



Parecer técnico: o tratamento penal dado ao indígena pelo PLS 236/12

Guilherme Madi Rezende¹

Dezembro de 2013

* Parecer elaborado no âmbito do Projeto Justiça Criminal do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, financiado pelo Instituto Lafer.

¹ Guilherme Madi Rezende, advogado criminalista desde 1996, sócio do Madi Rezende Advogados Associados, mestre em direito penal pela PUC-SP (2005), professor de Direito Penal e de Processo Penal, autor do livro: Índio: Tratamento Jurídico-penal (Juruá 2009), diretor do IDDD.



SUMÁRIO

1. Introdução	3
2. O paradigma da pluralidade étnica e do respeito à diversidade cultural trazido pela constituição de 1988 – a legislação infraconstitucional deve refletir esse paradigma...4	
3. A convenção 169 da organização internacional do trabalho e sua posição hierárquica.....	5
4. A identificação do indígena no processo penal.....	6
5. O direito dos povos indígenas de terem respeitados os métodos que tradicionalmente utilizam para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.	7
6. O direito do indígena de cumprir pena em regime de semiliberdade próximo da sua habitação	10
7. Critério para o tratamento penal do indígena.....	12
8. Conclusão.....	14
Referências.....	16



1. INTRODUÇÃO

O texto original, aprovado pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do PLS 236/12, indica um avanço no que diz respeito ao tratamento penal do indígena. As emendas apresentadas no relatório do Senador Pedro Taques, no entanto, desnaturam o texto original e apresentam soluções que não se coadunam com a política de respeito à pluralidade étnica e de valorização da diversidade cultural trazidas pela Constituição de 1988.

A nova legislação deve estar de acordo com o novo paradigma constitucional, bem como com os tratados internacionais, em especial com o texto da Convenção 169 da OIT que foi aprovado pelo Congresso Nacional e integra o arcabouço legislativo brasileiro com status de norma supralegal.

Assim é que o PLS deve romper definitivamente com o critério da inimputabilidade para o tratamento jurídico penal do índio. Deve ser adotado um critério de exclusão da culpabilidade sempre que a conduta do indígena estiver de acordo com os valores do seu povo.

O PLS deve expressamente adotar o critério da autoidentificação, ancorado no respaldo comunitário, para a identificação do indígena. Critério esse que vem expresso na Convenção 169 e que está de acordo com o novo paradigma constitucional.

O Projeto deve ainda garantir ao indígena o cumprimento de sua pena em regime de semiliberdade em local próximo à sua habitação, bem como deve respeitar os métodos que os povos indígenas tradicionalmente utilizam para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

Este parecer versa sobre o tratamento dado ao indígena pelo PLS 236/12, em especial a respeito de quatro pontos: a) a identificação do indígena; b) o direito dos povos indígenas de terem respeitados os métodos que tradicionalmente recorrem para a repressão dos delitos cometidos por seus membros; c) o direito do indígena de cumprir pena em regime de semiliberdade, ou mais favorável, no local de



funcionamento do órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua habitação; d) os critérios utilizados para o tratamento penal do indígena.

Antes de adentrarmos especificamente em cada um desses pontos, importa estabelecermos algumas premissas das quais partiremos para nossas conclusões. Premissas estas que têm validade para os quatro pontos, daí porque serão estabelecidas desde logo.

2. O PARADIGMA DA PLURALIDADE ÉTNICA E DO RESPEITO À DIVERSIDADE CULTURAL TRAZIDO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DEVE REFLETIR ESSE PARADIGMA

Até a Constituição Federal a questão indígena era tratada sob a ótica da política integracionista ou assimilacionista, segundo a qual o índio deveria ser integrado à sociedade não índia, assimilando seus valores e, assim, deixando de ser índio. Essa política vem expressa de modo bem claro na lei 6.001/73 – Estatuto do Índio, que desde o seu art. 1º evidencia o propósito de “integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

A Constituição Federal de 1988 rompe com essa política ao estabelecer o paradigma da pluralidade étnica e da valorização e respeito à diversidade cultural. Assim é que o art. 231 da Carta expressamente reconhece “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

A legislação infraconstitucional deve ser interpretada de acordo com esse novo paradigma que deve, ainda, por óbvio, ser refletido na nova legislação – no PLS 236/12².

² Parecer do MPF no Recurso em Mandado de Segurança n. 30.675 – AM, rel. Min. Gilson Dipp deixa clara a “necessidade de aplicação das disposições do Estatuto do Índio em consonância com a nova ordem constitucional, que repele e até repulsa a política assimilacionista que o inspirou” (Brasil, 2011).



3. A CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA

O texto da Convenção 169 da OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais, adotado em Genebra em junho de 1989, foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002, e ratificado pelo governo brasileiro em 25 de julho de 2002. Assim é que, seguindo os trâmites próprios dos Tratados Internacionais, foi promulgado pelo decreto 5.051 de 19 de abril de 2004, integrando, na qualidade de tratado de direitos humanos, o arcabouço legislativo brasileiro.

A doutrina tem discutido sobre a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos na legislação brasileira³. O ministro Gilmar Mendes, em seu voto no Recurso Extraordinário 466.343-SP, faz longa análise das várias correntes relativas à questão para concluir, no que foi seguido pelos demais ministros e acabou sendo firmado como entendimento do STF, que os tratados ocupam uma posição supralegal. Embora o espaço aqui não nos permita maior dilação sobre essa questão, importa transcrever um pequeno trecho que servirá como conclusão deste tópico e segunda premissa deste parecer:

Tendo em vista o **caráter supralegal** desses diplomas normativos internacionais, **a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada** (Brasil, 2008, grifo do autor).

Partimos, portanto, dessas duas premissas:

- 1) A legislação indigenista vigente deve ser interpretada de acordo com o paradigma trazido pela Constituição, assim como qualquer projeto de lei que venha a cuidar da questão deve estar em conformidade com esse paradigma;

³ Para Flávia Piovesan “a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos internacionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos” Segue Piovesan dizendo que “ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a hierarquia de norma constitucional” (2002, p. 75).



2) A Convenção 169 da OIT tem caráter supralegal, o que impõe a necessidade de que a legislação infraconstitucional – PLS 236/12 – não seja conflitante com ela.

4. A IDENTIFICAÇÃO DO INDÍGENA NO PROCESSO PENAL

A Constituição Federal dedica um capítulo inteiro, o VIII, aos índios, atribuindo-lhes direitos especiais. Para que esses direitos possam ser efetivamente respeitados, deve-se identificar o sujeito desses direitos, ou seja: quem é índio?

A Lei 6001/73 – Estatuto do Índio, em seu art. 3º, identifica o índio como sendo “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”.

Essa mesma lei, editada sob a política integracionista, classifica, em seu art. 4º, os índios em “isolados” “em vias de integração” e “integrados”, classificação essa que já não faz nenhum sentido diante do paradigma trazido pela Constituição Federal.

O ministro Gilson Dipp, que presidiu a Comissão de Juristas incumbida da elaboração do PLS 236/12, deixou consignado em acórdão do STJ, que:

[...] para a definição da condição de índio, a antropologia e a lei dão critérios para os quais é irrelevante o grau de integração. Recentemente adotando normativo da Convenção OIT 169 o Estado Brasileiro (Decreto 5.051, DO de 20.04.2004) acolheu formalmente como critério de identificação, a autoidentificação, de tal modo que, para fins legais, é indígena quem se sente, se comporta ou se afirma como tal, de acordo com os costumes, organização, usos, língua, crenças e tradições indígenas da comunidade a que pertença. O conteúdo nuclear desse estado decorre do regime constitucional do art. 231 da CF que relaciona a condição e direito dos indígenas com a existência de organização, línguas, crenças, usos e costumes próprios, pouco importando se são índios mais ou menos familiarizados com os usos e costumes não índios (Brasil, 2011).

Decorre, portanto, tanto do paradigma da pluralidade étnica trazido pela Constituição, quanto do texto da Convenção 169 da OIT, que de nada importa o grau de integração do indígena à sociedade não índia. Importa, nas palavras de Michael



Mary Nolan, “o sentimento de pertencimento do indivíduo a um determinado grupo, que também o reconhece” (Nolan; Hilgert; Moraes, 2013, p. 65).

O critério para a identificação do indígena é, pois, o da autoidentificação, ainda que escorada no respaldo comunitário⁴.

Seria importante e conveniente que o Código Penal, ao dedicar, como propõe o PLS 236/12, um artigo (o art. 36) aos indígenas, já dispusesse sobre sua identificação, explicitando a adoção do critério da autoidentificação⁵.

Seria importante e conveniente, ademais, que, para dar efetividade ao critério da autoidentificação, fossem incluídas na qualificação do indivíduo perguntas acerca de sua condição de indígena, sua etnia, sua língua etc⁶.

Portanto, relativamente à questão da identificação do indígena, o critério já estabelecido pela Convenção 169 e que está em conformidade com o paradigma constitucional é o da autoidentificação ancorado no respaldo comunitário, sendo de todo conveniente que o PLS 236/12 expresse no artigo dedicado aos indígenas a adoção desse critério.

5. O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS DE TEREM RESPEITADOS OS MÉTODOS QUE TRADICIONALMENTE UTILIZAM PARA A REPRESSÃO DOS DELITOS COMETIDOS PELOS SEUS MEMBROS.

Essa questão vem tratada no PLS 236/12. A redação original aprovada pela Comissão de Juristas diz:

⁴ Para Luiz Fernando Villares o critério deve ser amparado na coletividade autorregulada e coibidora de abusos, de modo que é índio quem se identifica como tal e é reconhecido como tal pelo seu grupo étnico (2009, p.10).

⁵ Assim como faz o Código Penal em seu art. 327, por exemplo, estabelecendo quem é considerado funcionário público.

⁶ Embora essa questão diga respeito ao Processo Penal, é importante que seja debatida no âmbito das discussões acerca da identificação do índio. De nada adianta estabelecer o critério da autoidentificação sem que sejam criados mecanismos que oportunizem ao índio se autoidentificar como tal. A obrigatoriedade de questões dessa ordem reduziria muito a quantidade de índios presos e processados sem que possam ser identificados e, conseqüentemente, adequadamente tratados, com o respeito aos direitos que decorrem dessa condição.



[...] §3º 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 indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos por seus membros.

O relatório apresentado pelo Senador Pedro Taques com as emendas propõe acrescentar ao texto acima transcrito a seguinte complementação:

[...] podendo o juiz, conforme a gravidade do fato, a culpabilidade e as sanções impostas pela respectiva comunidade indígena, deixar de aplicar a pena ou reduzi-la em até dois terços.

A justificativa para a emenda:

Por fim, no §3º, é importante reconhecer que não existem dois sistemas autônomos (o codificado e aquele das comunidades indígenas), mas dois sistemas que precisam ser compreendidos sistemicamente. Assim, o acréscimo ao final é para assentar que, uma vez reconhecida a circunstância pelo juiz, ele analisará se é caso de efetivamente aplicar a penalidade vigente para todos (Código Penal) ou aplica-la de forma reduzida, considerando-se a natureza do delito, culpabilidade e a eventual penalidade já aplicada no seio da comunidade indígena, sempre pautando-se pela razoabilidade.

O texto deve ser aprovado sem a inclusão proposta pela emenda.

A justificativa da inclusão proposta pela emenda não encontra amparo no paradigma constitucional e nem tampouco na dicção da Convenção 169 da OIT que, como já dito, tem hierarquia supralegal.

A Constituição em seu artigo 231 reconhece aos índios sua organização social, seus costumes, crenças e tradições. Reconhecer não é tolerar. A Carta não concede aos indígenas o favor de tolerar seus costumes, crenças e tradições. Não, ela os reconhece, com toda a força e sentido que tem essa palavra.

Ora, se estamos falando dos métodos aos quais tradicionalmente os povos indígenas recorrem para a repressão dos delitos praticados pelos seus membros, estamos falando exatamente dos seus costumes, crenças e tradições. A Carta determina que sejam respeitados.



Condicionar o respeito aos costumes a um juízo de valor realizado pelo magistrado “sempre pautando-se pela razoabilidade” é sujeitar os indígenas ao crivo da sociedade não índia. Parece haver aí uma relação de subordinação, própria da política integracionista e, por isso, incompatível com a Constituição.

De fato, como diz a justificativa da emenda, “não existem dois sistemas autônomos”. Existe um único sistema, sistema esse cujas normas são determinadas de acordo com os valores e princípios ditados pela Constituição. Vale dizer, existe um sistema constitucional, ao qual as leis infraconstitucionais devem se adequar. A proposta de acréscimo trazido pela emenda não se adequa ao paradigma constitucional.

Também não se adequa ao texto da Convenção 169, que em seu artigo 9º diz:

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.

O critério estabelecido pelo texto da Convenção é o da compatibilidade com o sistema nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

O único limitador, nos termos da Convenção 169, do direito pleno dos indígenas de aplicação de seus próprios métodos é a compatibilidade entre esses métodos e o sistema nacional e internacional de direitos humanos. Isso quer significar, por exemplo, que podem ser questionados os métodos indígenas que imponham sanções cruéis, penas de morte, tortura, etc., sanções incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro. Afora isso, os métodos são compatíveis com o sistema constitucional e internacional de direitos humanos, devendo, por isso, ser respeitados independentemente de qualquer juízo de valor do magistrado em cujas mãos eventualmente caia o processo.

Enfim, o texto original aprovado pela Comissão de Juristas está de acordo com o paradigma constitucional e com o texto da Convenção 169. Já a emenda, com a inclusão do trecho final proposto, entra em choque com a Carta e com a Convenção.



6. O DIREITO DO INDÍGENA DE CUMPRIR PENA EM REGIME DE SEMILIBERDADE PRÓXIMO DA SUA HABITAÇÃO

A redação original aprovada pela Comissão de Juristas diz:

§2º A pena de prisão será cumprida em regime especial de semiliberdade, ou mais favorável, no local de funcionamento do órgão de assistência ao índio mais próximo de sua habitação.

A emenda proposta é omissa quanto ao regime de semiliberdade, limitando-se a garantir o direito ao cumprimento de pena mais próximo da habitação. Assim está redigida a emenda: “§2º A pena de prisão será cumprida na unidade mais próxima do local de habitação do índio ou do local de funcionamento do órgão federal de assistência”.

A justificativa do Senador Pedro Taques:

A segunda alteração no dispositivo é para, acolhendo emenda do Senador ALOYSIO NUNES FERREIRA, modificar os termos do §2º, que prevê o cumprimento de pena necessariamente em regime de semiliberdade. Adotando as razões do Senador “há índios imputáveis, semi-imputáveis e inimputáveis. Não há razão para que um índio imputável, que cometa crime grave, seja beneficiado, sempre, com regime especial de semiliberdade”. Há que se manter o tratamento isonômico.

A justificativa, com o devido respeito, parte de premissas equivocadas e, conseqüentemente, chega a uma conclusão equivocada.

A premissa equivocada é a de que o critério para o tratamento penal do indígena é o do binômio imputabilidade/inimputabilidade. Esse critério não se



coaduna com o paradigma constitucional, já que reflete a política etnocentrista⁷ presente no pensamento nacional à época da edição do Código Penal.

O próprio PLS 236/12 rejeitou a adoção desse critério, já que pretendeu tratar a questão sob a ótica do erro sobre a ilicitude do fato.

Portanto, a justificativa apresentada para a emenda não está em conformidade com o critério adotado pelo próprio projeto para o tratamento penal do indígena.

É o próprio princípio da igualdade, aliás, que, ao determinar o tratamento diferenciado dos diferentes, na exata medida dessas diferenças, está a justificar o cumprimento da pena em regime de semiliberdade para os indígenas.

Por outro lado a Convenção 169 da OIT determina em seu art. 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.

A redação original do PLS 236/12, aprovada pela Comissão de Juristas, está em plena conformidade com a Convenção 169 da OIT. Já a emenda proposta está em desconformidade, de modo que, ainda que aprovada, terá sua eficácia suspensa por contrariar tratado que lhe é hierarquicamente superior.

A emenda proposta, ademais, apresenta retrocesso até quando comparada ao Estatuto do Índio, lei 6001/73, em cujo art. 56 está previsto o direito do índio de cumprir a pena em regime de semiliberdade.

⁷ Vale a transcrição de trecho escrito por Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, no qual sustentam que “De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que comparte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com a imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Tratam-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica – bióloga e racista – já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes. Nada tem de diferente do discurso de justificação que produziu frequentíssimas destruições de grupos culturais originários e de perseguição religiosa, falando em delírios coletivos frente a atos e cerimônias que jamais compreenderam, e de relações culturais diferenciadas como simples e primitivas, quando a antropologia comparada nos mostra, hoje, a sua enorme complexidade. O homem da civilização industrial inventou, no seu gabinete de elocubração, uma ‘mentalidade primitiva’, que já foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas. (1997, p. 649)”



Não deixa de chamar a atenção que a emenda ao texto, sugerida em 2013, presente, no que diz respeito a direito dos indígenas, retrocesso em relação ao próprio Estatuto do Índio, editado há 30 anos, em plena ditadura militar e sob o influxo da política integracionista.

Portanto, o texto original aprovado pela Comissão de Juristas há de ser aprovado sem a emenda, garantindo-se ao indígena, pelo simples fato de ser indígena, o direito de cumprir pena em regime de semiliberdade, ou outro mais favorável, perto de sua habitação. Com isso a legislação brasileira, nesse ponto, estará de acordo com a Convenção 169 da OIT.

7. CRITÉRIO PARA O TRATAMENTO PENAL DO INDÍGENA

A redação original aprovada pela Comissão de Juristas diz:

Art. 36 - Aplicam-se as regras do erro sobre a ilicitude do fato ao índio, quando esse o pratica agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo, conforme laudo de exame antropológico.

O relatório do senador Pedro Taques apresenta emenda para que o texto fique assim:

Art. 36 - Aplicam-se as regras do erro sobre a ilicitude do fato ao índio, quando esse o pratica agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo, podendo o juiz levar em consideração para esse fim, laudo de exame antropológico.

A justifica da emenda está assim redigida:

A primeira alteração no art. 36 objetiva assentar que para a aferição da ilicitude do fato o juiz não ficará adstrito exclusivamente ao laudo antropológico, na medida em que não se podem tarifar os meios de apuração e aferição do juiz. Assim, aprimora-se a redação, acentuando-se a relevância do laudo antropológico, mas destacando-se que ele não é o exclusivo meio para a apuração das condições previstas.

Embora a redação original aprovada pela Comissão de Juristas não seja a mais adequada, ainda é melhor do que a redação proposta pela emenda. A emenda sugere



afastar a obrigatoriedade do laudo antropológico, tornando-o facultativo e permitindo outros meios de prova para a “*aferição da ilicitude do fato*”.

Bem lida a redação original percebe-se que o laudo antropológico não se presta à “*aferição da ilicitude do fato*”, mas sim à aferição da correspondência entre a conduta praticada pelo indígena e os valores de seu povo, isso é, os seus costumes, crenças e tradições.

Este é o ponto central do debate: a correspondência entre a conduta praticada pelo indígena e os valores que se refletem nos costumes, crenças e tradições de seu povo. Isso porque, à medida que a Constituição reconhece e respeita os costumes, crenças e tradições dos povos indígenas, não pode o direito considerar criminosa uma conduta que seja praticada em conformidade com esses valores (que são constitucionalmente reconhecidos). A conformidade da conduta com esses valores há de ser aferida pelo laudo antropológico⁸.

Além de trazer a obrigatoriedade do laudo antropológico, o texto – embora como já dito, não seja o ideal – traz uma enorme evolução ao romper com o critério da imputabilidade/inimputabilidade e propor a adoção de um novo critério.

O critério da imputabilidade/inimputabilidade, tradicionalmente utilizado pela doutrina e pela jurisprudência brasileira para o tratamento penal do indígena, não se sustenta diante do novo paradigma constitucional.

Mas o texto ainda não é o ideal. O problema está em fazer referência ao erro sobre a ilicitude do fato. Evidente que não é de erro que se trata. Erro sobre a ilicitude do fato é hipótese em que o sujeito pratica a conduta sem sabê-la criminosa. A hipótese aqui é diferente: a conduta não é criminosa. E não é criminosa porque praticada em conformidade com as crenças, costumes e tradições do povo indígena ao qual pertence o sujeito⁹.

⁸ Não se trata aqui de tarifar prova. A exigência de laudos periciais é bastante comum no direito.

⁹ O que faz com que a conduta não seja criminosa não é o desconhecimento do índio sobre sua ilicitude ou não. Isso pouco importa. O que faz com que a conduta não seja criminosa é a correspondência entre essa conduta e os costumes, crenças e tradições do povo indígena. Vale dizer, ainda que o índio tenha o conhecimento de que essa conduta é prevista no Código Penal como crime, se ela estiver de acordo com os valores do seu povo, ele poderá (às vezes até deverá) praticá-la.



Não há, e nem pode haver, num Estado pluriétnico, a supremacia dos valores contidos na norma editada pela sociedade não índia sobre os valores refletidos pelos costumes, crenças e tradições de um povo indígena.

Portanto é inadequado falar-se em erro de proibição.

Conquanto seja inadequado falar em erro de proibição, parece adequado dar ao indígena que pratica o fato “agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo” tratamento semelhante àquele dado ao agente que pratica o fato desconhecendo seu caráter ilícito. Ou seja, deve-se excluir a culpabilidade do indígena que pratica o fato agindo de acordo com seus costumes, crenças e tradições.

Enfim, o tratamento penal mais adequado ao indígena se dá por meio de exclusão da culpabilidade, sem qualquer referência à inimputabilidade ou ao erro, sempre que o indígena praticar o fato agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo.

8. CONCLUSÃO

O texto original aprovado pela Comissão de Juristas do PLS 236/12, embora ainda não seja o ideal, apresenta uma grande evolução quanto ao tratamento penal dado ao indígena, estando em conformidade com o paradigma constitucional e com os tratados internacionais de direitos humanos que cuidam da matéria, em especial, com a Convenção 169 da OIT.

Já as emendas propostas desnaturam o texto original, modificando-o a partir de justificativas que não se amoldam ao novo paradigma constitucional, razão pela qual, entram em choque, também, com o texto da Convenção 169 da OIT. As emendas sugeridas devem ser rejeitadas.

Seria importante, ainda em relação ao texto original, algumas pequenas inserções e correções. A título de inserção seria importante explicitar a adoção do critério da autoidentificação para a definição de quem é índio. Já como correção, apenas excluir a menção ao erro sobre a ilicitude do fato, mencionando apenas a



exclusão da culpabilidade sempre que o indígena agir de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo.

Abaixo, sugestão de redação do art. 36 do PLS 236/12:

Art. 36. Não há culpabilidade quando o indígena pratica o fato agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo, de acordo com laudo de exame antropológico.

§1º A pena será reduzida de um sexto a um terço se, em razão dos referidos costumes, crenças e tradições, o indígena tiver dificuldade de compreender ou internalizar o valor do bem jurídico protegido pela norma ou o desvalor de sua conduta.

§2º A pena de prisão será cumprida em regime especial de semiliberdade, ou mais favorável, no local de funcionamento do órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua habitação.

§3º 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 indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos por seus membros.

§4º Considera-se indígena todo aquele que se reconhece como pertencente a um povo originário da Ameríndia e é por ele reconhecido como tal.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. *Recurso em Mandado de Segurança* nº 30.675 - AM, Brasília, DF, 22 de novembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Recurso Extraordinário* nº 466.343-1 – SP, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

NOLAN, Michael Mary; HILGERT, Carolina Dias; MORAES, Bruno M. “Índios urbanos: caso Doriel Pankararé invisibilidade do indígena urbano. Exclusão de Direitos. Constituição Federal. In: FAGGIANO, Daniel e LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta (Coord) *A Questão Indígena*. Brasília: ed. Gazeta Jurídica, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, São Paulo, 2002.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. Curitiba: Ed. Juruá, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal, Brasileiro*, Parte Geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.