

- ÍNDIOS E IMPUTABILIDADE PENAL -

Roberto Lemos dos Santos Filho

Juiz Federal 1ª Vara Bauru/SP

Mestre em Direito Universidade pela Católica de Santos

Imputabilidade é definida como a aptidão do ser humano compreender que determinado fato não é lícito e de agir em conformidade com esse entendimento. É imputável a pessoa capaz de entender o caráter ilícito de um fato e determinar-se de acordo com tal entendimento¹. Segundo Damásio Evangelista de Jesus², imputável “é o sujeito mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Dita o art. 26 do Código Penal brasileiro ser isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O parágrafo único do art. 26 do Código Penal prevê a possibilidade de redução da pena, de um a dois terços, se o agente não era capaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com

¹ Nesse sentido, confira-se FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 15ª edição, 1995, p. 197: “A imputabilidade é a condição de maturidade e sanidade mental eu confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento. Em suma, é a capacidade que confere ao agente a capacidade de entender e querer, ou seja, de entendimento da antijuridicidade de seu comportamento e de autogoverno...”

² *Código penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 9ª edição, 1999, p. 107.

esse entendimento, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Na lição de Francisco de Assis Toledo³:

“(...) Para que o agente de um crime seja, pois, dotado de imputabilidade, além da idade de dezoito anos, deverá à época do fato, estar no gozo de certas faculdades intelectivas e de determinado grau de saúde mental. A lei penal exprime essas exigências, de modo negativo, ao estabelecer as hipóteses de *inimputabilidade* ou de redução da responsabilidade (arts. 26 e parágrafo único e 28, §§ 1º e 2º).

(...) As primeiras hipóteses de inimputabilidade estão previstas no art. 26: tendo o legislador usado termos bastante genéricos, como facilmente se percebe, a exata extensão e compreensão das expressões ‘doença mental’ e ‘desenvolvimento mental incompleto ou retardado’ fica deferida ao prudente arbítrio do juiz que, em cada caso, se valerá do indispensável auxílio de perícias especializadas. O que importa ter em mente é a parte final do preceito, que traça os limites normativos extremos desse poder discricionário: doença ou qualquer anomalia que torne o agente, à época do fato, *incapaz de ter a compreensão do injusto que realiza ou de orientar-se finalisticamente em função dessa compreensão.*”

³ *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 315.

Questão que inquieta os operadores do direito é a relacionada com a imputabilidade penal dos índios. No sítio eletrônico da FUNAI⁴ consta estimativa de existirem no Brasil entre 100 e 190 mil índios vivendo fora das terras indígenas, inclusive em áreas urbanas. Não é rara na rotina forense, pois, a ocorrência de ações penais relacionadas com crimes praticados por índios em suas relações com a sociedade não índia envolvente, ou em suas próprias comunidades.

Antes do advento da Constituição de 1988 e do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), a doutrina e a jurisprudência interpretavam a imputabilidade penal dos índios à luz do art. 26 do Código Penal, e do art. 4º do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), segundo o qual os índios são considerados isolados, em vias de integração, e integrados⁵. O entendimento predominante, em síntese, era no sentido da inimputabilidade dos índios isolados, da imputabilidade dos integrados, e da necessidade de exame pericial para aferição da responsabilidade penal dos índios em vias de integração.

⁴ <http://www.funai.gov.br/indios/conteudo.htm> - visitado em 06.05.2006

⁵ Lei nº 6.001, de 19.12.1973: "art. 4º Os índios são considerados: I - Isolados- Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservem menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados- Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura."

Esse tratamento era forjado, sobretudo, na regra constante do art. 6º, inciso III, do Código Civil revogado (Lei nº 3.071/1916), que elencava os índios entre os relativamente incapazes de praticar atos da vida civil, e pela ultrapassada visão integracionista que envolve o Estatuto do Índio, como se o ideal, o correto e inexorável fosse os índios deixarem de ser índios, e, de forma paulatina, passassem a viver de acordo com a “doce, humana e pacífica” cultura dos não índios.

A Constituição de 1988 reconhece a pluralidade étnica e cultural do país. Assegura aos índios o direito à alteridade, é dizer, o direito de serem diferentes e tratados como tais, direito esse reforçado pela Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 19.04.2004⁶. O Código Civil em vigor⁷ dispõe que a capacidade dos índios será regulada por lei especial. Assim, emerge ultrapassada e incorreta qualquer interpretação que trate os índios como inimputáveis ou semi-imputáveis em virtude da diferença étnica.

Como registrou Solange Rita Marczynsky⁸, em debate promovido em abril de 1990 pela Comissão Pró-Índio de São Paulo em conjunto com a Procuradoria da República em São Paulo e a Faculdade de Direito da USP, Dalmo de Abreu Dallari assim se manifestou sobre o assunto:

“os índios brasileiros estão em diferentes estágios em relação ao conhecimento dos hábitos da sociedade nacional. Como exemplo, há índios

⁶ Decreto nº. 5.041, de 19.04.2004

⁷ Lei nº. 10.406, de 10.01.2002, (art. 4º, parágrafo único).

⁸ *Índios: Temas Polêmicos*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, volume 88, p. 44.

com cursos universitários e índios que sequer falam o português. Existem índios que estão no meio do caminho. São situações diferenciadas e que merecem ser consideradas distintamente...o índio é mentalmente normal, o que ele tem é cultura diferente, e por vezes não entende o significado de determinada regra, como um estrangeiro pode também não entender...”

Creio ser esse o referencial que deve orientar a solução de questões ligadas à aferição da imputabilidade dos índios⁹. O direito a diferença assegurado pela Constituição e pela Convenção 169 da OIT não permitem outra inferência. Vale consignar, para análise da imputabilidade penal dos índios é necessário tão-somente perquirir se de acordo com a sua cultura e seus costumes o indígena tinha condições de compreender o caráter ilícito daquela conduta positivada como crime segundo os padrões da cultura da sociedade envolvente.

Inclusive, essa é a orientação do art. 8.1 da Convenção 169 da OIT, segundo o qual “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”. Merecem destaque, também, as disposições constantes dos arts. 9º, 10 e 11 do citado instrumento normativo, assim redigido:

⁹ Nesse sentido também se posiciona BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2005, p.41: “A qualificação do índio como ‘inimputável’, na pressuposição de que seu desenvolvimento mental é incompleto, a nosso sentir tem forte odor de discriminação. Primeiro porque inadaptção for sinal de desenvolvimento mental incompleto, haveremos de inserir nessa categoria muitos estrangeiros. Segundo, porque a inadaptção não significa ausência ou redução de entendimento de valores e práticas, mas exatamente o contrário: significa consciência que eles são ‘diferentes’. Terceiro, mesmo que o pressuposto fosse verdadeiro, dele não decorreria a inimputabilidade: seria necessária a prova de ausência da capacidade de entender e de querer no ‘momento da conduta’.”

“artigo 9º

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

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

artigo 11

A lei deverá proibir a imposição, a membros dos povos interessados, de serviços pessoais obrigatórios de qualquer natureza, remunerados ou não, exceto nos casos previstos pela lei para todos os cidadãos.”

A adoção de entendimento contrário, embasado na ultrapassada visão integracionista, e em revogada disposição do revogado Código Civil que elencava os índios entre os relativamente incapazes para a prática de atos da vida civil, importa manifesta violação ao art. 231 da Constituição e ao preconizado pela Convenção 169 da OIT, que asseguram o direito à diferença.

Como acentuado por Bruno Heringer Junior¹⁰, “a Constituição tutela a especificidade cultural dos grupos indígenas, a exigir do intérprete respeito por seus padrões normativos toda vez que lhe seja absolutamente impossível conhecer os da cultura dominante”. Conforme excerto de precedente da Justiça da Colômbia citado em trabalho da lavra do Professor da Universidade Nacional da Colômbia Carlos Vladimir Zambrano¹¹:

“¿...en un Estado multicultural, que reconoce y promueve la diversidad, es legítimo exigir de los indígenas o de los miembros de grupos culturales diversos, que desplieguen un extremo deber de diligencia, a fin de familiarizarse con los valores culturales dominantes y con los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal nacional?. A mí juicio la respuesta al anterior interrogante es negativa pues si, conforme a la Carta, todas las culturas que conviven en el país son igualmente dignas, y el

¹⁰ *A imputabilidade Penal do Índio*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul-AJURIS, nº. 73, ano XXV, julho de 1998, p. 156.

¹¹ *Constitucionalidade, Inimputabilidad e Inculpabilidad*. Disponível na página da internet da 6ª Câmara da Procuradoria Geral da República, Ministério Público Federal, Índios e Minorias: <http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/6camara/seminarios/pluralismo/BrasilInculpabilidadZambrano.pdf> (visitado em 11.09.2006) .

Estado reconoce y promueve la diversidad cultural (CP arts. 7º, 8º y 70), entonces resulta desproporcionado obligar a los miembros de los grupos culturalmente minoritarios a tener todo el cuidado en familiarizarse con los valores culturales dominantes. Admitir que se puede imponer esa exigencia equivale a admitir una forma de criminalización de la diversidad cultural, lo cual es incompatible con el reconocimiento de la igualdad entre las culturas (CP art. 70). - Eduardo Montealegre, Salvamento de Voto, Sentencia C-370/02-“.

O reconhecimento da diversidade étnica e cultural do Brasil, estampado no art. 231 da Constituição, impõe respeito aos valores determinadores do comportamento do grupo minoritário. Os índios não possuem desenvolvimento mental completo ou retardado, na verdade, por vezes, seus valores, sua própria forma de viver e de conduzir suas ações diferem dos padrões admitidos como corretos pela cultura hegemônica.

Cumpre destacar que o Projeto do Estatuto das Sociedades Indígenas¹², que tramita no Parlamento há mais de catorze anos, contém previsão no sentido da necessidade de realização de perícia antropológica para conclusão acerca da imputabilidade e confere à Justiça Federal a competência para o julgamento dos crimes praticados por índios ou contra índios¹³.

¹² Projeto de Lei nº. 2057 de 1991. Brasil, Diário do Congresso nacional (Seção I), 9.11.1991, p. 22522-29.

¹³ Sobre a competência da Justiça Federal para o julgamento dos crimes praticados por ou contra índios no sistema em vigor, e sobre a competência da Polícia Federal para a apuração de crimes praticados por índios, confira-se artigos da

Diante do contido no art. 231 da Constituição e das previsões da Convenção 169 da OIT, a imputabilidade dos índios deve ser analisada pelo juiz da causa que, com auxílio de profissionais habilitados (antropólogos, sociólogos e psicólogos), com observância ao preconizado pelo art. 12, segunda parte, da Convenção 169 da OIT, deverá perquirir se o índio apontado como autor da conduta tipificada como crime, de acordo com a sua cultura, com os seus costumes, possuía condições de ao tempo do fato compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O art. 231 da Constituição veicula o direito á alteridade, o princípio do respeito à diversidade étnica e cultural dos índios. Disso resulta inválida qualquer conclusão fundada em premissa relacionada ao grau de integração do índio aos padrões de cultura e de comportamento da sociedade não indígena para apuração da imputabilidade.

Para a aferição da imputabilidade penal dos indígenas não importa se o índio mantém contato perene ou esporádico com membros da cultura preponderante, é necessário apenas aferir se o índio possuía ao tempo do fato, de acordo com a sua cultura e seus costumes, condições de entender o caráter ilícito previsto da lei posta pelos não-índios.

minha autoria: *Índios e Competência Criminal. A necessária revisão da Súmula 140 do STJ*, RTRF 3ª Região, nº. 68, novembro/dezembro 2004, p. 91-101, e *Apuração e julgamento de crime praticados por índios*, disponível nas páginas da internet da 6ª Câmara da Procuradoria Geral da República-Ministério Público Federal - Índios e Minorias (ccr6.pgr.mpf.gov.br/acervo/juridico/artigos/artigo_dr_roberto_lemos_dos_santos_filho.pdf), e da Revista Eletrônica Consultor Jurídico (<http://conjur.estadao.com.br/static/text/43335,1>).

Caso apurada a imputabilidade do índio, emergirá impositiva a observância das disposições constantes do art. 56 e parágrafo único do Estatuto do Índio (Lei nº 6001/1973), onde estabelecida hipótese de necessária atenuação da pena, e que as penas de reclusão e de detenção deverão ser cumpridas em regime especial de semi-liberdade, na sede da FUNAI mais próxima da habitação do condenado.

Notas Bibliográficas

BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 15ª edição, 1995.

HERINGER, Bruno Junior. *A imputabilidade Penal do Índio*. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS, nº 73, ano XXV, julho de 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 9ª edição, 1999.

MARCZYNSKY, Solange Rita. *Índios: Temas Polêmicos*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, volume 88.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAMBRANO, Carlos Vladimir. *Constitucionalidade, Inimputabilidade e Inculpação*. <http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/6camara/seminarios/pluralismo/BrazilInculpaçãoZambrano.pdf>