocante a essas normas de conteúdo neutro, em que o bem jurídico protegido não encontra correspondência na consciência profana da comunidade, denota-se certa dificuldade em delimitar a separação dos conceitos e a possibilidade de manter-se a regra da inescusabilidade da ignorância da lei, pois, em última análise, para essas hipóteses, o conhecimento da lei em abstrato é fator decisivo para que a consciência-ética do agente se oriente para o desvalor do ilícito.

### 3.3.3.4 Erro sobre o direito natural.

A construção dogmática do “*Erro sobre o direito natural*” é estritamente amparada no pensamento filosófico e teológico.

<sup>119</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 300.

<sup>120</sup> TOLEDO, 2007, p. 259-260.

Embora fosse relevante uma análise aprofundada dos primórdios do *'direito natural'*, entende-se inoportuno para o tema proposto na presente dissertação. Assim, passa-se à análise pontual do assunto, com uma abordagem voltada para a atualidade.

De acordo com Jorge de Figueiredo Dias “[...] Ninguém poderá ignorar que, desde 1945 sobretudo, se reacendeu por toda a parte a polêmica antipositivista e justamente sob o signo de um *retorno do direito natural*.”<sup>121</sup>

Ainda conforme o citado autor, recentemente se produziu o movimento já crismado de *'eticização'* e *'purificação'* do direito penal, em que, o que considera mais importante, está em requerer que o legislador penal só intervenha, com as suas proibições, nos casos de insuportável violação de bens fundamentais da sociedade, que diretamente se prendam com o livre desenvolvimento da personalidade moral do homem.

Conclui então que:

Retorno ao direito natural de um lado, reajustamento das proibições jurídico-penais aos princípios do direito natural de outro lado: tudo a conduzir à reafirmação da tese da impossibilidade de erros não culposos sobre o direito natural e da irrelevância da falta de consciência da ilicitude!<sup>122</sup>

Quando se alude ao retorno ao direito natural, não significa regressar a um sistema fechado de proposições normativas de conteúdo imutável e eterno, mas reiterar a crença numa fundamentação e numa validade transpositivas de todo o direito e afirmar também a possibilidade da descoberta dos princípios de ação relativamente a situações novas, não experimentadas e para as quais, dada a complexidade que nelas se descobre, os princípios tradicionais (que nada mais são do que a tradução jurídica imediata dos princípios éticos aceitos desde os primórdios pela consciência universal) não fornecem critérios válidos de decisão.

Em outro viés, importa estar consciente de que a lei natural e o direito natural propriamente dito, não podem separar-se, mas também deve-se estar atento

---

<sup>121</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2000, p. 118.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 119.

que jamais podem ser confundidos. Para melhor elucidar a afirmação posta, Javier Hervada assim se posiciona:

Nem toda a lei natural é direito natural. O direito natural é aquela parte da lei natural que se refere às relações de justiça; isto é, a lei natural chama-se direito natural enquanto é regra de direito, e só sob esse aspecto. Assim, os preceitos 'não matarás' e 'não roubarás' têm indubitavelmente uma vertente moral, mas são direito natural enquanto se referem ao direito à vida ou ao direito de propriedade. Noutras palavras, o direito natural é uma regra natural de direito, que regula relações de justiça legal, distributiva e comutativa.<sup>123</sup>

E, é claro, esta regulação de justiça legal, distributiva e comutativa, está inserida numa sociedade organizada, formando um sistema jurídico ou sistema de direito. Este conjunto de normas e a trama das relações jurídicas, que contém uma série de poderes e deveres, constituem, visto de uma forma unitária, a estrutura jurídica da sociedade. Estes fatores ou elementos são acompanhados de um conjunto de meios para tornar efetivo o direito, *verbi gratia*, tribunais, recursos de execução forçosa, procedimentos coativos, etc.

Jorge de Figueiredo Dias entende que o atual conhecimento de um direito natural eternamente válido é orientado, na esteira da axiologia material, pela afirmação de valores imutáveis e absolutos, previamente dados e condicionando desde sempre, de uma maneira objetiva, a juridicidade das situações.<sup>124</sup>

Muito próxima desta axiologia natural, de acordo com o autor, encontra-se uma orientação assaz difundida na teologia católica atual. Neste sentido:

O direito natural (aquele que, segundo as exigências da verdade, convém real e intrinsecamente à pessoa humana adequadamente considerada) aparece-nos, por um lado como um complexo normativo *objectivo* – na medida em que os valores de que em certo momento histórico o homem tomou consciência são irrenunciáveis, embora estejam destinados a serem posteriormente integrados em sínteses mais amplas e ricas – , por outro lado todavia como inesgotável e inalcançável, por isso que há um contínuo progresso na tomada de consciência dos valores morais e do conteúdo do direito natural.<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> HERVADA, Javier. *Crítica introdutória ao Direito Natural*. Trad. de Joana Ferreira da Silva. Porto: Rés Editora, 1990, p. 157.

<sup>124</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2000, p. 121.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 121.

O autor complementa o posicionamento adotado referindo que o conhecimento humano,

[...] se é absoluto no sentido de que é orientado, como 'abertura', para a realidade, para a verdade e para a transcensão, é todavia parcial, limitado pelos níveis culturais objectivos e subjectivo já adquiridos, e portanto susceptível de um crescimento e aperfeiçoamento contínuos. Donde resultará, em um contexto explicativo singularmente claro, a possibilidade de erros inevitáveis sobre o conteúdo do direito natural.<sup>126</sup>

Enfim, certamente a discussão acerca do Erro sobre o Direito Natural pode e deve ser inserida na análise do conteúdo material de culpa ínsito na falta de consciência de ilicitude.

Nesta linha de pensamento, trazendo a discussão para o lado prático, a existência de normas de Direito Natural, com fundamentação ontológica e validade transpositiva, pode constituir um critério válido para aferir a censurabilidade ou não de um crime praticado por indígenas, sempre tendo o cuidado, por outro lado, de não perpetrar a odiosa ideologia de supremacia cultural, através da qual se considera barbárie um fato que afronta a tábua de valores da sociedade envolvente, sob pretexto de também contrariar um direito maior, comum a todos os povos, calcado em valores universais.

Oportunamente, registra-se que, por saber da amplitude da teoria do erro jurídico-penal, esta parte do presente trabalho não teve a pretensão de esgotar o tema, sendo que, após essa breve contextualização dos pontos mais relevantes e de maior afinidade com o objetivo proposto, passa-se adiante, estudando a validação dos costumes e tradições dos indígenas ao se aplicar sanções.

---

<sup>126</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2000, p. 121-122.



#### **4. O RECONHECIMENTO DOS COSTUMES E TRADIÇÕES DOS POVOS INDÍGENAS PARA APLICAÇÃO DE REGRAS SANCIONADORAS**

Neste Capítulo, tratar-se-á de dois casos que chegaram ao conhecimento do Poder Judiciário no Estado de Roraima, o primeiro na esfera Estadual e o outro na Federal. Em ambos, os fatos se deram dentro de comunidades indígenas, entre integrantes das mesmas e, nos dois, foram aplicadas, conforme seus costumes e tradições, as respectivas “penas”.

##### **4.1 Caso Valdelício**

Neste caso, analisar-se-á brevemente o documento<sup>127</sup> encaminhado pelo Conselho Indígena de Roraima – CIR, à Chefia Institucional do Ministério Público do Estado de Roraima, solicitando a intervenção daquele órgão na Ação Penal número 00.10.010.10792-7, em trâmite na Primeira Vara Criminal de Boa Vista – vara com competência para julgar os crimes dolosos contra a vida -, alegando que, em caso de condenação, a própria comunidade já havia decidido a sanção a ser aplicada ao infrator, respaldando-se no artigo 231 da Constituição Federal, na Convenção 169 da

---

<sup>127</sup> Carta nº 880-06, protocolada na Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Roraima, em 25.10.2006, sob o nº 2.326.

OIT<sup>128</sup>, da qual o Brasil é signatário e na Lei nº 6.001/73 – Estatuto do Índio, uma vez que todos os diplomas citados reconhecem autonomia aos povos indígenas e o seu direito aos costumes, cultura e tradições.

Aludido documento, firmado pelos Tuxauas<sup>129</sup> da comunidade e demais integrantes da mesma, estava vazado nos seguintes termos:

Senhor Procurador,

O Conselho Indígena de Roraima – CIR, vem pelo presente encaminhar carta da comunidade indígena Maturuca, região das Serras - TIRSS<sup>130</sup>, em relação ao Proc. Nº 001001010792-7, que tramita na Justiça Comum, 1ª Vara Criminal, onde figura como o réu indígena macuxi, Valdelício Ribeiro Alves, nos seguintes termos:

1. A C.I. Maturuca, reconhece Valdelício como integrante de sua comunidade;
2. Que segundo sua organização social, usos e costumes, tradições, os crimes praticados por seus membros são adotados as suas normas internas, em respeito a seus direitos consuetudinário, reconhecido pela CF/88. No art. 231, convenção 169 da OIT, e pela lei 6.001/73; (sic)
3. A C.I. se manifesta que as penas decorrentes do referido julgamento do processo acima citado deverá o acusado cumprir a pena junto a sua comunidade; (sic)

Isto Posto, vimos apresentar o interesse da C.I. Maturuca, para que este órgão ministerial intervenha no sentido de aplicar os direitos constitucionais e demais citados no caso apresentado.

Porém, conforme se verifica da leitura do documento de encaminhamento, não pretendia a comunidade que a Justiça Estatal se abstivesse de julgar o autor do crime, mas que, em caso de condenação, fosse a pena imposta, cumprida dentro da própria comunidade e, de plano, apresentaram a forma de “execução da sentença”:

<sup>128</sup> Art. 8º [...] 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

Art. 9º [...] 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. 2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Art. 10 [...] 1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta suas características econômicas, sociais e culturais. 2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

<sup>129</sup> BARRETO, 2006, p.120, nota 241, explica que “o *Tuxaua* desempenha uma função político-representativa, é eleito por períodos certos ou ‘enquanto bem servir’, faz a ligação da comunidade com o ‘mundo exterior’, reivindicando direitos etc., e representa sua comunidade nas reuniões de lideranças.

<sup>130</sup> Terra Indígena Raposa/Serra do Sol.

Senhor Juiz,

Nós lideranças indígenas da comunidade de Maturuca, da Região das Serra, Terra Indígena Homologada e Registrada, reunidos em reunião, realizada na comunidade indígena Maturuca, no dia 19 de outubro de 2006, com objetivo de avaliar e discutir a pena do caso do Senhor Valdelício Ribeiro Alves, indígena, membro da comunidade, com 42 anos de idade, Filho de Belízio Alves e de dona Cristina Ribeiro, esposa de Laide Pereira, pai de 7 filhos sendo 6 menores de idade, 1 maior de idade e uma neta de criação recém nascido, e que sua esposa se encontra gestante esperando que a criança nasça no mês de novembro. (sic)

Que nesta reunião ficou decidido, conforme prevê a Constituição Federal Brasileira em seu artigo 231 e 232, que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários. (sic)

Que no referido caso ser houver condenação do Senhor Valdelício Ribeiro Alves, nós lideranças comunidade, conforme nossos direitos indígenas, a pena deverá ser aplicado dentro da comunidade, como regi nossas decisões tanto na comunidade e região, relacionado o caso como este. Já que ele vem prestando serviços na comunidade e mostrando sempre correção de atitudes, exercendo com dignidade suas atribuições. (sic)

- Pena de cinco anos de detenção dentro da comunidade.
- Participar dos trabalhos comunitários e regionais, quando houver.
- Trabalhar na comunidade todos os dias na limpeza do centro e de roças comunitárias e outros.
- Participar das orações e celebrações aos domingos para trabalhar conforme o plano de Deus sobre Nós.
- Não deverá participar dos movimentos de festas comemorativas da comunidade e região.
- Não ingeri (sic) caxiri<sup>131</sup> forte, principalmente a bebida alcoólica.
- Não dever (sic) sair da comunidade sem autorização da mesma, relatando em reunião o motivo de sua saída.
- Está (sic) de acordo com as decisões da comunidade.
- Estará sendo vigiado pela comunidade e lideranças.
- O não cumprimento das penas, será agravado no aumento do prazo de detenção, sendo ainda mais rígido.
- Em cada ano será feito (sic) uma avaliação do mesmo pela comunidade.

Para melhor compreensão, sinteticamente, explica-se o caso concreto: o indígena, da etnia Macuxi<sup>132</sup>, Valdelício Ribeiro Alves, reconhecido como tal pela comunidade<sup>133</sup>, foi denunciado pelo Ministério Público Estadual, por, no dia 29 de junho de 1997, no interior do Município de Cantá, Estado de Roraima, juntamente com outra pessoa, matou, a golpes de faca e terçado<sup>134</sup>, a vítima Ivan Ferreira da Silva.

A ação penal, por circunstâncias que não cabe discutir, ainda não foi concluída, aguardando a realização do julgamento pelo Tribunal do Júri.

<sup>131</sup> Caxiri – bebida fermentada

<sup>132</sup> Macuxi é uma das diversas etnias presentes ao norte do Estado de Roraima.

<sup>133</sup> “A C.I. Maturuca, reconhece Valdelício como integrante de sua comunidade:”, documento enviado ao MPRR, anteriormente citado.

<sup>134</sup> Terçado é o mesmo que facão

Importa aqui a demonstração de que tais comportamentos, quando cometidos no meio da sociedade envolvente, sujeitam seu autor à aplicação da lei penal, responsabilizando-se o infrator e submetendo-o às consequências elencadas na norma – penas restritivas de liberdade ou quaisquer outras formas de restrição.

No entanto, cada povo indígena possui sua tábua de valores, seus costumes e tradições, os quais, na grande maioria, se distinguem dos cultuados pela sociedade dita civilizada. Daí surge o problema em amoldá-los ao texto constitucional - artigo 231<sup>135</sup> - acarretando situações de difícil resolução ao aplicador da lei quando posta à sua apreciação situação em que um valor relevante é desrespeitado, tome-se, por exemplo, o homicídio cometido entre indígenas.

A vida humana, apesar de alegações de padrões culturais para sua supressão, seguramente estará sempre acima dos mesmos. No entanto, o que pode diferir é a sanção a ser aplicada ao seu autor.

A dificuldade sempre residirá em aceitar, ou não, o modo como aquela comunidade sancionou o infrator, considerando-a, ou não, suficiente como resposta ao delito cometido.

A cultura ocidental, que adotou após a Idade Média a pena de prisão, a qual indiscutivelmente é degradante, como forma de humanizar os suplícios que eram infligidos aos criminosos ou mesmo aos suspeitos de crimes – tome-se por exemplo a execução de Damiens, citado por Michel Foucault em sua obra *Vigiar e Punir*<sup>136</sup> -, passou a “resolver” seus problemas simplesmente retirando do convívio social pessoas que, em um determinado momento, são consideradas indesejadas.

A fórmula encontrada foi a segregação intra-muros, sob o falacioso argumento de que a pena de prisão teria a finalidade de ressocialização, acreditando ingenuamente que durante o “exílio forçado” o apenado transformar-se-ia em verdadeiro monge, refletindo e expiando sua prova, e, após cumprida, sairia regenerado e arrependido por seu ato falho.

---

<sup>135</sup> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

<sup>136</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 29 ed. Petrópolis:Vozes, 2004.

“Encontramo-nos aqui, diante da consagração da máxima, ‘pune-se para que não peque’”, conforme dizer de Antonio Maria Iserhard<sup>137</sup>.

Seriam os povos indígenas os ingênuos, os primitivos? Especialmente quando se depara com situações em concreto como a do caso em comento, por não retirarem de imediato o autor do crime da convivência social, permitindo que continue em liberdade, embora prestando serviços em favor da comunidade?

Os povos indígenas têm sim suas formas próprias de punição e de controle social, e não se enganem os desavisados pensando serem brandas, pois o exemplo citado bem comprova essa afirmação quando a própria comunidade, de plano, decidiu as penas a que estaria submetido, sem a morosidade e burocracia tão próprias de nossas instituições, satisfazendo o ideal de Justiça de seus integrantes.

No caso em comento, a comunidade demonstra aceitar que seu integrante seja submetido a julgamento pela Justiça Estadual, no entanto, manifesta seu interesse de, em caso de condenação, “executar”, dentro de seus costumes e tradições, a pena imposta. Porém, até o presente momento, a “sociedade evoluída” não julgou o caso, aguardando a movimentação processual, ou, quiçá, a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Não se trata aqui de fazer uma crítica pura ao sistema penal e processual vigente no Brasil comparando-o com os costumes das sociedades indígenas, pois, ao menos por hora, a sociedade envolvente não pode deixar de utilizar a pena de prisão eis que em seu universo vivem de milhões de habitantes, menos ainda, abandonar as regras garantidoras do devido processo legal, conquistadas a duras penas.

Ambas têm suas especificidades, como o tamanho da população e concentração dentro de um mesmo território – aldeia e grande cidade -, exemplo que por si só, demonstra a inviabilidade da aplicação das regras por igual, exigindo que na sociedade maior sejam mais complexas.

---

<sup>137</sup> ISERHARD, Antonio Maria. *Caráter vingativo da pena*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

## 4.2 Caso Basílio

O segundo caso a ser relatado, também ocorreu no Estado de Roraima no ano de 1986, quando ainda era Território Federal e, por questões que não interessam neste momento, somente foi julgado pela Justiça Federal cerca de quatorze anos depois, no ano de 2000.

Em apertada síntese, dar-se-á uma visão panorâmica sobre o ocorrido: No dia 28 de janeiro de 1986, o indígena Basílio Alves Salomão, desferiu, com uma faca, golpe certo em Valdenísio da Silva, causando a sua morte. O fato criminoso ocorreu na comunidade indígena do Maturuca<sup>138</sup>, após Basílio haver ingerido pajuaru<sup>139</sup> e, a vítima, pajuaru e cachaça.

Ambos – réu e vítima – integrantes da etnia Macuxi<sup>140</sup>, viviam na comunidade citada, sendo Basílio 2º Tuxaua<sup>141</sup> da mesma, posição de relevo dentro de sua sociedade. Porém, na data dos fatos, Valdenísio, já embriagado, passou a desrespeitar o Tuxaua, seguindo-o pelas casas onde passava desacatando-o, tendo ao final do dia, culminado em luta corporal e Basílio retirando uma faca que estava em poder da vítima, desferido a facada letal.

Após praticar o delito, Basílio foi até sua casa sem saber se sua vítima havia morrido ou apenas ficado lesionada e lá permaneceu aguardando o desfecho.

No dia seguinte os representantes da comunidade foram buscá-lo e, como primeira parte de sua punição, foi obrigado a cavar a cova e confeccionar o caixão para enterrar sua vítima e, depois disso, foi ele detido e amarrado pela própria comunidade, até a chegada da Polícia. Note-se que até antes do cometimento do crime, Basílio ocupava posição de relevo e destaque perante seu

---

<sup>138</sup> A comunidade indígena Maturuca localiza-se ao norte do Estado de Roraima, no Município de Normandia, dentro da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol.

<sup>139</sup> Pajuaru é uma bebida típica feita a base de mandioca, de alto teor alcoólico.

<sup>140</sup> Vide nota 6.

<sup>141</sup> O 2º Tuxaua “é eleito, cabe-lhe substituir o Tuxaua principal nas suas ausências, ao cumprir missões por ele delegadas, devendo prestar contas dos atos praticados;”

povo, conforme bem destacado no Laudo Antropológico, firmado pelo Antropólogo da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, Jorge Luiz de Paula, em 23 de junho de 1995, quase dez anos após os fatos. Em seu Laudo esclareceu o perito:

O principal líder de Maturuca é o Tuxaua Jaci, neto de tuxaua, ele também é o líder do Conselho Regional e do CIR, sendo uma das principais lideranças do próprio estado. Desde que assumiu o cargo, ele tinha como seu 2º Tuxaua e principal colaborador a pessoa de Basílio, o qual sempre merecera sua total confiança. Em razão de suas muitas atribuições e de sua intensa atividade política, o Tuxaua Jaci, costumava se ausentar com freqüência(sic) ficando a administração da maloca a cargo de Basílio, função que exercia com competência e lealdade. Apesar de não serem parentes por consangüinidade(sic), Basílio e Jaci eram compadres e, segundo o último, se consideravam 'parentes de trabalho'.<sup>142</sup>

O Laudo Antropológico segue esclarecendo os encaminhamentos dados pela comunidade após o enterro:

Ainda atordoado e sem saber que medida tomar, o Tuxaua Jaci providencia formação urgente de um conselho, convidando os Tuxauas das 10 malocas mais próximas. Reunidos, com a participação das pessoas mais velhas da comunidade e de outros membros desta, discutiu-se o destino a ser dado a Basílio. Para tanto, fez-se uma revisão das tradições, contando com a experiência dos mais velhos. Porém, não encontravam outras referências que não fossem as de vingança.

Considerando-se os argumentos já expostos anteriormente, que não recomendavam a vingança, viu-se que o desterro seria uma solução plausível. De fato, tal punição é ancestralmente reconhecida e, no caso dos Makuxi, era uma resultante freqüente(sic) da fuga à ameaça de vingança. Porém, no caso atual, fazia-se necessário também que a pena fosse socialmente controlada. Daí, decidiu-se que, durante o desterro, Basílio fosse privado da companhia de seus familiares, que deveriam permanecer na maloca. Deveria ainda ser privado de iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados e sem direito a possuir bens e a exercer os direitos de membro do grupo.

Para encarregar-se do cumprimento da pena, definiu-se que, a princípio, esta tarefa deveria ser entregue à Funai. Assim, providenciou-se o deslocamento do criminoso para Boa Vista, escoltado por uma comitiva de Tuxauas. Assim se imaginava porque a Funai, em outras ocasiões, providenciara o desterro de índios envolvidos em conflitos internos, tendo inclusive utilizado para isto a Fazenda São Marcos, área indígena na qual pretendiam que Basílio cumprisse a pena. Todavia, em Boa Vista, encontraram a resistência do então Delegado Regional da Funai, que dissuadiu-os da idéia. Encontrando-se casualmente aí o Tuxaua da maloca Piolho, uma das malocas de mais difícil acesso na região, acordou-se que a pena lá fosse cumprida. Entregou-se o preso ao Tuxaua e determinou-se que este vigiasse o cumprimento da pena, devendo manter informado o Conselho e aguardando posteriores deliberações.

---

<sup>142</sup> Laudo Antropológico acostado aos autos nº 92.00.01334-1, às folhas 144/154, da 2ª Vara da Justiça Federal de Boa Vista - Roraima delegadas, devendo prestar contas dos atos praticados;"

De tudo o que até aqui foi reproduzido do Laudo Antropológico, fica evidente a existência de um sistema punitivo próprio, o qual parece ser mais severo que o utilizado pela sociedade envolvente, porém não se valendo da segregação em ambiente fechado, a qual, via de regra, deixa o condenado entregue ao ócio, sem que nada produza em favor de sua sociedade. Esse entendimento encontra eco em Edson Damas da Silveira, que assim se posiciona:

Instado a se manifestar, o povo Macuxi mostrou toda a sua indignação com o fato criminoso, impingindo ao réu Basílio Alves Salomão sanção que possivelmente extrapolaria em severidade qualquer outra aplicada pelo direito do nosso Estado Nacional.

A imediata destituição do réu da sua posição de Tuxaua, tendo ele que cavar com as próprias mãos a sepultura do falecido, cumulado ainda com o desterro por um período mínimo de dez anos, já nos parece solução adequada para o caso, consideradas todas as circunstâncias de fato e o anterior comportamento da vítima.

Se não bastasse isso, foi deliberado que o índio Basílio também seria privado da companhia de seus familiares, desprovido integralmente dos seus pertences pessoais, devendo ainda se sujeitar às ordens do Tuxaua de outra comunidade, lá trabalhando sem nenhuma recompensa e despedido dos mesmos direitos de qualquer outro membro.<sup>143</sup>

Pronunciado, foi Basílio submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri em 31 de maio do ano de dois mil, passados quatorze anos da prática do crime. Curioso relatar que naquela data, ainda se encontrava exilado de sua comunidade, conforme se verifica do seu interrogatório em plenário:

QUE a FUNAI não concordou com isso e o interrogado foi colocado em outra comunidade há 14 anos; QUE somente os companheiros tuxauas é que sabem quando vai acabar a pena; QUE quando um índio comete um crime é costume ele ser julgado pelos próprios companheiros tuxauas; QUE isso é um costume que vem antes do tempo de seus avós;<sup>144</sup>

Naquela sessão plenária, por ocasião de sua fala, o Procurador da República que representava o Ministério Público Federal, imbuído de sensibilidade e acurado senso de justiça, no mais amplo sentido, sustentou pedido de absolvição, respaldando-se na anterior condenação que a Basílio foi imposta pela sua comunidade, a qual acatou e, até aquele momento ainda cumpria a pena que lhe fora imposta.

---

<sup>143</sup> SILVEIRA, Edson Damas da. *Socioambientalismo Amazônico*. Curitiba:Juruá, 2008, p. 129.

<sup>144</sup> Processo citado, fls. 260/261.



O Procurador da FUNAI, que patrocinava a defesa técnica, reforçou os argumentos do Ministério Público Federal, pedindo aos jurados que absolvessem Basílio, pois caso fosse condenado pelo Tribunal do Júri sofreria uma dupla condenação, um bis in idem condenatório.

Os jurados, vale ressaltar, eram na maioria membros da sociedade envolvente - apenas um era indígena -, se convenceram dos argumentos apresentados pelas partes e mais que isso, dos depoimentos testemunhais e do próprio acusado, aos quais formularam diretamente perguntas e, à unanimidade, absolveram o réu reconhecendo uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, respondendo SIM ao seguinte quesito proposto pelo Magistrado<sup>145</sup>:

O fato de o acusado ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade indígena é suficiente para isentá-lo de pena neste julgamento?<sup>146</sup>

Este caso parece ser a materialização da idéia contida no artigo 231 da Constituição Federal, pois nele se reconheceu a existência de uma sociedade com cultura, costumes e tradições diversos da “civilizada”, admitindo a possibilidade de que a mesma fizesse seu controle social, aplicando sanções culturalmente aceitas pela comunidade.

Tivesse Basílio sido preso pela Autoridade Policial e, em seguida, julgado pelo sistema judiciário estatal, podendo ser condenado ou absolvido, teria a mesma significação para sua comunidade? Qual seria a dosagem da pena ideal para aquela sociedade e, mais que isso, qual a forma de execução? Lembrando que o Povo Macuxi, etnia de Basílio, não se utiliza da pena de prisão como resposta aos que delinquem.

No dizer de Edson Damas da Silveira, “o simbolismo social produzido pela absolvição do Índio Basílio em nossa ‘sociedade branca’ é de uma magnitude sem precedentes, pois foi a primeira vez que o Judiciário de Roraima formalmente reconheceu a existência de um sistema jurídico paralelo, legítimo e com efeitos inibidores sobre a jurisdição estatal<sup>147</sup>.”

---

<sup>145</sup> Doutor Helder Girão Barreto, Juiz Federal em Boa Vista – Roraima.

<sup>146</sup> Processo citado, fls. 278.

<sup>147</sup> SILVEIRA, 2008, p. 149.

A importância do caso, aqui mui brevemente relatado, deve-se ao fato de que o Direito, e seus aplicadores, devem estar atentos ao comando constitucional<sup>148</sup>, ao disposto na Convenção 169 da OIT<sup>149</sup> e ao estatuído pela Lei nº 6.001/73, que diz em seu artigo 57:

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

José Procópio da Silva de Souza Dias, em comentário ao artigo citado, assim se posiciona:

O que se deve evitar – e por isso o artigo carece de melhor explicitação – é a dupla sanção – pelo grupo tribal e pela civilização – pois se assim não o for, violar-se-á claramente o princípio do *ne bis in idem*.<sup>150</sup>

O que se viu na prática foi exatamente a aplicação dos dispositivos supracitados e, com a absolvição, o judiciário não só reconheceu o direito daquele povo indígena às suas regras, mas também que vivemos em um Estado plural, envolto em uma jusdiversidade que deve ser reconhecida.

Nessa mesma toada, diz Edson Damas da Silveira, citando Boaventura de Souza Santos:

Repudiando os resultados apresentados pelo monismo e prosseguindo na construção de um pluralismo jurídico emancipado para a contemporaneidade, destacam-se as pesquisas sociais de Boaventura de Souza Santos, que parte da premissa de ser possível a convivência de em tempos atuais, no mesmo espaço territorial, da vigência de dois ou mais ordenamentos, oficialmente ou não considerados, que se destinam à resolução eficaz de conflitos no seio das suas respectivas comunidades, sem que uma interfira no funcionamento da outra, ou mesmo tente estabelecer 'filtros' de validação como forma de reconhecimento do sistema paralelo.<sup>151</sup>

O caso Basílio, como passou a ser conhecido na comunidade jurídica roraimense, teve grande importância nos foros locais, servindo de precedente para

---

<sup>148</sup> Art. 231 da Constituição Federal.

<sup>149</sup> Arts. 8º, 9º e 10 da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil.

<sup>150</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. Vol 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>151</sup> SILVEIRA, 2008, p. 152.

inúmeros outros casos levados ao conhecimento do judiciário local, especialmente nos crimes submetidos aos Juizados especiais, em que as partes eram integrantes de comunidades indígenas e, nos quais a própria sociedade em que vivem tinha mecanismos para resolução do conflito.

Passar-se-á agora ao quinto e último capítulo deste estudo, no qual pretende-se abordar algumas condutas socialmente aceitas pelo Povo Yanomami dentro de sua sociedade, mas que para o direito formal – o Estatal –, são consideradas fatos típicos, ensejando a sanção penal correspondente.

## **5. A POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E O POVO YANOMAMI**

Ao se falar em “crime”, quase automaticamente se pensa naqueles delitos elencados no Código Penal, os quais, na grande maioria, refletem o padrão moral e de costumes de cada sociedade, posto que por ela – e para ela – são produzidos.

Porém, não se pode olvidar que existem inúmeros outros diplomas penais, com elevado número de condutas caracterizadas como atentatórias ao direito e, portanto, também merecedoras da reprimenda penal. Tais condutas, presentes em legislações esparsas, nem mesmo a maioria dos doutos nas ciências jurídicas têm pleno conhecimento – plena consciência.

Por este motivo, deve sempre o interprete da lei lançar mão dos recursos disponíveis para aferir o grau de conhecimento do infrator acerca de tais tipos incriminadores, como exemplo, vale citar os Laudos Antropológicos quando se tratar de populações indígenas.

A afirmação supra não tem a intenção de contrariar o preceito mencionado na parte introdutória deste trabalho, quando se fez expressa referência ao artigo 21 do Código Penal, segundo o qual a ninguém é lícito invocar o desconhecimento da lei para descumpri-la ou contrariá-la.

No entanto, tal dispositivo deve ser interpretado com muita cautela, a fim de evitar a aplicação da lei a pessoas que, em função de suas condições pessoais e sociais, não possuam capacidade de orientar-se conforme as mesmas, pois, repetindo o que foi dito no Capítulo 3, devedor diante da norma é aquele imputável que, podendo compreendê-la e por meio dela guiar-se, decide, ainda assim, atuar de forma contrária, cedendo ao estímulo criminoso.

Entende-se, daí, surgir a importância do tema objeto de estudo, pois, para efeitos da aplicação daquela que sempre deveria ser a *ultima ratio* – a lei penal –, não se pode simplesmente ignorar os atores envolvidos, a sociedade em que vivem, bem como o contexto de tempo e local onde os fatos criminalizados foram cometidos.

A população eleita – o povo Yanomami, também conhecido como “O Povo da Floresta”, tem sua cosmologia própria, praticamente vivendo em outra dimensão em relação ao que se considera o mundo civilizado. Sua leitura de “mundo” dá-se por outro conjunto de valores. Tal afirmação encontra eco nas entrevistas feitas com integrantes da referida etnia e de um missionário italiano, da Ordem Consolata, que conviveu por longos anos dentro de algumas comunidades Yanomami. Seus costumes, moral e ética são, em inúmeras situações, muito distintos dos conhecidos e adotados pela sociedade envolvente.

Apenas para ilustrar tal afirmação, interessante citar uma passagem da entrevista realizada com o Pata<sup>152</sup> Davi Kopenawa Yanomami, na qual, ao ser indagado sobre o primeiro contato que teve com o “homem branco”, aquele a que chamam de napëpë<sup>153</sup>, disse:

[...] Bom, meu primeiro contato, a primeira vez que eu vi um homem branco chegando lá no Marakanã (é assim que a gente chama uma maloca grande), eu nunca vi, nunca pensei, nunca sonhei de nada... Eu pensava que era tudo uma coisa só, que nós éramos tudo índios. Eu nunca pensava que teria, assim, outro branco, preto, japonês. Nunca pensei nada disso... Mas o Pajé, ele contava pra mim, falava que tinha um povo que morava numa montanha. Que moravam na cidade e andavam de avião, de carro...

---

<sup>152</sup> Pata é mesmo que Tuxaua, na língua Yanomami.

<sup>153</sup> Napëpë, (inimigo, estrangeiro, “o branco”) – “Os Yanomami e sua terra”, no sítio [www.proyanomami.org.br](http://www.proyanomami.org.br), consulta realizada às 16:34, do dia 05.08.2010.

Não conheciam. Mas já tinha sido o Xabori<sup>154</sup> deles. Aí, todo mundo ficou pensando. Ficou com essa curiosidade de ver como ele viu. E ficávamos perguntando se ele podia nos levar pra conhecer. [...] <sup>155</sup>

Pelo contido no relato acima fica evidenciado que o Povo Yanomami não tinha noção da existência do “outro”, nem da sua diversidade cultural, de costumes e tradições. Também não imaginava que a “sociedade branca” possuísse códigos de ética próprios, diferentes dos seus, os quais eram compilados e transformados em leis, impondo padrões de comportamento para o bem viver dentro da sua coletividade.

O modo de resolução dos conflitos, alguns pelos “brancos” considerados bárbaros, por vezes dão lições de civilidade e, mais importante, de confiança na recuperação, na regeneração e, por que não dizer, na ressocialização do ser humano, não admitindo a privação da liberdade, patrimônio de ordem pessoal, tão caro a todos os indivíduos, em qualquer sociedade a que pertençam.

Neste momento os papéis se invertem e passam os napëpë<sup>156</sup>, os ditos civilizados, a praticar o que o povo Yanomami – e boa parte das demais etnias indígenas – considera uma barbárie, pois acredita que o homem nasceu livre, não admitindo sua constrição em regime fechado por qualquer motivo, nem mesmo por uma conduta grave.

Tal sentimento ficou bem caracterizado na entrevista anteriormente citada, na qual Davi Yanomami comparou a prisão, forma de resposta aos crimes que a sociedade branca utiliza, tão criminosa quanto o ato praticado pelo autor do fato delituoso, disse ele:

[...] então a polícia vai lá, pega ele como passarinho e põe na cadeia. Põe na gaiola. Então, isso também é crime... Para nós, se nosso filho ou parente tiver errado, então ele vai ter que sair daquela aldeia e ir para outra... Ele vai se ajeitar sim e nunca mais vai fazer errado... Lá no Catrimani, aconteceu, um rapaz matou o próprio colega dele. Matou, então o pai e a família ficou brabo, ele teve que fugir e morar em outro lugar até acabar a tristeza deles, chorar muito, então um ou dois anos eles esquecem. Então ficam amigos de

---

<sup>154</sup> Xabori, é o Pajé na língua Yanomami.

<sup>155</sup> Entrevista concedida ao autor por Davi Kopenawa Yanomami aos 27 de junho de 2010, na cidade de Boa Vista – Roraima.

<sup>156</sup> Vide nota anterior.

novo... A cadeia é lugar pra sofrer. Sofrer tanto, que daqui a vinte ou trinta anos ele vai sair, aí ele fica mais puto... A cadeia não recupera. A cadeia vai deixar mais revoltado com quem mandou prender na cadeia.<sup>157</sup>

A inexistência da pena de prisão de forma alguma significa a ausência de punição ou que as conseqüências dos delitos sejam brandas nas sociedades indígenas, ao contrário, conforme se viu no capítulo anterior, as penas são, em determinadas ocasiões, até mais graves que aquelas aplicadas pela sociedade envolvente.

A conclusão a que se chega, citando José Manuel de Sacadura Rocha:

É que não existe universalidade jurídica nas sociedades humanas e tampouco existem leis inúteis ou nocivas nas sociedades primárias. Como não há formalização da lei, leis desnecessárias se perdem naturalmente com o passar do tempo, motivo pelo qual não existe nenhuma motivação para que sejam feitas. As leis que regulam a vida das sociedades primárias são poucas e passadas de geração em geração pela oralidade e pelos costumes.<sup>158</sup>

Assim, “impõe-se nesse contexto considerar a colisão entre duas perspectivas diversas dos direitos, procurando não ‘fazer injustiça’ mediante a imposição de uma, a da ordem dos mais fortes, à outra, a da ordem dos mais fracos”.<sup>159</sup>

## 5.1 Costumes do Povo Yanomami X Direito Penal

Interessante trazer a lume algumas condutas que fazem parte do cotidiano do povo em estudo, sendo aceitas como naturais dentro da sua sociedade, mas que causam espanto dentro do que se convencionou moralmente inaceitável na sociedade dita civilizada, a ponto de sancionar aqueles que as pratiquem.

Tratar-se-á brevemente de três exemplos de fatos que para o Direito são

<sup>157</sup> Entrevista citada, com Davi Kopenawa Yanomami.

<sup>158</sup> ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Antropologia jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 19.

<sup>159</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009, p. 226.

considerados crimes, mas que para os Yanomami são condutas incorporadas ao seu dia-a-dia, não merecedoras de qualquer forma de reprimenda.

### 5.1.1. Infanticídio

Primeiramente, deve-se observar a impropriedade técnico-jurídica costumeiramente utilizada quando se denomina de “Infanticídio” o descarte, a eliminação, do recém-nascido pela mãe indígena.

Afirma-se tratar de impropriedade técnica pelo fato de que o tipo penal do Infanticídio exige, para sua caracterização, que a mãe, durante ou logo após o parto, movida pelo estado puerperal, mate o próprio filho<sup>160</sup>.

Porém, o que ocorre entre os Yanomami – e várias outras etnias brasileiras – é que em algumas situações a mãe já havia decidido o “descarte” do recém-nascido antes do parto – sem que estivesse abalada pelas circunstâncias de momento – portanto não se podendo falar ter agido movida pelas reações psíquicas causadas na hora do parto. A decisão já havia sido tomada antes.

Em sua obra denominada “Transconstitucionalismo”, Marcelo Neves reconhece ter a mulher Yanomami

[...] direito absoluto sobre a vida dos seus filhos recém-nascidos. O parto ocorre em ambiente natural, fora do contexto da vida social, deixando a opção à mãe: ‘se não toca o bebê nem o levanta em seus braços, deixando-o na terra onde caiu, significa que este não foi acolhido no mundo da cultura e das relações sociais, e que não é, portanto, humano. Dessa forma, não se pode dizer que ocorreu, na perspectiva nativa, um homicídio, pois aquele que permaneceu na terra não é uma vida humana.’<sup>161</sup>

O início da vida para os Yanomami não tem o mesmo significado que para a sociedade branca. Segundo sua cultura a vida do ser humano inicia quando é aceito pela sociedade, devendo, para tanto, preencher alguns requisitos.

---

<sup>160</sup> Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

<sup>161</sup> NEVES, 2009, p. 225.



Marianna Assunção Figueiredo Holanda, em Dissertação de Mestrado defendida junto ao Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília – UNB, em agosto de 2008, intitulada “Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena”, tendo como orientadora a Antropóloga Rita Laura Segato, descreveu:

A criança que nasce só se iniciará nesta empreitada após receber um nome, condicionando assim sua pertença à humanidade. A aquisição de um nome estabelece as relações entre os vivos, “nós, gente verdadeira”, assim como se relaciona às prescrições do social. Ao emergir do corpo da mãe é necessário que o neonato demonstre seu potencial de ser social, de humanidade. Assim, alguns requisitos são necessários para que seja nominado como saber andar, falar ou alimentar-se com certa autonomia. [...] Para os Sanumá “os nomes são bons não exatamente para chamar, mas para conceituar” porque sua aquisição implica em uma qualificação (Ramos 1990). Dessa maneira, os Yanomami só iniciam a caçada do nome de uma criança após esta ter mais de um ano de idade, quando se tem alguma segurança de que esta criança não vai mais morrer, caso contrário “os demais poderiam ofender os pais nomeando a criança.”<sup>162</sup>

Em sua entrevista com o autor, Davi Kopenawa Yanomami reforçou o aspecto cultural da prática entre seu povo, assim manifestando-se em várias passagens:

Esse tema do povo Yanomami matar criança, isso aí é um costume deles. Quando o pai e a mãe não querem criar filho, eles acabam com ele antes dele crescer. Porque quando pequeno ele não pensa pai, mãe, povo. Então isso é costume do Yanomami. Quando não que criar filho, ele é quem decide.<sup>163</sup>

Tal situação, a primeira vista, pode parecer mais uma barbárie cometida por um “povo primitivo”, no entanto, este ato, na grande maioria das vezes tem suas razões para ocorrer e, sobre algumas delas, brevemente discorrer-se-á.

Para uma análise mais próxima do real, não se pode esquecer o que já foi dito em capítulos anteriores sobre os locais onde vivem os Yanomami, os pontos mais remotos do território brasileiro<sup>164</sup>, em situação precária, sem estrutura de apoio do Estado, com dificuldades alimentares, nômades, sendo sua sobrevivência uma luta diária.

---

<sup>162</sup> HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena*. Brasília, 2008. Dissertação de Mestrado, Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, UNB, p. 26/27.

<sup>163</sup> Entrevista citada, com Davi Kopenawa Yanomami.

<sup>164</sup> Vide os mapas na Introdução, p. 2 e 3.

No dizer de Ricardo Ventura Santos e outros, em entrevista com o Antropólogo John D. Early,

O espaçamento, vale dizer, o tempo entre o nascimento de um filho e outro, pode ser um problema para os Yanomami por causa da necessidade de amamentação. A fonte básica de alimento de um bebe Yanomami é o leite materno. Isso faz com que a criança careça de ser amamentada até seus dois anos, pelo menos. Por conseguinte, como muitos outros povos, indígenas, os Yanomami entendem que o leite materno é limitado, ou seja, uma mulher só pode amamentar adequadamente um filho por vez. Portanto, é claro que, ocorrendo um novo processo de gravidez e parto pouco tempo depois do nascimento da criança lactente, o novo bebê estaria competindo com o primeiro pelo leite da mãe.<sup>165</sup>

Carlo Zaquini, Missionário da Ordem Religiosa católica Irmãos da Consolata, um italiano radicado em Roraima há mais de quarenta e cinco anos, dos quais cerca de vinte vividos dentro das áreas Yanomami, relatou, em entrevista ao autor, uma experiência do grupo de Missionários do qual fazia parte, com o intuito de reduzir os altos índices da pratica na comunidade onde vivia. Propuseram os missionários às mães que sabidamente praticariam o infanticídio, bem como aos seus familiares, que criariam nos primeiros meses de vida as crianças que seriam suprimidas, devolvendo-as as suas famílias tão logo tivessem condições de criá-las.

Após a aceitação de algumas famílias, tiveram os missionários êxito nos casos em que aceitaram a incumbência, porém, devido as dificuldades de se cuidar dos recém-nascidos no local – sem hospitais, médicos, remédios e, principalmente, sem leite materno, essencial nos primeiros meses de vida – após algum tempo abandonaram o projeto. No entanto, vários deles se salvaram e foram aceitos de volta pelas famílias, sendo criados pelos avós e, segundo Zaquini, até hoje tem contato com eles, tendo alguns suas próprias famílias.

Em seu relato, Zaquini esclareceu que em algumas situações os Yanomami adotam a pratica como um ato de amor, pois quando a criança é portadora de deficiência física, sabe-se que teria, caso sobrevivesse, uma vida de muitas dificuldades, tornando-se também um grande peso para seus familiares, uma vez que dentro de sua sociedade todos tem suas tarefas pré-determinadas, sendo

---

<sup>165</sup> PAGLIARO, Heloisa *et al.* *Demografia dos povos indígenas do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2005, p. 185-186.

úteis em suas funções. Desta forma, para ele, é a sociedade que comete o infanticídio e não a mãe, sendo esta apenas um instrumento.

Dario Kopenawa Yanomami, também em entrevista ao autor, reforçou o que foi dito pelo missionário, afirmando que nos casos de má-formação a decisão é da própria comunidade, a qual não permite à mãe criar o bebê, pois traria muitos problemas para todos:

Quando a mulher fez isso e quando o bebê nasce aleijado, braço cortado, sem braço, sem boca. Tem outro jeito também pra eliminar. Quando o bebê nasce com má-saúde, é decisão da comunidade. Esse é cultura pra nós, quando o bebê nasce com mau saúde, mau formação esse é a comunidade que decide. Se nasce bebê esquisito você não pode criar por que depois vai dar muito problema, muito trabalhoso, por que não tem saúde. A gente fica muito triste quando a gente vê essa criança. [...] Quando a comunidade vê o problema, bebê muito trabalhoso, elimina. Não tem remédio, não tem como ajudar esse aí. (sic)<sup>166</sup>

Outra causa comum para a prática do “infanticídio” entre os Yanomami é o nascimento de gêmeos. Nesta situação, em regra, preocupada com a impossibilidade de amamentar ao mesmo tempo os neonatos, opta por eliminar um deles e, “em geral a mãe fica com o bebê do sexo masculino ou com o que lhe parecer mais forte e saudável”<sup>167</sup>.

Tal preferência se justifica por questões de sobrevivência da própria comunidade, pois, em regra, o homem terá um papel de defesa e, segundo Zaquini, “*com certeza havia uma prioridade em ter filhos homens porque era importante para a defesa da comunidade, a defesa da família. Aí, a força física era fundamental.*”<sup>168</sup>

Feitas essas considerações acerca da reconhecida e culturalmente –desde sempre – aceita prática do “infanticídio” entre os Yanomami, resta grande dificuldade em aceitar a imposição pelo Estado Brasileiro da criminalização desta conduta quando praticada por uma mãe Yanomami que tem dentro de si tais valores.

---

<sup>166</sup> Entrevista concedida ao autor por Dário Kopenawa Yanomami, em 16 de março de 2010, na cidade de Boa Vista-Roraima.

<sup>167</sup> PAGLIARO, 2005, p. 186.

<sup>168</sup> Entrevista citada, com Carlo Zaquini.

A referência que ora se faz é ao projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, sob o nº 1.057 de 2007, conhecido como “Lei Muwaji”, de autoria do Deputado Federal pelo Estado do Acre, Henrique Afonso.

### 5.1.2. Estupro contra vulnerável

Outra prática culturalmente aceita pelos Yanomami – e por grande parte das demais etnias indígenas – é a iniciação sexual da menina após a menarca. Não raras vezes a prática ocorre com menores de quatorze anos de idade.

Tal fato, visto de fora do contexto cultural das populações indígenas, enseja a aplicação do dispositivo penal elencado no artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro, com a nova redação dada pela Lei nº 12.015/09, assim dispondo:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Embora o art. 224, do Código Penal, tenha sido revogado, a proibição mencionada ainda possui a mesma justificativa ontológica da antiga “presunção de violência”, ou seja, a *innocentia consilii* da pessoa menor de quatorze anos.

Em outras palavras, a lei presume a total imaturidade da pessoa para decidir acerca dos atos de natureza sexual, de forma que o seu eventual consentimento não se reveste de qualquer valor, sujeitando o parceiro às sanções penais cominadas.

Naturalmente, o marco divisório entre o consentimento válido e o inválido é alvo de infundáveis discussões, não sendo algo fácil de se comprovar cientificamente. É critério, portanto, de política criminal, influenciado principalmente pelos costumes, cultura e religião predominantes em um certo território.

No Brasil, de colonização européia, emergiu um posicionamento mais conservador com relação à sexualidade, a ponto de desprezar por completo o consentimento do menor de quatorze anos, ao passo em que se censura o ato infracional cometido por adolescente de apenas doze anos. Ou seja, no âmbito da infância e juventude se concebe ao menor de quatorze anos um certo discernimento, suficiente para a aplicação de medida sócio-educativa, enquanto que na esfera da sexualidade o contrário ocorre - um aparente paradoxo.

Entretanto, não deixa de ser um critério perfeitamente válido, posto que culturalmente aceito pela sociedade brasileira, tanto que mantido pela lei 12.015/09. Agora, com relação aos indígenas, a questão não é de tão simples trato, pois, como já dito, a iniciação sexual da mulher indígena se dá logo após a primeira menstruação, o que ocorre, em média, aos doze anos.

Pelo discurso etnocentrista, seria mais um costume sem amparo racional, relacionado ao estado primitivo. Contudo, ao considerarmos os critérios balizadores constantes em sua tábua de valores, imperativo se faz uma outra perspectiva, mesmo porque a Constituição Federal, em seu artigo 231, garantiu aos povos indígenas o reconhecimento a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Como já abordado, os Yanomamis, assim como as demais etnias indígenas, têm seus costumes e seu modo de vida amparado pela vida em natureza. Neste passo, pelo mais puro critério biológico, quando a mulher passa a ovular e encontra-se apta para a reprodução, já pode contrair núpcias.

O condicionamento cultural da sociedade envolvente, o modo pelo qual ocorre a sua criação e educação, automaticamente sugere um juízo de reprovabilidade, sob argumento de que, nesta idade, não há preparação psicológico-emocional para a prática do ato sexual. Porém, para a cultura indígena tal não ocorre, pois, o natural, para eles é que a mulher pode ser deflorada a partir da menarca, justamente como vem sido praticado a centenas de anos, sendo hábito repassado por gerações.

Nesse ínterim, é contestável se falar em dano psicológico, pois a criança já é educada com essa perspectiva, e, certamente, dado o seu condicionamento cultural, anseia pelo momento em que deixa de ser menina e passa a ser mulher, dando prosseguimento, com o casamento, aos costumes e tradições de sua etnia.

É importante ressaltar que, além de polêmico, o tema é atual e recorrente, conforme se retira de notícia veiculada no Jornal O Estado de São Paulo, no dia 1º de novembro de 2009, senão vejamos:

### **JUÍZES IGNORAM CULTURA DE ÍNDIOS AO JULGÁ-LOS**

#### **Em Mato Grosso do Sul há indígenas presos por ter relações sexuais com menores de idade**

Uma vistoria no presídio de segurança máxima de Dourados, em Mato Grosso do Sul, revelou uma realidade considerada grave pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ): índios da região são acusados e condenados por práticas que, muitas vezes, não são consideradas criminosas em sua cultura.

**A metade dos índios presos nessa unidade é acusada de manter relações sexuais com menores de idade. Pelas leis dos brancos, a conduta é tipificada como estupro presumido, com pena de até 12 anos de prisão. Pelas regras dos índios, algo considerado normal.**

**Essa diferença cultural não é levada em consideração pelos juízes do Estado. Mesmo quando a suposta vítima diz que está casada por livre e espontânea vontade, o índio acaba condenado, com base no Código Penal.**

**Alguns dos índios presos nem sequer sabem do que estão sendo acusados. "O maior problema que enfrentamos é o julgamento do índio como se ele fosse do nosso meio e compreendesse todo o nosso ordenamento jurídico", afirma o procurador da República Emerson Kalif Siqueira.**

Segundo o Estatuto do Índio, os juízes devem atenuar as penas de índios condenados por infrações penais, e sua aplicação deverá levar em conta o grau de integração cultural dos acusados.

A legislação também autoriza índios condenados a cumprir pena em regime de semiliberdade, em postos da Funai. Mas os índios acabam dividindo espaço com presos acusados, em muitos casos, de crimes graves, como tráfico de drogas, sequestros e homicídios.<sup>169</sup> [grifo nosso]

Destarte, considerando ser uma tradição arraigada há séculos no cotidiano da comunidade, bem como as diretrizes constitucionais dispostas no citado art. 231, não soa legítimo resolver o impasse pela simples imposição de nossa tábua de valores.

<sup>169</sup> RECONDO, Felipe. *Juízes ignoram cultura de índios ao julgá-los*. [http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091101/not\\_imp459558,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091101/not_imp459558,0.php). Acesso em 20 ago de 2010.

Na mesma esteira de entendimento, vale transcrever parte do artigo intitulado “Dos Crimes Contra os Costumes”, de autoria de Wilson Matos da Silva<sup>170</sup>, quando faz a seguinte pergunta: “Crimes contra os Costumes. Costumes de quem?” O artigo, ressalte-se, foi escrito antes da alteração no Código Penal, introduzida pela Lei nº 12.015/09, mas sua essência continua atual. Diz o autor:

Caro leitor, após alguns dias sem escrever neste espaço, volto discorrer sobre um tema que intriga muito o pensamento jurídico, notadamente dos estudiosos do direito indigenista; crimes contra os costumes? Costumes de quem? Por óbvio que o Código Penal Brasileiro, refere-se aos costumes da sociedade. Mas, os COSTUMES indígena diferenciados, não estão assegurados na Constituição Federal? [...] Nós indígenas, temos “direito” aos nossos próprios costumes, as índias estão prontas a se relacionar sexualmente e até a contrair matrimônio após a menarca, ou seja, após a primeira menstruação, o que ocorre aos dez, onze anos, a grande maioria dos matrimônios entre indígenas acontece quando a menina tem doze e treze anos. [...] Um exemplo é o caso de uma índia da aldeia Jarará (Juti/MS), com idade bem superior ao de seu cônjuge, levou a sobrinha de 12 anos de idade para morar consigo, após 60 dias morando com sua tia, fugiu com o marido desta, após uma semana voltaram a aldeia e se casaram nos costumes da tribo, a esposa abandonada procurou o conselho tutelar, e foi encaminhada à delegacia que apresentou queixa de rapto de menor e estupro por violência presumida, agora ele esta sendo processado por estupro, e corre sério risco de após a sentença ir para a prisão, simplesmente porque cometeu um crime contra os costumes dos BRANCOS, mesmo sendo ambos indígenas e a Constituição federal lhes assegurar direitos a COSTUMES diferenciados.<sup>171</sup>(sic)

Luigi Eusebi, comenta o ritual Yanomami após a primeira menstruação, quando a menina está pronta para o casamento:

Durante a primeira menstruação, as moças permanecem no interior da maloca, assistidas pela mãe e sujeitas a várias restrições alimentares. No fim do ciclo, a mulher pode consumir o matrimônio, anteriormente combinado. O esposo se compromete em oferecer determinados serviços aos sogros, como o de cultivar suas terras.<sup>172</sup>

Dario Kopenawa Yanomami, resumiu como funciona na sua sociedade:

Se ela quer, a partir de quando ela faz a menstruação na nossa sociedade ela já é informada que tá pronta. Tá preparada para fazer relação sexual.<sup>173</sup>

<sup>170</sup> Wilson Matos da Silva é índio residente na Aldeia Jaguapiru, Advogado, Pós-graduado em Direito Constitucional, Presidente do (DDPI/MS) Comitê de Defesa dos Sireitos dos Povos Indígenas de MS, Membro do CONSEA ( Conselho Nacional de Segurança Alimentar).

<sup>171</sup> SILVA, Wilson Matos da. [www.netlegis.com.br](http://www.netlegis.com.br), acessado em 25.08.2010.

<sup>172</sup> EUSEBI, Luigi. A Barriga Morreu! O genocídio dos Yanomami. São Paulo: Ed. Loyola, 1991, p. 87.

<sup>173</sup> Entrevista citada.

Com efeito, em sendo possível faltar aos Yanomami a potencial consciência da ilicitude desse fato, nos termos do art. 21, do Código Penal Brasileiro, a análise da reprovabilidade deve ser realizada caso a caso, aferindo-se o quanto o indivíduo compreendia a proibição, a partir da feitura do necessário laudo antropológico. Se constatada a inexistência desse potencial conhecimento, por ser um costume desde sempre aceito na sua comunidade, não há como se imputar responsabilidade penal ao Yanomami que mantenha relação sexual com a menina que menstruou.

### 5.1.3 Destruição de cadáver

Outro exemplo que bem demonstra a disparidade cultural entre os Yanomami e a sociedade envolvente relaciona-se à forma com que tratam os seus entes falecidos.

Para melhor ilustrar a situação, Davi Kopenawa relata que:

Quando o nosso parente morre, não pode queimar, tem que respeitar o corpo. Ele tem que ficar lá em cima da árvore até apodrecer. Deixar lá uns 20 a 25 dias apodrecendo, até cair toda a carne e ficar só o osso. Ai a comunidade vai decidir. Vai pedir pro pessoal caçar, pegar duas antas ou três antas pra trazer e poder tirar o corpo dele lá de cima. Tiram o osso, botam num cesto e levam pra casa e no outro dia de madrugada fazem o fogo pra queimar o osso dele. Ai os parentes ficam tudo chorando. Duas pessoas que foram queimar o osso dele pegam o osso, jogam num buraco e pilam. Pila ele todinho e colocam no cabaça, assim é o nosso costume. [...] E depois da festa, aí vão lembrar de novo, chorar de novo. Ai o Pata, o Xabori da aldeia, vai autorizar pra enterrar as cinzas dele.<sup>174</sup>

Referido cerimonial, evidentemente, integra a rica cultura Yanomami, merecendo, destarte, todo o respeito dos outros povos, não só apenas por uma questão de boa vizinhança, mas por ser o patrimônio indígena um bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Porém, olhando o fato sob a fria e técnica análise da lei penal, poderia tipificar, em tese, o crime de destruição de cadáver, previsto no art. 211, do Código Penal:

---

<sup>174</sup> Entrevista citada.



Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:  
Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

A respeito do referido tipo penal, Rogério Greco<sup>175</sup> ensina que o corpo humano morto, enquanto mantiver essa forma, pode ser destruído, total ou parcialmente, respondendo pelo delito, por exemplo, tanto aquele que queima como o que esmaga parte do cadáver.

Portanto, de acordo com o conceito supra, o fato de deixar o cadáver apodrecendo em cima de uma árvore, para a cultura envolvente, tratar-se-ia de crime, com apenação de até três anos de reclusão, ao passo que para os Yanomami representa apenas parte do necessário e respeitoso ritual para com seus antepassados.

Assim, jamais se poderia exigir que um Yanomami possuísse a representação e compreensão do caráter ilícito da conduta, afigurando-se descabida qualquer sanção penal a este título, por absoluta falta de censurabilidade.

#### 5.1.4. Crimes ambientais

Durante as entrevistas mencionadas, foi relatado que a carne de macaco é uma iguaria muito apreciada pelos Yanomami, bem como que um dos artifícios utilizados para a pesca é o uso do timbó<sup>176</sup>, conhecida planta tóxica que asfixia os peixes, fazendo-os emergir à superfície da água, facilitando o trabalho.

Bruce Albert descreve a forma de pesca praticada pelos Yanomami:

Os peixes são pequenos e sua captura é efetuada com linha e anzol ou pelo uso de timbó (veneno vegetal) lançado nas águas (técnica descrita em Lizot, 1972). Os Yanomami fazem uso de uma considerável diversidade de espécies vegetais como venenos de pesca (ao menos 23), e a diferença entre as plantas utilizadas numa comunidade ou em outra relaciona-se com a sua disponibilidade regional e com preferências locais. [...]Nos igarapés a

---

<sup>175</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Especial* – v. 3. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

<sup>176</sup> Timbó é um veneno vegetal

colocação de timbó na estação da seca é uma atividade normalmente realizada por grupos de mulheres e é bastante produtiva.<sup>177</sup>

Tais condutas, sob o enfoque da lei 9.605/96, caracterizariam crimes contra a fauna, conforme disposto nos arts. 29 e 35:

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:  
Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

Art. 35. Pescar mediante a utilização de: [...]  
II - substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente:  
Pena - reclusão de um ano a cinco anos.

Sobre o primeiro tipo penal, Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas<sup>178</sup> afirmam que é de ação múltipla, pois contém várias modalidades de conduta. A título exemplificativo, afirmam estar caçando quem permanece por horas em uma árvore aguardando a aproximação do espécime da fauna; ou quem, armado, sai à procura de animais com o objetivo de matá-los. Quanto à objetividade jurídica, esta reside na constatação de que a fauna silvestre, dada a sua flagrante esgotabilidade, representada pelo imenso rol de animais em extinção, merece maior proteção.

No tocante ao crime do art. 35, os mesmos autores<sup>179</sup>, ao analisarem a conduta típica, esclarecem que o uso do timbó – nome comum de plantas tóxicas – amolda-se ao conceito de substância tóxica ou venenosa, materializando o delito. Sobre o objeto jurídico tutelado pela norma, ensinam que é o equilíbrio ecológico, pois o uso de instrumentos voltados à obtenção de uma maior mortalidade de peixes causa danos ao meio ambiente, podendo levar à dizimação de espécies inteiras.

Obviamente, os costumes dos Yanomami não têm a potencialidade lesiva vislumbrada pela lei penal, o que se retira da preservação ambiental do território em que vivem. Aliás, neste particular talvez resida o maior dos paradoxos, pois uma lei produzida pelos “homens brancos”, maiores agressores do meio-ambiente, em todos

---

<sup>177</sup> ALBERT, Bruce & William Milliken. *URIHI: A terra floresta Yanomami*. São Paulo: ISA, 2009, p. 69.

<sup>178</sup> Cf. FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p.87-89.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 128.

os aspectos imagináveis, descreve como criminosas condutas rotineiramente praticadas por índios.

Assim, em vista das peculiaridades culturais, e considerando que as leis ambientais são desconhecidas até mesmo por juristas, dificilmente os Yanomami teriam o potencial conhecimento da ilicitude das condutas em análise, pois estas remontam a hábitos antigos, que nunca foram alvos de qualquer contestação.

## 6. CONCLUSÕES

O Estado brasileiro é uno e suas leis tem vigência em todo o território nacional, por ele sendo elaboradas e devendo ser cumpridas por todos que nele se encontrem.

Porém, tal afirmação, apesar de óbvia, não pode ser interpretada literalmente e de forma inflexível, cabendo aos aplicadores da lei ter o necessário discernimento e bom senso no momento de sua aplicação em se tratando de resposta penal a integrantes de determinadas populações indígenas, a exemplo dos Yanomami, os quais, apesar de brasileiros e habitarem nosso território, vivem em uma realidade totalmente diversa da sociedade envolvente.

1. O povo Yanomami é dotado de pessoas com plena capacidade mental, não se podendo falar em desenvolvimento mental incompleto, motivo pelo qual não podem ser considerados inimputáveis, sendo essa uma interpretação simplista que alguns preferem adotar.

2. Os povos indígenas, especialmente aqueles que habitam regiões isoladas do convívio com a sociedade envolvente, tem regras, costumes e tradições próprias, as quais, majoritariamente são desconhecidas dos aplicadores do direito, mas que constitucionalmente foram reconhecidas e, portanto, por força de dispositivo constitucional, devem ser aplicadas.

3. O Brasil, país de dimensões continentais, com uma população diversificada e multicultural, deve reconhecer o pluralismo jurídico – a jusdiversidade – vigente e dar-lhe o tratamento necessário, adequando o sistema judicial para o deslinde das situações que lhe são postas, de modo a poder efetivar a garantia constitucional assegurada aos povos indígenas.

Para tanto, parecer ser viável pensar em uma composição “mista” nos julgamentos envolvendo integrantes das comunidades indígenas, composta por Magistrados de carreira e lideranças (Tuxauas, Patas) das comunidades, indicados pelas mesmas, os quais detenham o conhecimento necessário sob os seus costumes e tradições, bem como das penas culturalmente aceitas.

Tal sugestão, que a princípio pode parecer de difícil implementação, é perfeitamente exequível, a exemplo do que ocorre hoje na Justiça Militar, a qual, além do representante do Poder Judiciário, compõe-se por integrantes das forças armadas que bem conhecem a doutrina e os ritos militares – em última análise, a cultura e tradição de suas armas.

A composição “ecclética” no sistema de justiça não é exclusividade da Militar, também admitindo-a o Tribunal do Júri e, até a Emenda Constitucional nº 24, a Justiça Trabalhista.

4. A imperiosa valorização do Laudo Antropológico como peça fundamental, tanto quanto o elaborado pelos peritos médicos, quando do julgamento de integrantes de povos indígenas.

5. A aplicação da sanção penal deve sempre levar em consideração a pessoa do agressor e o fato por ela praticado, portanto a resposta Estatal não deve ser dada apenas para satisfação da vítima, pois o Direito Penal não pode ser utilizado para satisfazer o desejo de vingança contra aquele que praticou uma conduta contrária ao direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITO VICTORINO, Célia Jurema. *Canibais da Natureza: Educação ambiental, limites e qualidade de vida*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

ALBERT, Bruce; MILLIKEN, William. *Urihi. A terra-floresta Yanomami*. São Paulo: Institut de Recherche pour Le développement, 2009.

ALBERT, Bruce. *In* [www.proyanomami.org.br](http://www.proyanomami.org.br) (CCPY – Comissão Pró-Yanomami), acessado em 13.03.2010, às 17:28 horas.

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 11. ed, São Paulo: Ícone, 2006.

ANTUNES, Celso. *Uma Aldeia em Perigo*. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 1984.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

ÁSUA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.

BARRETO, Hélder Girão. *Direitos Indígenas – Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

BARRETO Filho, Enyo Trindade. *Sociedades Indígenas – Diversidade Cultural Contemporânea no Brasil*. Brasília – DF, FUNAI/CEDOC,1996. (Série Brasil Indígena).

BIANCHI, César Haroldo. *Índio Brasileiro ante a intolerância: aspectos legislativos e penais*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de Direito de São Paulo, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de Tipo e Erro de Proibição: uma análise comparativa*. 3. ed. São Paulo:Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 8. ed. São Paulo:Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. *Posição da Culpabilidade na dogmática penal*. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre. n. 16, 2004.

BRASIL, *Códigos 5 em 1:Constituição Federal, Civil, Processo Civil, Penal, Processo Penal: legislação complementar e súmulas do STF e do STJ*. 7.ed. Barueri:Manole, 2009.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. v. 4. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

BRUNONI, Nivaldo. *Princípio de Culpabilidade. Considerações. Fundamento, Teoria e Conseqüências*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

CASAS, Bartolomeu de las. *O Paraíso Destruído*. Porto Alegre: L & PM, 1984.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos dos Índios – Ensaios e Documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

ESTEFAM, André. *Direito Penal* 1. 5. ed. São Paulo:Saraiva, 2008.

EUSEBI, Luigi. *A Barriga Morreu! O genocídio dos Yanomami*.São Paulo: Ed. Loyola, 1991

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da consciência da ilicitude em direito penal. 5. Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 209.

\_\_\_\_\_. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 306.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da Sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Vigiar e Punir*. 29 ed. Petrópolis:Vozes, 2004.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal:Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p.87-89.

FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Tradução de Órizom Carneiro Muniz, Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

GONZAGA, João Bernardino. *O Direito Penal indígena à época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, 1971.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial – v. 3. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal: Parte Geral – v. 1*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini, ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. Ed. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2005.

GUARAGNI, Fábio André. A “herança maldita” do tratamento jurídico-penal dos silvícolas não-adaptados. Disponível em: <<http://www.fesmp.com.br/upload/arquivos/11616395.pdf>>, acessado em 16 agosto de 2010.



HERVADA, Javier. *Crítica introdutória ao Direito Natural*. Trad. de Joana Ferreira da Silva. Porto: Rés Editora, 1990.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena. Brasília, 2008. Dissertação de Mestrado, Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, UNB.

ISERHARD, Antonio Maria. *Caráter vingativo da pena*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

JENSEN, Ad. E. *Mito y Culto entre Pueblos Primitivos*. Traduzido para o espanhol por Carlos Gerhart, México: Fondo de Cultura Económica, 1966.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Legislação Penal Especial*. Vol 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

KELLY, José Antonio; CARRERA, Javier; *Mudanças na Política Indigenista, Povos Indígenas no Brasil (2001/2005)*, Instituto Sócio Ambiental.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. Ed. São Paulo/SP: Thompson-IOB-Síntese, 2004.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e Costume na Sociedade Selvagem*. 2. Ed. São Paulo: Editora UNB, 2008.

MARÉS DE SOUZA FILHO. Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*, 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1991.

MONTAIGNE, Michel. Ensaios. In: Inês de C. Inácio e Tânia R. de Luca. *Documentos do Brasil Colonial*. São Paulo: Ática, 199(?), p. 29. Em português, os Ensaios foram publicados em 1961, pela Editora Globo.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009

NINA RODRIGUES, Raimundo. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. BDJur, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9989>>, acessado em 16 de agosto de 2010.

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

PAGLIARO, Heloísa *et al.* *Demografia dos povos indígenas do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2005, p. 185-186.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Historia Del Derecho*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Quórum, 2007.

RAMOS, Alcida Rita. *Categorias Étnicas do Pensamento Sunumá: Contrastes Intra e Inter-Étnicos*. Trabalhos de Ciências Sociais. Série Antropologia nº 45. Brasília/DF: Biblioteca da UNB, 1984.

RECONDO, Felipe. Juízes ignoram cultura de índios ao julgá-los. [http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091101/not\\_imp459558,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091101/not_imp459558,0.php). Acesso em 20 ago de 2010.

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

RIBEIRO, Jorge Severiano. *Do Crime – Da Responsabilidade – Da Co-autoria*. Rio de Janeiro/RJ: Livraria Jacinto Editora, 1943.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Antropologia jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro*. 2. ed. São Paulo:Lúmen Júris Editora, 2009.

RODRIGUES MACIEL, José Fábio e AGUIAR, Renan. *História do Direito*. São Paulo/SP: Ed. Saraiva, 2007.

ROMEIRO JR. Jorge Alberto. Jurisdição Criminal: um pouco de sua história. Rio de Janeiro/RJ, 2001, *In Revista da EMERJ*, Vol. 4, n. 14.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. São Paulo: Abril Cultural, 1988.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid:Civitas Ediciones, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato impunível*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SIASI – FUNASA/MS, 21/02/2010.

SILVA, Wilson Matos da. [www.netlegis.com.br](http://www.netlegis.com.br), acessado em 25.08.2010, às 20:20 horas.

SILVEIRA, Edson Damas da. *Socioambientalismo Amazônico*. Curitiba:Juruá, 2008.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*, Curitiba: Juruá, 2009.

WELZEL,Hanz. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro:Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)