

POVOS INDÍGENAS: CIDADANIA, IGUALDADE E CULTURA.

Constituição Vintista de Portugal e Constituições Brasileiras versus Culpabilidade Penal. *Indigenous peoples: citizenship, equality and culture. Portuguese Constitution of 1822 and Brazilian Constitutions versus criminal culpability.*

Edilene Dias Virmieiro BALBINO.¹

RESUMO

Este estudo, mediante pesquisa bibliográfica, objetivou individualar, no contexto constitucional, direitos como cidadania, igualdade e cultura dos povos indígenas, cuja análise desenvolveu-se a partir da Constituição vintista de Portugal e Constituições brasileiras mediante método dialético. Entendendo os direitos fundamentais dos povos indígenas nessas Constituições, procuraram-se respostas ao tratamento desigual, em algumas legislações e por parte da doutrina, no tocante ao homem reputado civilizado e o indígena. Verificou-se, então, que vivenciamos o multiculturalismo, que significa a convivência, em um mesmo espaço geográfico, de diversas culturas, por isso, necessitando que se promova, efetivamente, o direito fundamental de respeito ao “ser diferente” e pratique-se a interculturalidade em consonância ao Estado Democrático de Direitos Humanos. Também, focalizou-se a questão da culpabilidade penal atribuída à pessoa de cultura indígena – (in)imputabilidade – no sentido de ser impossível excluir sua culpabilidade por inimputabilidade, haja vista tratar-se de pessoa de cultura “minoritária”, diferente, mas ser pessoa de cultura diferente não equivale ao primeiro elemento da imputabilidade (biológico), ou seja, doença mental; ou desenvolvimento mental

ABSTRACT

The present work, by the means of a bibliographic research, aimed to singularize within the constitutional context rights such as citizenship, equality and culture of indigenous peoples, from an approach that was developed based on the Portuguese Constitution of 1822 and Brazilian Constitutions, applying a dialectical method. Understanding the fundamental rights of indigenous peoples in those Constitutions, we sought to discuss the unequal treatment in some legislations and by the doctrine, i.e., regarding the man reputed civilized and the indigenous. Considering we live in multiculturalism, which means the coexistence of different cultures within the same geographic space, it is necessary then to effectively promote the fundamental right to “be different” and to practice interculturality in accordance to the Democratic State of Human Rights. This work also addressed the criminal culpability attributed to the person of indigenous culture – their (non-)imputability, in the sense that it would be impossible to exclude their culpability due to non-imputability since they are from a different “minority” culture, and being from a different culture does not correspond to the first (biological) element of imputability, which is mental illness or

¹ Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade Nova de Lisboa - Portugal), Mestre em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade “Clássica” de Lisboa - Portugal), título convalidado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife-PE. Especialista em Filosofia pela UFMT. Advogada (e-mail: advbalbino1@gmail.com).

incompleto ou retardado.

incomplete or retarded mental development.

PALAVRAS-CHAVE

Constitucional. Igualdade. Cultura Indígena. Culpa-
bilidade Penal.

KEYWORDS

*Constitutional law. Equality. Indigenous culture.
Criminal culpability.*

1. INTRODUÇÃO

Cultura indica transformação permanente, mas, além da cultura, há vários multiculturalismos² que, em síntese, são as diversas culturas ou os distintos grupos de culturas que convivem num espaço comum. Cultura e multiculturalismo, desse modo, dialogam mediante interculturalidade – indicando interação de culturas e encontro de culturas; no caso do presente trabalho, a cultura do indígena.

Todavia, como é possível detectar que determinado Estado promove a cultura e a interculturalidade? Entendemos, no que concerne a tal questionamento, ser possível inferir o “respeito” à cultura dos diferentes povos conviventes mediante análise das suas legislações e mesmo de suas decisões judiciais. Tendo isso em vista, no presente trabalho, aborda-se sobre a questão dos povos indígenas e sua relação com o reputado “homem branco civilizado”, contemplando abordagem predominantemente jurídica.

Para tanto, inicialmente, analisa-se a igualdade e cidadania na Constituição da Nação de Portugal, 1822, em paralelo com a Constituição Monárquica do Brasil, 1824. Também, são focalizados os direitos concebidos tais como igualdade e cidadania nas Constituições brasileiras desde 1824 à atual, de 1988.

Ulteriormente, este estudo aborda as ideias dos autores iluministas e como essas ideias refletiram nas legislações, e, ainda como os legisladores interpretaram-nas para justificar os direitos, *v.g.*, igualdade e cidadania, sobretudo, dos indígenas do ultramar Brasil.

Por último, coloca-se em tela a questão da culpabilidade indígena no direito penal brasileiro, em específico, examina-se a afirmação, oferecida por boa parte da doutrina, de que o indígena é inimputável, contudo essa inimputabilidade é proveniente do desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Isso posto, tal argumento “parece” insustentável, e, portanto, faz-se necessário refletir a respeito dessa questão. Sigamos.

2 HALL, Stuart. *Da Diáspora – identidades e meditações culturais*. Trad.: Adelaine La Guardia Resende. Belo Horizonte: UFMG, 2013, p. 58. KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship – a liberal theory of minority rights*. Oxford: Oxford Press, 1995.

2. IGUALDADE E CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO VINTISTA DE PORTUGAL

O universalismo da cultura ocidental é proveniente do pensamento filosófico grego, que, por sua vez, incorporou-se à filosofia iluminista. Universalismo e igualdade decorrem, também, da religião cristã em razão de que o termo *católico* se define como *universal* e sua característica fundamental é a igualdade dos valores, característica que se atribui, igualmente, aos termos *uniforme* e *comum*.³ Os termos universal, uniforme e comum contrapõem-se aos conceitos de *alteridade*, *singular* e *heterogêneo*.⁴ Compreendendo-se a contraposição entre o universal, singular ou o diferente, consequentemente, é possível conceber a interculturalidade como – reconhecimento das diferenças culturais de determinado grupo ou comunidade.

A universalidade e a igualdade, agora, denominadas de igualdade jurídica nos ordenamentos legais, significam a criação de um universo de iguais que gozam dos mesmos direitos e obrigações. A cidadania que adorna os indivíduos e habilita-os a participarem politicamente, muitas vezes, encontra-se legislada numa Constituição, mas nem sempre a atuação política contempla, igualmente, todos os conviventes de determinado Estado ou Nação.

Tal situação é vista na Constituição da Nação de Portugal, 1822, que, inspirada no liberalismo e na igualdade da Revolução Francesa⁵, constituía um reino de regime Monárquico Constitucional (período de 1810-1922), aqui contando a instabilidade política da época; a Constituição de 1822 vigorou até maio de 1823.

O Estado-Nação Portugal⁶ constituía-se de indivíduos numa comunidade integrada, em que todos eram iguais perante a lei – pressupunha a participação de todos na vontade popular prevista em norma; porém tal conceito normativo era alheio às pertencas étnicas ou culturais de alguns indivíduos⁷, no caso, os indivíduos ultramarinos (habitantes da América, África e Ásia).

O artigo 1º da Constituição vintista referia que seu objetivo era manter “a

3 JULLIEN, François. *O diálogo entre as culturas - do universal ao multiculturalismo*. Trad.: André Telles. Rio de Janeiro: Zabar, 2009, p. 7

4 *Ibidem*, p. 9.

5 SARAIVA, José Hemano. *História concisa de Portugal*. 25. ed. Mem Martins: Publicações Europa América, 2011, p. 253. WHEELER, Douglas L. *História Política de Portugal-1910-1926*. 2. ed. Mem Martins: Publicações Europa América, 2010, p. 21.

6 PORTUGAL. *Constituição de 1822* (Constituição Política da Monarquia Portuguesa). Artigo 20º - A Nação Portuguesa é a união de todos os portugueses de ambos os hemisférios. O seu território forma o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves e compreende: I - Trás-os-Montes, Beira, Estremadura, Alentejo e Reino do algarve e das Ilhas Adjacentes, Madeira, Porto Santo e Açores; II- Na América, o Reino do Brasil [...]; III - Na África Ocidental [...]; IV- Na Ásia, Salsete, Bardez, Goa, Diu, e os estabelecimentos de Macau e das Ilhas de Solor e Timor. MIRANDA, Jorge. *As Constituições Portuguesas - de 1822 ao texto atual da Constituição*. 5. ed. Lisboa: Petrony, 2004. 7 SILVA, Cristina Nogueira da. *Constitucionalismo e Império - a cidadania no ultramar português*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 146.

liberdade, segurança e prosperidade de todos os portugueses”⁸; e, no seu artigo 9º: “a lei é igual para todos”⁹; já no artigo 21º, previa que “todos os portugueses são cidadãos, e gozam desta qualidade”¹⁰, indicava quem eram os cidadãos portugueses e referendava que eles gozavam da cidadania, mas havia exceção quanto à representação política, por exemplo, quanto aos analfabetos e criados de servir.

Observa-se, na Constituição do Reino de Portugal, Brasil e Algarves, o silêncio quase absoluto quanto à igualdade e cidadania dos ultramares, em especial, no tocante ao indígena. Destaca-se que, no contexto histórico dessa Constituição, Portugal vivenciava um momento “delicado” e “conturbado” por encontrar D. João VI, legítimo Rei de Portugal, e a família real morando no Brasil. Além disso, a ex-colônia Brasil rebelara-se contra a posição de ser intitulada novamente de colônia do Reino de Portugal, fato que contribuiu diretamente à independência do Brasil.

Visto que a Constituição vintista portuguesa silenciava quanto aos direitos dos indígenas, vejamos como as Constituições brasileiras contemplaram os direitos da igualdade, cidadania e cultura desses.

2.1 INDÍGENAS: IGUALDADE, CIDADANIA E CULTURA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O Reino do Brasil, já na qualidade de Brasil independente e com D. Pedro I como Imperador, filho de D. João VI, inaugura o período da Monarquia Constitucional, com a Constituição Política do Império do Brasil¹¹, 1824 (Constituição brasileira com vigência mais longa, revogada com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889).

Nessa época, a população era de aproximadamente 5 milhões, incluindo 1 milhão de escravos e, aproximadamente, 800 mil índios.¹² A Constituição Monárquica Liberal, no seu artigo 6º¹³, contempla quem são os seus cidadãos e, entre eles, os indígenas, todavia, apenas, aqueles que fossem “civilizados”¹⁴, assim, ao fazer referência aos índios, classifica-os como “bravios” e “mansos”. Restando claro, por essas classificações, que a cultura dos povos indígenas era incompreendida pelo homem

8 MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 7

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*.

11 BRASIL. *Governo Federal Brasileiro*. Disponível em: URL: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017.

12 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil – o longo percurso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 17.

13 BRASIL. *Governo Federal Brasileiro*. *Constituição Política do Império do Brasil*. (ortografia no original). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017.

14 MOREIRA, Vania Maria Losada. *De índio a guarda nacional: cidadania e direito dos indígenas no império (Vila de Itaguaí, 1822-1836)*. *Topoi*, v. 11, n. 21, p-127-42, jul.-dez. 2010.

“civilizado”.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891¹⁵ inaugura o governo presidencial de regime representativo na forma republicana e, na Seção II da Constituição, prevê a Declaração de Direitos. No artigo 72, §2º, assegura aos brasileiros e estrangeiros, entre vários direitos, o da igualdade; e, no seu artigo 69, estabelece quem são os cidadãos brasileiros, entre esses, os nascidos no Brasil, então, conforme o exposto, os indígenas gozariam do direito de cidadão e de igualdade. Porém o tratamento jurídico despendido ao indígena era diferenciado, pois, do conjunto normativo, havia a Lei nº 601, de 1850¹⁶, referendando quanto à colonização do indígena¹⁷, que vigorou até os idos de 2000 (revogada expressamente pelo Projeto de Lei 3.990/00 – apesar de sua revogação tácita com o Estatuto da Terra, Lei 4.505/64). De todos os artigos da Constituição, não se vê presente direito específico em prol da cultura indígena, mas apenas o direito formal da igualdade e cidadania; e, quanto à representação política, essa se reservou à elite brasileira.

Já a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934 assegura o direito à igualdade no artigo 113 e à cidadania no artigo 106; e, no inciso IV, do artigo 10, acrescenta matéria relativa à competência concorrente da União e estados de promover a colonização. No artigo 129, denomina os índios de “silvícolas” e, apesar de, no artigo 148, a União assegurar o desenvolvimento da cultura, contudo, nesse termo, não contemplava a cultura dos povos indígenas. Nessa Constituição, reinava a compreensão de que o indígena necessitava assimilar a cultura do “homem branco”, e aqueles que não eram colonizados eram intitulados de selvagens.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, sob a influência do fascismo e apelidada de “polaca”, de natureza autoritária, apenas prevê os mesmos direitos, isto é, o de igualdade, artigo 122, §1º; no artigo 115, de cidadania; e a respeito das terras dos silvícolas, no artigo 154, proíbe-se de aliená-las.

Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946, com a vitória dos aliados na II Guerra Mundial, há momento breve de democracia efetiva – no Capítulo II – Dos Direitos e Garantias Individuais –, assegura-se o direito à liberdade e, no artigo 129 e seus incisos, prevê-se a cidadania aos nascidos no

15 BRASIL. *Governo Federal Brasileiro. Constituição*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

16 *Ibidem. Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017.

17 *Ibidem. Lei 601/1850 (Lei do Império)*. Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaisquer outras servidões, e assento de estabelecimentos públicos; 3º, para a construção naval. (ortografia corrigida); além disto verifica-se que o Decreto nº 426, de 24 de Julho de 1845 regulamentava as missões de catequese e civilizações dos índios. Veja: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-426-24-julho-1845-560529-publicacaooriginal-83578-pe.html>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

Brasil, é assegurado o amparo à cultura, de modo geral, como um dever do Estado (artigo 174). Conquanto assegure aos indígenas a cidadania brasileira, no entanto não inclui a cultura indígena como direito constitucional.

Na Constituição de 1967¹⁸ (com a Emenda nº 1, de 1969), fruto da ditadura militar, redigida pelos militares (após o golpe de 1964, culminando com o Ato Institucional nº 5), no artigo 150, §1º, assegurava-se a igualdade na forma da lei e, no seu artigo 140, a cidadania. Era época de supressão de direitos, inclusive, pelo Ato Institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969¹⁹, pelo qual se podia banir o brasileiro tido como “inconveniente”. Portanto, sobre os direitos dos indígenas, pouco há nessa Carta, a não ser o de igualdade e cidadania.

A Constituição de 1988 contempla, no §4, artigo 210, o direito de educação fundamental ao indígena, na língua portuguesa, assegurando a sua língua materna, já no artigo 232, assegura aos índios, às suas comunidades e organizações o direito de propor ações judiciais em defesa de seus direitos.²⁰ Os indígenas, com essa Constituição, possuem o direito à igualdade e à cidadania da mesma maneira que o brasileiro reputado “civilizado”, no entanto ainda falta muito para concretizar o direito pleno do “respeito efetivo” à sua cultura para, desse modo, gozar plenamente da cidadania concreta.

Visualizam-se, na Constituição democrática de 1988, alguns avanços no tocante aos seus direitos, entre esses, os mais relevantes foram no sentido de regulamentar o direito à educação “oficial” igual àquela que se oferta ao brasileiro reputado “civilizado” e o direito à demarcação de suas terras. Como órgão coadjuvante do Estado, há a Fundação Nacional do Índio (Funai), com missão de estimular e ajudar na implementação dos direitos indígenas, mas, infelizmente, o desempenho e atuação na defesa da causa indígena é muito tímida²¹, restando muito claro que o indígena “é visto” na situação de desigual se comparado ao brasileiro dito “civilizado”.

Portanto, em síntese, foi individuado que, nas Constituições em tela, conquanto haja referimentos à igualdade e cidadania, elas não contemplam, de modo efetivo, o direito à cultura dos povos indígenas; e colocam, de modo tímido, os direitos dos

18 BRASIL. Governo Federal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017.

19 *Ibidem*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais#content>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

20 BRASIL. Governo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017. Além desses direitos na Constituição, existem as seguintes normas e regulamentos com relação à questão indígena: Decreto n. 26/1991 Dispõe sobre a Educação Indígena no Brasil; Lei 9394/1996. Diretrizes e Bases da Educação, Artigo 78; Lei 11.645/2008. Inclui, no currículo oficial da rede de ensino, a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”; Decreto 6861/2009, entre outros.

21 SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *Para uma revolução democrática da justiça*. Lisboa: Almedina, 2014, p. 128.

indígenas quando comparados aos dos “ditos povos brasileiros civilizados”, desse modo, revelando-se evidente tratamento desigual. Em razão disso, vejamos, a seguir, algumas reflexões sobre os argumentos dessa desigualdade.

2.2 INDÍGENAS: O PROBLEMA DA DESIGUALDADE

Cristina Nogueira da Silva, ao analisar os argumentos de alguns autores do iluminismo, entre eles, Kant e Locke, assevera que, embora Kant e Locke utilizem argumentos fundados no princípio da igualdade natural, do conjunto de suas colocações, numa perspectiva jusfilosófica, torna-se clara a ideia de hierarquia e subordinação. Sendo que tais argumentos – de escalonamento entre os seres humanos – serviram para influir diretamente na “acomodação de desigualdades jurídicas do presente”²², isto é, no século XIX.

Em conformidade com a autora, “a igualdade, continuou a localizar-se em dois tempos distintos, que já não eram o passado e o presente, mas, em vez disso, o passado e o futuro”.²³ A cidadania passou a ser atribuída a algumas pessoas do presente, mas, também, como projeto a realizar, em especial, com relação aos indivíduos dos ultramares. Tal compreensão confirma-se nas normas jurídicas portuguesas legisladas no final do século XIX e início do século XX, demonstrando racionalização de desigual acesso à cidadania no pensamento político.²⁴

A desigualdade observa-se em normas como necessidade de aquisição de posse para o exercício da cidadania (voto censitário), exigência da autonomia de vontade, grau de instrução, idade, sexo, estado civilizacional dos povos e indivíduos. A cidadania passou a ser compreendida numa perspectiva de homogeneidade cultural a partir de uma lógica de Estado-Nação e²⁵, apenas, com a integração paulatina do indivíduo ao padrão cultural ocidental civilizado e culto que se adquiria a cidadania.

Na época oitocentista, a cidadania do indígena dos ultramares (África, Ásia e América), inclusive, o do Brasil, era mais ausente do que presente, pois ainda lhe faltava inserir-se no padrão civilizacional ocidental. Infelizmente, no presente século, a desigualdade e ausência da cidadania “real” no tocante ao indígena no Estado brasileiro é presente e resvala no discurso ideológico da integração tergiversada de igualdade plena e abstrata (artigo 4º da Lei 6.001/73, que escalona: “os índios são considerados: I - isolados; II - em vias de integração; III - Integrados”).²⁶

22 SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *Op. cit.*, p. 541.

23 *Ibidem*, p. 541.

24 SILVA, Cristina Nogueira da. *Conceitos oitocentistas de cidadania: liberalismo e igualdade*. Lisboa: *Análise Social*, 2009. n.XLIV. p. 542.

25 *Idem*. *Constitucionalismo...*, p. 425.

26 Nesse sentido, Lei nº 6.001/73 – *Estatuto do índio*. *Veja crítica de Carlos Frederico Marés de Souza Filho [...]*. Para o autor se

Conquanto a Constituição brasileira de 1988 e leis indigenistas tenham ofertado maior visibilidade aos direitos dos povos indígenas, muitos direitos ainda carecem de ser concretizados, sobretudo, no que tange assegurar o direito a ser diferente dada a sua cultura. Assim, premente torna-se que instituições e órgãos do poder robusteam suas atuações e adotem nova postura cívica quanto à importância da cultura indígena, pois são comunidades de pessoas brasileiras que compreendem o mundo vivente de modo diferente do brasileiro dito “civilizado”.

No sentido de que realmente é necessário olhar para a questão indígena, veja-se o posicionamento do autor português Boaventura de Sousa Santos:

[...] Efectivamente e sem colocar em causa a importância garantista das transformações trazidas pelo reconhecimento constitucional dos direitos ancestrais indígenas [...] *há um atraso chocante do Brasil* em relação ao que se passa actualmente no continente. Em contraposição vivenciadas na Bolívia e no Equador, em que, com base num constitucionalismo transformador, têm-se consagrado o carácter plurinacional e pluriétnico do Estado, no Brasil, *os povos indígenas ainda enfrentam serias dificuldades em serem reconhecidas a sua plena capacidade jurídica*.²⁷ (sem grifo no original).

Hodiernamente, com as várias culturas, modernidade e globalização, mais do que nunca, a atualização do entendimento sobre o outro, do diferente, é necessária, basta atentar para os sistemas jurídicos dos nossos países vizinhos, como a Bolívia e a Colômbia. A Constituição da Bolívia preza por um Estado *intercultural* e de *pluralismo político*.²⁸ Os indígenas são considerados cidadãos nacionais de cultura diferente; e o Estado reconhece as várias culturas e adota, entre os seus vários princípios, a interculturalidade, com isso busca estimular a inter-relação dos diferentes grupos culturais que a compõem²⁹.

Ademais, ao reconhecer o diferente e a diversidade cultural, o Estado da Bolívia converge com a Convenção n.º. 169 – da Organização Internacional do Trabalho – sobre os povos indígenas e tribais e afasta-se do modelo da cidadania que se fundamenta na cultura homogênea e universal e caminha para um conceito de cidadania em sentido forte de respeito à dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, o Estado da República da Colômbia adorna as comunidades indígenas de autonomia política e jurídica³⁰, naquele país, o Tribunal Constitucio-

deve lutar pelo direito coletivo do povo, em que é preciso reinventar o Estado, afastando a lógica do Estado e substituindo pela lógica do povo (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Multiculturalismo e direitos coletivos*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa Santos (Org.). **Reconhecer para libertar – os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. v. 3, p. 69).

27 SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *Op. cit.*, p. 141.

28 BOLÍVIA. Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

29 TRINDADE, Maria Beatriz Rocha. *Lusofonia, interculturalidade e cidadania*. In: ROCHA-TRINDADE, Maria Beatriz (Coord.). **Interculturalismo e cidadania em espaços lusófonos**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998. n. 5.

30 COLÔMBIA. Disponível em: <<http://www.senado.gov.co/el-senado/normatividad/constitucion-politica>>. Acesso em: 06 fev.

nal ao julgar conflito envolvendo a comunidade indígena, reconhece sua autonomia e a diversidade ética³¹, desse modo, também, afasta-se da ideia integrativa, assimilacionista e de índole impositiva de identidade étnica comum estatal.

Do que foi exposto, resta claro que o Estado brasileiro deve envidar esforços em concretizar, de modo pleno, a cidadania e o “efetivo” respeito aos direitos fundamentais dos indígenas, sobretudo, os coletivos, pois, sem suas terras devidamente demarcadas, não há como desenvolver sua cultura e modo de viver; logo, é necessário que os órgãos e Estado fomentem e pratiquem a interculturalidade compreensiva e, com isso, abstenham-se da vetusta reivindicação de que o indígena se amolde aos costumes e à cultura do nacional.

Para corroborar o resquício do preconceito para com aquele que é diferente, trataremos, a seguir, sobre a questão da culpabilidade do indígena, visto que alguns doutrinadores posicionam-se que o indígena é inimputável, advindo essa inimputabilidade do desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

3. CULPABILIDADE PENAL: (IN) IMPUTABILIDADE DO INDÍGENA?

O termo culpabilidade penal, também, é amplamente denominado de culpa nas legislações europeias e concerne à teoria do crime.³² A culpabilidade constitui-se de imputabilidade – são os fatores endógenos atinentes à mente do agente e que influem na imputabilidade normativa –; potencial consciência da ilicitude – fatores que incidem sobre a consciência da ilicitude –, *v.g.*, não alcançar o devido conhecimento da norma jurídica para agir; e exigibilidade de conduta diversa – fatores exógenos incidentes sobre o agir voluntário –, *v.g.*, situação externa que pode impossibilitar o agente de agir em conformidade ao Direito. Desses três elementos da culpabilidade, trataremos do juízo negativo da imputabilidade – inimputabilidade.

O artigo de lei do Código Penal que trata da imputabilidade exige dois requisitos para alguém ser inimputável: primeiro – a pessoa que comete crime deve sofrer de doença mental ou apresentar desenvolvimento mental incompleto ou retardado no momento da ação ou omissão –; segundo – era, no momento da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de

2017. Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas [...]. Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias [...] Eis aquí a autonomía das comunidades indígenas.

31 COLÓMBIA. Corte Constitucional da República da Colômbia. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-254-94.htm>>. Acesso em: 06 maio 2017.

32 DLAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal - parte geral - questões fundamentais a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. Tomo I.

acordo com este entendimento.³³

Consagrados doutrinadores brasileiros³⁴, assim como o psiquiatra brasileiro Miguel Chalub³⁵, entendem que os silvícolas que não “assimilaram” a cultura reputada do homem “branco” são pessoas inimputáveis; e essa inimputabilidade seria proveniente de um desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Para esse setor doutrinário, em um processo crime, o indígena poderá ser inimputável mediante juízo valorativo normativo (atribuindo inimputabilidade) ou ter redução de pena, mas no fundamento de que porta “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. Fundamento do qual discordamos.

Vejamos: para se ter alguém como inimputável, primeiro, analisa-se o critério psicológico (denominado, também, de biológico), que se refere às doenças mentais previstas no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais³⁶ (DSM-IV), ciências empíricas que ofertam as várias classificações das anomalias psíquicas ou de doenças mentais, que, assim, contribuem para a compreensão dos fenômenos psicopatológicos e auxiliam diretamente a ciência jurídica³⁷.

Então, em primeiro lugar, para que se julgue o indígena como inimputável (inimputabilidade normativa), ter-se-ia de equiparar a cultura diferente e ausência de compreensão da cultura do outro com transtornos mentais, ou seja, com anomalias mentais como funcionamento intelectual abaixo da média do quociente de inteligência (QI aproximadamente de 70 ou menos); dificuldade de executar habilidades como comunicação, autocuidados, vida doméstica, relações sociais, isto é, oligofrenias de intensidades leve, moderada, grave e profunda, de natureza congênita ou adquirida³⁸, entre outras.

Em sequência, o julgador, no caso concreto, analisaria o segundo elemento negativo da imputabilidade (denominado, também, de psicológico e normativo). Ou seja, se a pretensa anomalia mental retirou a capacidade de entender e de autodeterminar em conformidade com as normas jurídicas. Ora, no caso do indígena, o

33 BRASIL. Código Penal. “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.” (grifo nosso)

34 JESUS, Damásio E. de. **Direito penal** - parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1. p. 501 (nesse sentido, os autores Fernando Capez, Nelson Hungria, Luiz Regis Prado, entre outros).

35 TABORDA, José G. V. *Perícias de imputabilidade penal*. In: CHALUB, Miguel; TABORDA, José G. V. (Orgs.). **Psiquiatria forense**. Porto Alegre: Artmed, 2011, p.139-71.

36 **MANUAL Diagnóstico e Estatístico de Transtornos** - Mentais DSM-IV. Trad.: Cândia Dornelles. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2002, p.73. Também, o atual **DIAGNOSTIC and Statistical Manual of Mental Disorders-DSM-5**. 5. ed. Arlington: American Psychiatric Association, 2013.

37 BALBINO, Edilene Dias *Virmieiro*. **A culpabilidade e actio libera in causa no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015, p.87, NEVES, João Curado. *A problemática da culpa nos crimes passionais*. Lisboa: Coimbra, 2006; ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *Modelos de Inimputabilidade - da teoria à prática*. Lisboa: Almedina, 2000.

38 BALBINO, Edilene Dias *Virmieiro*. *Op. cit.*, p.87; **MANUAL...** *Op. cit.*, p.73.

jugador estaria julgando um fato praticado por pessoa de cultura diversa como se essa cultura se equiparasse a doenças mentais (leve, moderada e grave), traduzida, normativamente, numa supressão ou redução da capacidade de motivação da pessoa indígena, isto é, de entender e autodeterminar em conformidade com as normas jurídicas.

Portanto, valorar a não compreensão ou participação em nossa cultura de “brasileiro reputado ocidental”, na valoração da imputabilidade ou inimputabilidade (pessoa indígena), é totalmente insustentável, pois cultura diferente não significa que a pessoa padeça de fenômenos psicopatológicos – como classificado na medicina legal, além de afronta a princípios como o da dignidade da pessoa humana e a tratados internacionais.

Posicionamo-nos que, caso o indígena pratique ilícito típico penal, seria necessário atentar para a Lei 6.001/1973, bem como se elabore laudo pericial antropológico, por profissional “competente”, para subsidiar o julgador no juízo da valoração da culpabilidade, podendo, dessa forma, absolver a pessoa indígena no fundamento da exclusão de culpabilidade por ausência de potencial de consciência da ilicitude (erro de proibição), visto que não fora possível conhecer e formar a consciência da ilicitude de sua ação, realização. Necessário, ainda, que se observe o artigo 57 do Estatuto do Índio, em que claramente admite o reconhecimento, pelo Estado brasileiro, do pluralismo jurídico, desde que as decisões sancionatórias aplicadas pelas comunidades indígenas não infrinjam os direitos humanos e tratados internacionais.

Inferimos que se deva cultivar a interculturalidade – pois tanto a cultura do indígena quanto a do homem dito “civilizado” têm o mesmo valor, portanto, há a imprescindibilidade de que se encontre nas culturas, mesmo com suas diferenças, pontos comuns de respeito e solidariedade, sobretudo, que se dignifiquem os valores fundamentais dos direitos humanos³⁹ e, parafraseando Boaventura de Sousa Santos, é necessário descolonizar internamente o Brasil⁴⁰ e, por aqui, iniciamos repensando na inadmissível inimputabilidade penal provinda do “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, visto que infringe o princípio da dignidade da pessoa humana – indígena.

4. CONCLUSÃO

Em consonância ao exposto em nossa pesquisa, ficaram evidenciadas as seguintes conclusões, a saber:

39 REHAAG, *Irmgard*. Reflexiones en torno a la interculturalidade. *CPU-e, Revista de Investigación Educativa*, v.2, jan.-jun. 2006. Disponível em: <<http://www.uv.mx/cpue/num2/critica/RehaagReflexionesInterculturalidad.htm#>>. Acesso em: 09 fev. 2015.

40 S.ANTOS, *Boaventura de Sousa Santos*. *Op. cit.*, p. 125.

1. Para compreender o respeito à cultura do indígena e interculturalidade, bem como responder à afirmação feita por boa parte da doutrina brasileira, ou seja, de que o indígena isolado e não integrado é inimputável, cuja inimputabilidade é proveniente do “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, inferimos que, na valoração da culpabilidade, é preciso considerar as diversas culturas, sobretudo, a cultura indígena.

2. A cultura é direito fundamental do ser humano e encontra-se regulamentada na Constituição Federal, leis e tratados internacionais, bem como se relaciona com o multiculturalismo, que implica várias culturas ou distintos grupos de culturas num mesmo espaço geográfico. Logo, cultura e multiculturalismo dialogam com a interculturalidade – indicando o encontro de culturas entre conviventes no mesmo espaço comum, por isso, deve-se promover efetivamente o direito a ser diferente. No caso, o Estado brasileiro é multicultural e, portanto, deve assegurar esse direito fundamental.

3. Ao analisar o direito à igualdade e cidadania, observou-se, mediante o processo histórico e normativo, que esses direitos não foram concedidos aos ultramares (sobretudo aos indígenas) da mesma maneira que outorgaram aos portugueses. A cidadania e a igualdade não foram pensadas para os ultramares como um direito para o “presente”, mas concebidas como um projeto passado para o futuro. Traduziam-se naqueles direitos ideais a concretizar quando o ultramar, aqui, no caso o brasileiro “indígena”, com o tempo, atingisse um padrão civilizacional igual ao do homem ocidental (europeu). Contudo esse pensamento “arbitrário e uniformizador” ainda se encontra presente em nossas legislações e doutrina.

4. Detectou-se, neste estudo, que as legislações de países vizinhos ao Brasil, como Bolívia e Colômbia, servem de exemplo para compreender o Estado multicultural, visto que se constatou que a Bolívia se declara Estado de Direito Plurinacional; e a Corte Constitucional do Equador, em decisão de Controle de Constitucionalidade envolvendo indígena, recomenda que, nos fundamentos da interpretação da decisão judicial, atenha-se à interculturalidade.

5. Finalmente, concluímos que maneira de pensar da época oitocentista encontra-se, robustamente, presente no Estado brasileiro, tendo em vista que a própria doutrina penal – no tocante à culpabilidade e, conseqüente, quanto à inimputabilidade – equipara o indígena àqueles casos psicopatológicos de transtornos mentais. E, nesse aspecto, podemos colocar que, no mínimo, falta reflexão sobre a cultura e prática da interculturalidade dos diferentes.

No caso concreto, na nossa visão, deverá o julgador requerer exame pericial antropológico e poderá aplicar a absolvição por ausência potencial da consciência

de ilicitude e, sobretudo, atentar para as normas especiais e admitir o pluralismo jurídico, desde que as sanções aplicadas pelas comunidades indígenas não infrinjam os direitos humanos e tratados internacionais, somente assim, poder-se-á concretizar um direito mais humano e com fundamentos em princípios como o da dignidade da pessoa humana e tratados internacionais.

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. **Modelos de Inimputabilidade** - da teoria à prática. Lisboa: Almedina, 2000.

BALBINO, Edilene Dias Virmieiro. **A culpabilidade e actio libera in causa no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.

BOLÍVIA. Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 2 fev. 2015.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 2 fev. 2015.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – o longo percurso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional da República da Colômbia**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-254-94.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

COLÔMBIA. **Constitucion Política**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.co/el-senado/normatividad/constitucion-politica>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

DIAGNOSTIC and Statistical Manual of Mental Disorders - DSM-5. 5. ed. Arlington: American Psychiatric Association, 2013.

HESPAÑA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito – o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal** - parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

JULLIEN, François. **O diálogo entre as culturas** - do universal ao multiculturalismo.

Trad.: André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

MANUAL Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – texto revisado -DSM-IV. Trad.: Cáudia Dornelles. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2002.

MIRANDA, Jorge. **As Constituições Portuguesas** – de 1822 ao texto actual da Constituição. 5. ed. Lisboa: Petrony, 2004.

MOREIRA, Vania Maria Losada. **De índio a guarda nacional: cidadania e direito dos indígenas no império** (Vila de Itaguaí, 1822-1836). Topoi, v.11, n.21, jul.-dez. 2010.

NEVES, João Curado. **A problemática da culpa nos crimes passionais**. Lisboa: Coimbra, 2006.

REHAAG, Irmgard. Reflexiones en torno a la interculturalidade. **CPU-e, Revista de Investigación Educativa**, v.2, jan.-jun. 2006. Disponível em: <<http://www.uv.mx/cpue/num2/critica/RehaagReflexionesInterculturalidad.htm#>>. Acesso em: 9 fev. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Lisboa: Almedina, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar** – os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. v.3.

SARAIVA, José Hermano. **História concisa de Portugal**. 25. ed. Mem Martins: Publicações Europa América, 2011.

SILVA, Cristina Nogueira da. **Conceitos oitocentistas de cidadania: liberalismo e igualdade**. Lisboa: Análise Social, 2009. v.XLIV.

SILVA, Cristina Nogueira da. **Constitucionalismo e Império** - a cidadania no ultramar português. Coimbra: Almedina, 2009.

TABORDA, José G. V. (Org.). **Psiquiatria forense**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

TRINDADE, Maria Beatriz Rocha. **Lusofonia, interculturalidade e cidadania**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998. n.5.

WHEELER, Douglas L. **História Política de Portugal-1910-1926**. 2. ed. Mem Martins: Publicações Europa América, 2010.

Recebido em 19.05.2017

Aceito em: 10.07.2017