

O PRINCÍPIO DO RESPEITO ÀS AUTONOMIAS CULTURAIS(*)

Raúl Cervini(**)

1 – Subculturas e normatividade penal

1. Assinala Alessandro Baratta⁽¹⁾ que o princípio do respeito às autonomias culturais traduz-se na impossibilidade de se criminalizar condutas aceitas socialmente, em culturas minoritárias. Em outras palavras, a lei penal não deve incluir proibições que violentem aquilo que é culturalmente aceito.

Na nossa maneira de ver, a inegável hierarquia deste princípio garantidor, referido pelo professor de *Saarbrücken*, reafirma-se quando tomamos como ponto de partida da análise a moderna teoria normativa da cultura.

Os sociólogos americanos *Jaeger* e *Selznick* têm insistido nos aspectos simbólicos da comunicação e aprendizagem, ao proporem a sua teoria normativa da cultura: “a cultura se compõe de tudo aquilo que resulta das experiências simbólicas compartilhadas e de tudo que é capaz de mantê-las.”⁽²⁾

Observam estes mesmos autores que sua concepção normativa da cultura conduz a uma correspondente teoria dos valores que leva a considerar as normas como “culturais”, não pela sua virtude intrinsecamente considerada, mas, exclusivamente, enquanto suscitam respostas simbólicas que integram um sistema de significados antropológicamente compartilhados.

2. Tradicionalmente, tem-se assinalado que nas subculturas existem, como parte desse todo que é a cultura, certas notas características que, à luz das novas propostas normativas da cultura, redimensionam a sua transcendência. Assim:

A) Uma subcultura implica na existência de juízos de valor ou todo um sistema social de valores que, sendo parte de outro sistema, este mais amplo e central, cristalizou-se à parte. Vista a situação a partir da cultura dominante, e mais ampla, os outros valores da subcultura segregam a primeira e obstatularizam a integração total, causando, em certas ocasiões, conflitos abertos ou encobertos. Como resultado do isolamento normativo da subcultura, e a sua própria solidariedade, surgem valores compartilhados que seus membros apreendem, adotam e, inclusive, exibem como transcendência simbólica, e que diferenciam em quantidade e qualidade dos da cultura dominante.

(*) Tradução feita pelo Professor Doutor José Henrique Pierangelli e pela Doutora Maria Alice de Andrade Leonardi.

(**) O autor e o tradutor representam seus países junto ao Instituto Interamericano de Direitos Humanos, órgão ligado à ONU e à OEA, com sede em San José da Costa Rica.

Dessarte, como o homem nasce dentro de uma cultura, pode acontecer-lhe, também, nascer dentro de uma subcultura. Passa-se com ele aquilo que Sellin⁽³⁾, já em 1938, havia observado: *“Nasce biologicamente equipado para receber e adaptar conhecimentos acerca de si mesmo e de suas relações com outros. Seus primeiros contatos sociais dão início a um processo de ordenação que durará por toda a vida, e no qual ele vai absorvendo e adaptando idéias que lhe são transmitidas, de maneira formal ou informal, mediante instrução ou preceitos. Estas idéias representam significados relativos aos costumes, às crenças, às obras e às suas próprias relações com os seus semelhantes e com as instituições sociais. Vistas como unidades separadas, estas idéias podem ser entendidas como elementos culturais que vão se encaixando dentro de certos padrões ou configurações mentais, que tende a fixar-se em sistemas de significados totais.”*

B) Os valores compartilhados por uma subcultura, frequentemente, podem evidenciar-se e podem ser identificados fenomenologicamente, em função da conduta esperada: atos que vão desde o permitido até ao obrigatório em determinadas situações da vida. Qualquer norma ou quadro de valores deve ser capaz de governar naturalmente a conduta, numa variedade de situações, para que se possa qualificá-la, legitimamente, como antropologicamente fundamentada.

Precisamente, Radcliff-Brown⁽⁴⁾, ao estudar o fundamento das sanções através das sociedades primitivas, salienta sua indissolúvel vinculação com os parâmetros culturais de cada comunidade, posto que a sua eficácia deriva, dentre outras razões, do ajustamento, mais ou menos estreito, das normas aos valores prevalentes no seu próprio substrato.

C) A mesma subcultura pode também tolerar outros valores que se encontram fora do seu próprio sistema, contanto que essa adesão não solape os seus próprios valores que a caracterizam como tal e desde que esses valores não se vejam ameaçados, intrinsecamente, na sua própria existência.⁽⁵⁾

3. O tema assume especial importância na América Latina, onde nos limitamos a imitar os Códigos Penais da Europa, sobre cujo fato, agudamente, assim se manifesta Zaffaroni⁽⁶⁾: *“Se nós nos perguntarmos o que a realidade do Paraguai tem a ver com o Império alemão para adotar o seu Código Imperial, não poderemos entender isso com clareza. O que tem que ver a realidade peruana para adotar o projeto sufço, tampouco poderemos compreender com clareza. Qual a relação da Venezuela com a Itália unificada, para adotar o Código Zanardelli? E o que tem a Argentina a ver com o Reino da Baviera para adotar o Código de Feurbach?”*

Como vemos, durante um longo período — para não dizermos sempre — temos voltado as costas para a nossa própria realidade cultural, tomando emprestado fragmentos de ideologias penais de países centrais, as quais correspondem a outros parâmetros sócio-culturais. Este desajustamento, este desencontro entre os Códigos importados e o meio cultural em que se os pretende aplicar assume profundas consequências no campo dos Direitos Humanos das comunidades indígenas e de outros agrupamentos sociais culturalmente diferenciados por sua história, origem, religião, isolamento geográfico e outras características que lhes são próprias.

A) No que concerne às etnias aborígenes, devemos, antes de tudo, recordar que os textos latino-americanos, imbuídos de uma visão etnocentrista, partem de uma base que posiciona o indígena num estágio inferior de civilização, e que o direito deve se esforçar para elevá-lo a um plano superior, afetando, dessa forma, os princípios de igualdade, de liberdade de cultos e o direito à própria integridade psíquica da pessoa, porque, se se pretender tirar, abruptamente, um homem de sua cultura, ele sofrerá uma ruptura de seus valores, com um conseqüente dano psíquico.

A própria Etnologia nasceu com uma falha metodológica intrínseca, com a teorização de um homem “civilizado” sobre um “selvagem”. Assim, pesquisou e comparou costumes, que destacou como exóticos para, em seguida, arriscar-se em considerações supostamente universais. Sua formulação científica, no entanto, requeria um ser conhecido e um objeto de conhecimento, o que levou a sacrificar a dimensão humana das etnias observadas.⁽⁷⁾

A história das etnias nativas era desprezada, lançada a um período cíclico, que se repetia sem possibilidades reais de mudança, ou seja, essa *dance sur place* de que nos fala Gurvich. Os países centrais arvoram-se, então, no papel messiânico de romper o círculo, de liberar esses povos desse eterno estágio de estagnação, através de uma “transusão de progresso”, que correspondia a um agressivo processo de aculturação.

Como bem assinala Zaffaroni, no *Informe Final sobre os Sistemas Penais e Direitos Humanos na América Latina*, esta antropologia “vitoriana” foi elaborada para justificar os empreendimentos colonialistas britânicos e franceses do século XIX, “que pretendiam — particularmente na África — posicionar os africanos, ou colonizados, numa situação de infantilidade em relação ao colonizador, este de cultura adulta ou amadurecida e, também assim, a ideologia de nossas elites do século passado contrárias à democracia, por considerar que nossas raças indígenas ou africanas estavam ainda despreparadas para a sua prática”.⁽⁸⁾

O Evolucionismo atacou os velhos prejulgamentos eurocêntricos, sem gerar outros. Admitia que o homem era homogêneo na natureza, mas posicionava os povos em distintos níveis de um processo de desenvolvimento cultural. Tanto assim é que Morgan fala em três estágios culturais: selvagem, bárbaro e civilização, dividindo os primeiros em três momentos: inferior, médio e superior.⁽⁹⁾ Significativamente, para os autores do Evolucionismo os astecas, incas e maias engrossaram a listagem dos povos qualificados como “bárbaros”, por desconhecerem a escrita alfabética, em que pese o seu notável nível de conhecimentos e o monumental desenvolvimento de sua arquitetura, que assombrou aos colonizadores. Este juízo era coerente com a concepção de uma sequência evolutivo-cultural universalmente válida, medida mediante a ótica de um critério eurocentrista. Posteriormente, o Funcionalismo reconheceu a radical diferenciação entre as culturas, mas as concebeu como sistemas fechados, sem historicidade.

Levi-Strauss, na sua *Antropologia Estrutural*⁽¹⁰⁾, aperfeiçoa os conceitos, afirmando que a Etnologia, aquilo que os ingleses chamam de Antropologia Social e os norte-americanos de Antropologia Cultural, não pode permanecer indiferente aos processos históricos, nem às mais altas referências conscientes aos fenômenos sociais. Não obstante, ter-se-ia que esperar pelos estudos de Herskovits⁽¹¹⁾ para que se desenvolvesse e aceitasse a idéia de que existem vias multilíneas de evolução cultural (relativismo cultural), ou seja, que cada cultura propõe seu próprio modelo original de evolução substancialmente válido.

Por outro lado, não existe um pensamento racional e um pensamento mítico, radicalmente diferenciados. Hoje, é inquestionável que todos os povos pensam, partindo de premissas que se têm por aceitas, no processo inconsciente da socialização ou da endoculturação. Vale dizer que em toda mentalidade co-existem o *logos* e o *mito*; não existe uma mentalidade pré-lógica numa forma pura, como tampouco uma mentalidade racional pura.⁽¹²⁾ Atualmente, está totalmente fora de dúvida que não existe uma categoria de “povos primitivos”, mas sim que cada cultura propõe um modelo original de evolução e que, dessa forma, o autodesenvolvimento persegue o engrandecimento de uma cultura, e a troca dessa cultura leva à sua destruição (etnocídio), quando é substituída pela cultura dominante.⁽¹³⁾

No seu mérito, pode-se afirmar que a mudança de aculturação a que tendem os Códigos latino-americanos, avassalando tradições, buscando apagar os padrões de identificação racial, a fim de facilitar a assimilação das comunidades minoritárias, representa uma forma de agressão praticada contra a

especificidade cultural dessas etnias aborígenes, claramente violadora dos Direitos Humanos.

B) Além das minorias étnicas mencionadas, em todos os nossos países, caracterizados por essa marginalização estrutural de que nos fala Zaffaroni, existem outros grupos que se encontram culturalmente isolados por diversas causas, tanto no âmbito rural como no urbano, e que merecem, no nosso entendimento, um tratamento diferenciado por parte do sistema penal.

Ao finalizar a década de 50, o antropólogo norte-americano Oscar Lewis apresentou a primeira de suas obras: *Antropologia da Pobreza*⁽¹⁴⁾, livro especialmente destacável, pois, além de nos fornecer um quadro íntimo e objetivo da vida diária de cinco famílias mexicanas — em sua maioria, pertencentes à classe mais inferiorizada —, nos ensina que a chamada “cultura da pobreza” manifesta-se não só na privação econômica, mas também numa especial capacidade criativa que provê adaptações aos despojados, em face de sua posição marginalizada. Muitas das particularidades subculturais destas populações pode-se considerar como tentativas, objetivando solucionar problemas locais, que as instituições da sociedade global não resolvem, e é esse isolamento relativo uma das características mais importantes que influem na manutenção das linhas da cultura da pobreza. “Fora de meu bairro, já não me sinto no México”, disse o entrevistado Manuel Sanchez.

Em obra posterior⁽¹⁵⁾, o mesmo autor destaca que os padrões compartilhados dentro destas comunidades, minoritárias, muitas vezes colidem com os de uma sociedade global intolerante, que não reconhece essa diversidade.

Uma precisa investigação de campo que desenvolvemos, há quatro anos, com um grupo de estudantes da Faculdade de Direito e Ciências Sociais, em dois *cantegriles* (bairros marginais) da cidade de Montevidéu, do qual, até agora, só possuímos resultados fragmentários e inéditos⁽¹⁶⁾, confirma o conceito anteriormente exposto: uma substancial porcentagem dos investigados, maiores de idade, intimamente não consideram e nem compreendem como ilícitas algumas condutas que se encontram formalmente tipificadas como delituosas nos textos suscetíveis de lhes serem aplicados. Assim, por exemplo, cerca de 67% dos indagados ignoram que manter relações sexuais com uma pessoa menor de 15 anos, mesmo com seu consentimento, configura delito de violação(*) *ope legis* ao presumir-se a violência (art. 272 do Código Penal) e, o que é mais importante, 94% dessas mesmas pessoas perquiridas — em virtude das mesmas regras de seu grupo cultural — não podem compreender que haja delito em tal conduta, posto que, em seu ambiente, o fato se apresenta como um imperativo subcultural categórico, quando as

jovens se relacionam sexualmente a partir dos 12 anos de idade e o fazem com uma certa vocação pela reiteração.

Da mesma informação resulta que 82% das pessoas questionadas aleatoriamente, nesses mesmos bairros, expressam-se por não compreender a razão pela qual o contrabando e a ulterior comercialização dos produtos introduzidos no país são considerados como atividades delituosas nos Códigos, não passando, para eles, de simples meio de vida e que conta, ademais, com uma certa aquiescência de terceiros.

No mesmo contexto subcultural, existem autênticas proibições, e entre elas, talvez, a delação constitua a hipótese mais clara. Ser considerado, nesses meios, como *batidor* e *dortiba* (expressões de gíria local [*criolla*] que definem aquele que denuncia um fato tipificado como ilícito)^(**) constitui um estigma vergonhoso para a absoluta maioria das pessoas que ali vivem. Por outro lado, nestas comunidades, jamais se poderá compreender o sentido de certas normas como a do art. 148 do Código Penal uruguaio (*apologia de hechos calificados como delitos*).

Também no âmbito de outra subcultura marginal — as “favelas” do Rio de Janeiro —, equipes de trabalho coordenadas pelo Professor João Marcello de Araújo Jr., analisando as implicações subculturais da droga nesses conglomerados, detectaram numerosos exemplos de condutas que têm sido formalmente criminalizadas, através de normas que carecem de um mínimo fundamento antropológico, principalmente entre os numerosos migrantes procedentes do Nordeste brasileiro.⁽¹⁷⁾

C) Esclarecido o alcance e variado espectro de regras sociais diferenciadas, às quais vincula-se o princípio do respeito às autonomias culturais, nos capítulos seguintes iremos nos ocupar, fundamentalmente, das minorias culturais indígenas, cuja existência cria uma problemática que, em nosso ponto de vista, tem, na maioria dos casos, uma solução ligada à proposta descriminalizadora.

II – Desencontro entre os textos normativos e as culturas nativas na América Latina

1. Formas de controle social nas culturas indo-americanas

Para um estudo sério acerca da situação destas comunidades, em face das normas penais criadas pelas culturas dominantes, faz-se indispensável um conhecimento cabal dos exatos termos em que se desenvolve a vida do abo-

rígene. Para tanto, como primeiro passo, se faz necessário “descolonizar-se” mentalmente.

Nesse mesmo sentido, a venezuelana Gladys Yrureta⁽¹⁸⁾, citando Reyes Posada, sustenta que “o direito de uma cultura tribal não se expressa mediante regras explícitas, que possam ser captadas por pessoas alheias à sua cultura, a menos que se aprofundem no estudo das instituições que lhes são próprias, porque nunca aparece evidenciado o aparato coativo, que obriga ao cumprimento de suas normas, assim como o seu corpo de sanções. Porém, não obstante as relações de parentesco, organização política, organizações de trabalho e educativas, a mitologia e a religião, dentre as mais destacadas, possuem uma enorme força social e se confundem no âmbito de sua cultura.

O “direito” dos povos pré-colombianos tinha sua maior expressão, precisamente, no âmbito penal⁽¹⁹⁾, assumindo uma grande força normativa com sistemas próprios, suficientemente eficazes, para fazer cumprir suas normas, como observou Soler⁽²⁰⁾, ao tratar do caráter público do direito penal entre os incas. Porém, se algo caracteriza este particular direito inca, é sua diversificação, já que nem sempre os fatos que configuram delitos entre nós eram considerados por estes povos como tal, pois, em muitos casos, estes formavam parte de seus costumes e ritos. Assim, por exemplo, o rapto, que constitui uma tradição a efetuar-se antes do matrimônio em algumas tribos. Também essa mesma tradição possibilita ao marido conviver com duas ou três mulheres, além da esposa. E inclusive o uso de certas drogas constitui, em algumas dessas etnias, um imperativo vinculado a propósitos religiosos, rituais e militares.⁽²¹⁾

Por outro lado, algumas tribos indo-americanas são imbuídas de um sentimento altamente solidário, surpreendente para nossa cultura, pois consideram delitos o egoísmo, a acumulação de riquezas e, em alguns casos, a mentira e a covardia. Também as respostas grupais são frequentemente especiais, como por exemplo soluções composicionais e a exclusão do grupo étnico, com a conseqüente perda da identidade, que é a mais grave de todas as sanções.⁽²²⁾

2. *Regime jurídico penal aplicado às comunidades indo-americanas*

A) A dominação espanhola significou um virtual esmagamento das manifestações nativas. Os colonizadores desorganizaram meticulosamente as estruturas tradicionais das culturas aborígenes. Os indígenas perderam suas terras, viram-se obrigados a limitar-se a regras de vida para eles incompreen-

síveis, forçados a abjurar suas crenças e a adotar outras que lhes eram totalmente alheias.

Ensina a professora G. Yrureta⁽²³⁾, no seu profundo estudo acerca do indígena ante a lei penal, que uma simples revisão da recompilação das leis dos índios permite-nos verificar a existência de um bom número de normas que atacavam a autonomia cultural das comunidades indígenas: impedindo seus ídolos, aras e adoratórios, afastando-os de suas feitiçarias e de seus sacerdotes⁽²⁴⁾, implantando, entre eles, a língua do conquistador⁽²⁵⁾, proibindo-lhes a mancebia e a sua relação poligâmica⁽²⁶⁾, etc.

Também figuravam, nessa recompilação, regras penais formalmente benevolentes, destinadas a serem aplicadas aos indígenas, por exemplo: as que estabelecem sanções especiais para o seu amancebamento⁽²⁷⁾ ou procedimentos especiais contra os nativos, nas causas de inquisição⁽²⁸⁾, inclusive algumas que procuram impedir que se os submeta a perseguições e prisões de longa duração⁽²⁹⁾. Todavia, com este tratamento apropriado para menores ou seres inferiores submetidos à tutela do colonizador, nada mais se fazia do que degradar essas comunidades na sua dignidade.

B) Na atualidade, a situação do indígena nos Códigos e Projetos Penais latino-americanos pode ser sintetizada da seguinte maneira:

- a) Por um lado, existem muitos textos normativos que se caracterizam pela ausência de previsões expressas, o que implica num grave desconhecimento da ambivalência cultural de países nos quais os indígenas constituem a maioria ou uma parte bastante apreciável da população, caso do Código mexicano para o Distrito Federal, de agosto de 1931, ou do Código Penal de Porto Rico, de 22 de julho de 1974.
- b) Outros países possuem, no seu direito positivo, claros exemplos de proibições contrárias ao culturalmente aceito, como o Decreto-Lei de 5 de setembro de 1935, do Haiti, que reprime o culto do *vodu*, como prática supersticiosa, numa ilha onde 75% da população professam esse rito; o art. 391 do Código da Costa Rica, que sanciona “as práticas de bruxaria ou qualquer outro culto ou crença contrária à civilização ou aos bons costumes”, norma que assinala a diversidade cultural da costa do Caribe desse país. Por outro canto, na Colômbia, uma disposição, com hierarquia constitucional (art. 53), proíbe “os cultos contrários à moral cristã”⁽³⁰⁾.

Enquanto isso, o Código Penal do Peru de 1924, nos seus arts. 44 e 45⁽³¹⁾, divide os peruanos em “homens civilizados”, “indígenas semi-civili-

zados” (aos quais assimila aqueles que estão “degradados pela escravidão e pelo alcoolismo”) e “selvagens”^(***). O Código Penal da Bolívia, de 1973, atualmente vigente, nos seus arts. 17 e 18⁽³²⁾ fala do *índio selvagem*, como inimputável, e do *inadaptado cultural*, como semi-imputável. Por último, também o Código Penal da Colômbia, no seu art. 96, refere-se ao indígena como inimputável por *imaturidade psicológica*⁽³³⁾, e as medidas a que se submete os indígenas tendem, frequentemente, à sua incorporação cultural; vale dizer que se parte da premissa de que o direito deve esforçar-se para “elevar” esses seres que se encontram num estágio inferior, submetido ao modelo da cultura dominante e a seus valores jurídicos.

III – Soluções preconizadas pela doutrina latino-americana acerca da aplicabilidade destas normas contrárias ao culturalmente aceito

Tentaremos expor, de maneira sucinta, a diferença de critérios ensaiados através dos anos.

1) A partir de um enfoque rigidamente positivista, José Medrano Ossio⁽³⁴⁾ tem sustentado que, com a finalidade de proteger a sociedade em face do delito, e também o próprio indivíduo delincente, deve-se estabelecer meios defensivos variáveis na sua forma e indeterminados na sua intensidade, cuja medida somente deverá estar relacionada com o perigo que represente a causa do delito, com o fim de vê-lo eliminado.

Por conseguinte, para este autor, ainda que em se tratando de um indígena, não interessa um exame acerca de sua imputabilidade, ou uma declaração de sua responsabilidade, mas se deve procurar a defesa social ante o seu delito, declarando-o perigoso e submetendo-o às medidas apropriadas, não penais, que evitem a sua reincidência. Certamente, em que pese a denominação diferenciada para os indígenas não integrados ao meio social, a reação difere muito pouco das penas comuns.

2) Na maioria dos casos, tem-se buscado a solução do problema a partir da ótica da dogmática penal, basicamente sob dois pontos de vista:

- a) Alguns autores⁽³⁵⁾ sustentam que, mesmo em relação aos indígenas, deve ser mantido, a todo custo, o princípio da igualdade de todos perante a lei, posto que a organização dos países americanos repousa, precisamente, nos princípios e sentido democráticos da igualdade, não podendo, por consequência, tolerar hierarquias de grupo ou de raça.

Este posicionamento tem sido fortemente criticado, no sentido de que “é absurdo pensar-se que as regras comuns do direito público e privado possam ser observáveis por populações que possuem tão diversa estrutura social, tão diversificados costumes e tradições, tão distinto gênero de vida familiar e social”.⁽³⁶⁾

- b) Em outros casos, tem-se sustentado a necessidade de se aplicar um sistema jurídico-penal específico aos indígenas.

Compondo este entendimento, existe um setor minoritário que sustenta a necessidade de serem os indígenas, em matéria penal, julgados por um sistema penal completo, aplicável a eles⁽³⁷⁾, e uma outra parte da doutrina penal, esta amplamente predominante, que estima que na lei penal geral devem existir alguns preceitos especiais, destinados a considerar as características particulares dos indígenas, mas que não vão até ao ponto de aceitar um regime jurídico integral, destinado especialmente a eles.

Neste último segmento encontram-se, consoante a sistematização proposta pela professora Yrurera⁽³⁸⁾: (a) aqueles que propiciam a declaração de imputabilidade do indígena; (b) os que estimam que suas particularidades devem ser consideradas, a partir de um exame da personalidade do delinquente, que permita uma melhor individualização da pena; (c) e, por último, alguns que parecem colocar o problema dentro dos variados campos da culpabilidade.

a) *Crítério da inimputabilidade*

Fundamenta-se este critério numa pretendida inferioridade do índio, seja ela psicológica, social ou econômica, ou decorrente de sua “decadência”, por fatores ou vícios ambientais, e declara que se deve, dentro da legislação penal, contemplar uma regra que reconheça a sua inimputabilidade.

O tratadista brasileiro Anibal Bruno⁽³⁹⁾ nos expõe que os selvagens não adaptados à vida social do nosso nível, às normas complexas que a regulamentam e aos critérios de valor de nossos juízos devem ser assimilados, a partir do ponto de vista da inimputabilidade penal, à categoria dos surdos-mudos, pois, ainda que não exista ali nada de teratológico ou patológico, sua condição os coloca em situação de incapacidade de entendimento e orientação volitiva, na qualidade e graduação exigidos pelo Código. Acrescenta Bruno que, nos indígenas, existem, ademais, certas tonalidades nos seus processos psíquicos e certos complexos afetivos que lhes são peculiares, suficientes para confirmar essa inimputabilidade.

Diversos autores têm partilhado desse posicionamento⁽⁴⁰⁾, que foi acolhido pelos códigos penais da Bolívia (arts. 17 e 18) e Colômbia (art. 96).

Alfonso Reyes Echandía, durante a discussão do Projeto de Código Penal da Colômbia, observou que os indígenas civilizados padecem de uma “imaturidade psico-social” que os torna incapazes ante a lei penal. E, mais adiante, expõe, para justificar o critério da inimputabilidade: “a tese de que os indígenas não convivem culturalmente com os colombianos civilizados só serve para destacar um interessante aspecto psico-social, que permite qualificá-los de... «inimputáveis».”⁽⁴¹⁾

É certo que este critério funda-se, como já assinalado, numa posição paternalista ou tutelar e na suposição de uma pretendida inferioridade do indígena.

b) Critério da individualização da pena de acordo com o exame da personalidade do delinquente

De conformidade com este entendimento, a particular situação do indígena pode ser considerada, penalmente, como uma circunstância de atenuação em face de sua responsabilidade penal admitida ou como antecedente acerca de sua personalidade como imputado.⁽⁴²⁾

c) Critério que coloca o problema do índio dentro do campo de atuação da culpabilidade

No seu Manual, Zaffaroni, ao referir-se à culpabilidade, observa, certamente, que o erro de proibição, quando é invencível, elimina a compreensão da anti-juridicidade, e, outras vezes, ainda que existindo tal conhecimento, falta ao agente uma “internalização” suficiente que lhe permita compreendê-la. Diz textualmente: “Chama-se erro de proibição aquele que recai sobre a compreensão da anti-juridicidade da conduta. Quando é invencível, vale dizer que, mesmo atuando com a devida diligência, o agente não tivesse podido compreender a anti-juridicidade de seu injusto, aquele assume o efeito de eliminar a culpabilidade. Quando é vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa, que já está afirmada ao nível correspondente, assumindo tão-só o efeito de diminuir a reprovabilidade, ou seja, a culpabilidade, o que se traduz na quantidade da pena, possibilitando a sua diminuição até onde a lei autoriza...”⁽⁴³⁾

Dessarte, o problema do indígena fica, assim, qualificado como um erro de compreensão, culturalmente condicionado. Com isto, o professor argentino alude e hierarquiza, seguindo as modernas concepções acerca da cultura,

a formação interior (aprendizagem) que desde pequeno se fez mediante normas de conduta diferentes. Mais adiante, acrescenta que este condicionamento cultural não só pode dar origem ao erro de proibição, mas que também pode dar lugar a outros tipos de erro, tais como justificativas putativas, erros de tipo etc.

No nosso modo de ver, Zaffaroni, ao redigir o Informe final sobre *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, redimensiona suas conclusões, de maneira perfeitamente congruente com as suas anteriores manifestações sobre a necessidade de um fundamento antropológico do Direito Penal.

Com relação ao fundamento antropológico do Direito Penal, o professor argentino escreve:

“Na nossa cultura, o direito penal existe para o homem e não o homem para o direito penal; o direito penal é algo que serve alguma coisa para o homem (que é significativo), e, se não lhe desentranharmos o que para que serve (seu significado), retirar-lhe-emos sua característica de obra humana.” (44)

E expressa-se, mais adiante:

“Para que o direito penal tenha efetividade, será mister que respeite a condição humana; que sirva ao homem a partir de um reconhecimento acerca do ser do homem. Isto é, fundamentação antropológica. O direito penal efetivo deverá estar antropológicamente fundamentado...” (45)

Para este autor, um direito penal que não tenha a capacidade de servir como garantia externa da existência dos indivíduos integrantes de uma determinada comunidade não será efetivo, mas, ao contrário, gerará permanentes tensões e conflitos sociais, que destruirão a sua eficácia. Consequentemente, nem tudo o que tem forma de lei é Direito, nem toda “lei penal” é “Direito Penal”, porquanto, quando o Estado desconhece o indivíduo como “pessoa humana”, rompe com uma estrutura lógico-objetiva, a norma não estará antropológicamente fundada e a sua atuação se resumirá num mero exercício de poder, que não constitui Direito.

No Informe Final sobre Sistemas Penais e Direitos Humanos na América Latina, estas conclusões sobre a necessidade de uma fundamentação antropológica do Direito Penal desenvolvem-se até um ponto de acabamento. Ao tratar do tema “Desconhecimento das culturas diferenciais”, assim se expressa:

“Se bem que não se possa considerar o indígena inimputável pela simples razão de ser indígena, não resta dúvida de que se lhe pode exigir que interiorize as regras de uma cultura que não é a da sua infância, e, por conseguinte, deve-se respeitar, em relação a ele, o princípio de culpabilidade e declará-lo não culpável, quando a diferença entre as regras grupais seja de tal ordem que não se possa reprovar-lhe a sua conduta, na conformidade com a norma jurídica.”(46)

É, todavia, nas *Recomendações finais* sobre o ponto que se plasma, numa síntese admirável, a real projeção do pensamento do professor argentino, razão pela qual permitimo-nos transcrever seu texto:

“Pelo exposto, cremos que se deve recomendar:

1 — A supressão de qualquer “medida” ou “pena” que pretenda excluir, forçosamente, uma pessoa das regras vigentes em seu grupo cultural, salvo quando se trate de regras que atentem diretamente contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas.

2 — A supressão de toda persecução ou criminalização de grupos culturais ou religiosos, seja de maneira direta, seja a pretexto de tutelar outros bens jurídicos, pela via penal ou policial.

3 — A elaboração de conceitos doutrinários que permitam concluir pela ausência de culpabilidade de qualquer pessoa que, em razão das normas de seu próprio grupo cultural, não possa ajustar sua conduta às normas jurídicas ou culturais dominantes.

4 — Possibilitar a extinção da ação penal, ou da punibilidade, nos casos em que se dê ou venha a se dar lugar a uma sanção ou composição, de acordo com as regras tradicionalmente aceitas dentro de seu grupo indígena e isso não repugne o respeito devido à dignidade humana.”(47)

IV – Conclusões

1 – Reconhecimento da diversidade cultural

A) Na América Latina, vivem aproximadamente 30 milhões de indígenas, distribuídos em mais de 400 grupos linguísticos (só no México, existem

56 grupos, com uma população total de aproximadamente 10 milhões). Em numerosos países do continente, os indígenas constituem minorias demográficas, mas em alguns (Bolívia, Guatemala) são maioria absoluta. Em outros países, como no México, ainda que se apresentem em nível nacional, representam uma clara maioria em certas regiões ou províncias.⁽⁴⁸⁾

B) O professor brasileiro Nilo Batista⁽⁴⁹⁾, seguindo na mesma linha de Roberto Lyra — entre outros —, tem assinalado, acertadamente, a existência nas comunidades indígenas latino-americanas de uma normatização penal diferenciada que, ainda que modesta e, às vezes, formada de elementos mágicos, possui características de um verdadeiro “Direito”, em razão de sua comprovada efetividade para a manutenção da ordem e o equilíbrio necessário dentro dessas comunidades.

C) Há já muitos anos, através de inumeráveis pronunciamentos e declarações, os próprios grupos indígenas do continente vêm reclamando o direito de sobreviverem e desenvolverem-se como índios — entre estes, concretamente, os maias, nahuas, miskitos, aymarás, quéchuas, mapuches, yanomami etc. — dentro dos limites das sociedades nacionais.

Reclamam o direito à sua própria cultura, à sua língua, aos seus modos de vida e às suas tradições, de regerem-se por suas normas e juízes, e não admitem que a modernização e o desenvolvimento signifiquem, necessariamente, o desaparecimento de suas culturas, algumas delas milenárias. Por outras palavras, ao etnocídio traçado por tecnocratas, juristas e indianistas, mais ou menos bem intencionados, os índios de hoje contrapõem o desenvolvimento cultural da sua raça, enraizado na própria identidade, e o fundamento na sua própria criatividade e dinâmica.

D) Por último, devemos reiterar que, na América Latina, existem outros grupos sociais em grau de isolamento cultural ou de incorporação relativa, com padrões próprios de regulamentação, e certamente efetivos, em seu meio. Nessa situação, encontra-se uma significativa porcentagem da população do continente devido a circunstâncias determinadas pelo isolamento geográfico religioso ou condicionamento econômico (habitantes de *villas miseria*, *povos jovens*, *cantegriles* (bairros marginais), favelas etc.

2 — Sentido cultural das normas e necessidade de um fundamento antropológico para a existência de um direito penal garantidor

No nosso entendimento, a cultura é um armazém de regras de condutas (normas culturais), e o Direito, uma ordem de conduta a que se refere a formalização normativa. Sendo o Direito uma ordem externa de conduta, não é

possível conceber-se um ser humano que tenha se conscientizado integralmente da ordem jurídica. Mas, para cumprir precisamente a sua função, o Direito deve conter uma aspiração ética: a de que, ao se converter em norma de conduta individual, deve aspirar a que os indivíduos possam conscientizar-se de suas normas e se conduzirem de acordo com elas.

Esta aspiração ética constitui uma obrigação do Estado: a de reconhecer a autonomia cultural do indivíduo, e que, nesse sentido, surge como um limite à sua ação e um freio a seus desbordamentos. Entendemos, seguindo Zaffaroni, que, quando o Estado desconhece o indivíduo como pessoa culturalmente referida, rompe com uma estrutura lógico-objetiva, e à norma jurídica faltará o fundamento antropológico.

A partir deste enfoque, o Direito Penal deve traduzir-se numa ordem reguladora da conduta humana que, em suas valorações, reconheça a identidade cultural dos indivíduos, pois, se sua atuação orientar-se em sentido contrário, estará regulamentando uma conduta de ficções e não de homens reais.

3 – Proposta a partir do ideal da mínima intervenção penal

A) Estimamos, finalmente, que se torna imperioso excluir do marco normativo penal aquelas proibições que, em virtude das diferenciadas regras grupais, não se possa pretender que as minorias étnicas ou outros grupos sociais, culturalmente delimitados, cumpram. Este processo descriminalizador ajusta-se ao que foi proclamado em várias Declarações, Pactos e Convenções internacionais em matéria de Direitos Humanos.⁽⁵⁰⁾

B) De conformidade com isso, e a fim de se cumprir as exigências mínimas de uma ordem jurídica justa, deve-se reconhecer como vigentes e válidas as normas de conduta social, sistemas de sanções e procedimentos relativos à sua aplicação tradicionalmente aceitos por essas minorias culturais, exceção feita aos casos de extrema gravidade, em que as normas e valores vigentes nessas culturas resultem diretamente lesivas a bens fundamentais (vida, integridade física, ordem pública).

C) Em todo caso, e subsidiariamente, de conformidade com o que já foi exposto, pode-se recorrer a uma causa de ausência de culpabilidade, fundada na ausência do conhecimento ou conscientização suficiente da anti-juridicidade da ação, para eximir de pena aquele integrante de uma comunidade cultural minoritária que, no caso concreto, não estava na situação de conhecer e compreender que sua ação estava reprovada pelo ordenamento normativo nacional.

Não queremos terminar este tema sem recordar a Recomendação nº 3 da Declaração de Barbados, documento indigenista fundamental, surgido do simpósio de antropólogos sobre fricção interétnica na América do Sul (janeiro, 1971):

“...3) O Estado deve reconhecer o direito das entidades indígenas de se organizarem e se regerem segundo sua própria especificidade cultural, que, em nenhuma hipótese, se pode limitar aos seus membros para o exercício de todos os direitos dos cidadãos, mas que, em troca, os exige do cumprimento daquelas obrigações que entrem em contradição com a sua própria cultura.”(51)

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) Baratta, Alessandro: “Requisitos mínimos del respecto de los Derechos Humanos en la Ley Penal” in “Revista de Criminología y Derecho”, nº 1, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideu, 1987, p. 11.
- (2) Jaeger, Gertrude e Selznick, Philip: “A Normative Theory of Culture”, in “American Sociological Review”, 1964. 29:653/669.
- (3) Sellin, Thorsten. “Culture, Conflict and Crime”, in “Social Science Research Council Bulletin”, nº 41, Nova York, 1938, p. 11.
- (4) Radcliff-Brown, A.R.: *Estructura y Función en la Sociedad Primitiva*, Ediciones Península, Barcelona, 1974, p. 233. Sobre o mesmo tema, veja-se Blalock, H.M.: *Introdução à pesquisa social* (2ª ed.), Editorial Zahar, Rio de Janeiro, 1977, p. 77.
- (5) Cf. Da Matta, Rodrigues: *Relativizando: uma introdução à Antropologia Social*, Petrópolis, 1981, p. 86.
- (6) Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Problemas de Política Criminal Latino-americana, in “Revista de Derecho Penal”, nº 6, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1984, p. 28.
- (7) Cf. Calan, Hilary: “Etiología y Sociedad”, *Breviarios* nº 235, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1973, México, pp. 11 e segs.; Mauss Marcel: *Mentalidade primitiva e participação em Antropologia*, São Paulo, 1979, pp. 150 e segs.
- (8) *Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Sistemas Penales y Derechos Humanos* (Informe Final). Documento final do programa de investigação desenvolvido pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos (1982/1986). Coordenador Professor Eugenio Raúl Zaffaroni, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 56.
- (9) Cf. Caro Baroja, Julio: *Ritos y Mitos Equívocos*, Ediciones Istmo, Madri, 1974, p. 12; e Zaffaroni, E. Raúl: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (Informe final), *op. cit.*, p. 55.
- (10) Levi-Strauss, Claude: *Antropologie Structurale*, Editorial Plon, Paris, 1958, p. 34.
- (11) Herskovits, Melville: *El hombre y sus obras. La ciencia de la Antropología Cultural*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1964.

- (12) Cf. Caro Baroja, Julio: *Ritos...*, *op. cit.*, pp. 60 e segs.; Malinowski, Bronislaw: *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1985, pp. 103 e segs.; Mead, Margaret: *Adolescência, sexo y cultura en Samoa*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1984, Cap. 8 e segs.
- (13) Cf. Foster, George M.: *Tzitzuntzan — Los campesinos mexicanos en un mundo de cambio*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1972, p. 26 e segs.; Stavenhagen, Rodolfo *et al.*: *La cultura popular*, compilação de Adolfo Colombres, co-edición Dirección General de Culturas Populares da SEP e Premio Editora, Puebla, México, 1983, pp. 11 e segs.
- (14) Lewis, Oscar: *Antropología de la Pobreza*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1961.
- (15) ———: *A study of slum culture*, Ed. Random House, Nova York, 1968. Editor de América Latina, Buenos Aires, 1972.
- (16) Investigaçao de campo executada dentro do marco de atividades complementares do Curso de Direito Penal, sob a orientaçaõ da Professora Ofélia Grezzi, 1986.
- (*) O art. 272 do CP uruguaio diz: "*Violación. Comete violación él que compela a una persona del mismo o de distinto sexo, com violencias o amenazas, a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse. La violencia presumesse quando la conjunción carnal efectúase: 1. Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años.*" (Nota dos tradutores)
- (**) A expressao entre nós equivale à de *alcaguete*, que a Lei nº 8.072/90, que define os chamados crimes hediondos, erigiu em causa especial de diminuicão de pena, pensando que esse prêmio poderia romper os laços subculturais que ligam autores, co-autores e partícipes. Ledo engano!
- (17) Trabalho de campo preparatório, ainda inédito, sobre aspectos subculturais do consumo de drogas, coordenado pelo Catedrático da Universidade do Rio de Janeiro, João Marcello de Araújo Jr., denominado *Projeto Alternativo do Rio*.
- (18) Yrureta, Gladys: *El indígena ante la Ley Penal*, edição da Universidad Central de Venezuela e da Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1981, p. 11. *Op. cit.*: Reyes Posada, Alejandro: *El Sistema Jurídico de los Guahibos en Colombia*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Kelly, Bogotá, 1974, pp. 12 e 13.
- (19) Cf. Rodríguez Rouanet, Francisco: "Prácticas Tradicionales de los Indígenas", in "Revista Guatemala Indígena", vol. IV, nº 2, publicação do Instituto Indigenista Nacional, Guatemala, 1969, p. 51.
- (20) Soler, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, 3ª ed., tomo I, Buenos Aires, 1956, p. 96.
- (21) García Ramirez, Sergio: "El nuevo Régimen Penal y Administrativo sobre Estupefacientes y Psicotrópicos en México", in *Criminología, Marginalidad y Derecho Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982. p. 36; Cardenas de Ojeda e col.: *Toxicomanía y Narcotráfico, Aspectos legales*, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., México, 1967, p. 10; Simões, Luiz: "Cultura y Control en las Primitivas Sociedades Indoamericanas", *Cuadernos del Sur*, vol. 2, Edit. Diana, Caracas, 1969.
- (22) *Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Sistemas Penales (Informe Final)* *op. cit.*, p. 58; Stavenhagen, Rodolfo: *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. Coediçao do IIDH e do Colegio de México, México,

1988. À p. 102, expressa: "Las valoraciones y la lógica de la relación delito-sociedad son muy distintas a las que prevalecen en las sociedades no indígenas. Citemos como ejemplo la situación en la Guajira venezolana: Las leyes que rigen a los indios guajiros son conocidas y oblatorias para todos. Estas son transmitidas de padres a hijos, y se tiene un claro concepto de delitos, como hecho que es repudiado por el grupo. Las sanciones penales son impartidas con severidad y eficacia a pesar de no existir las instituciones controladoras propias de la sociedad nacional. La transgresión de la ley acarrea además de la sanción, una subvaloración del estatus social, lo que expone al delincuente al desprecio público. La obligación a que se somete a la familia o «casta» ejerce gran presión moral sobre el ofensor, lo que determina que en la mayoría de los casos este responda debidamente. Las sanciones en su mayoría están basadas en la «compensación»; Casi siempre se indeniza al ofendido mediante bienes que se traducen en collares de piedras de valor llamados «tumas». Si se trata de una sanción impuesta a un miembro de una «casta», primero se envían «palabreros» a pedir que se reconozca la ofensa y la indemnización impuesta. De no llegar a un acuerdo, se desata la guerra..."

(23) Yrureta, Gladys: *El indígena ante la Ley Penal*, op. cit., p. 28.

(24) Cf. in Yrureta Gladys, op. cit., p. 29.

(25) *Idem*, *ibidem*.

(26) *Idem*, *ibidem*.

(27) *Idem*, *ibidem*.

(28) *Idem*, *ibidem*.

(29) *Idem*, *ibidem*.

(30) Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final)* op. cit., p. 56.

(31) Arts. 44 e 45 do Código Penal do Peru, de 1924: "Art. 44: *Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años.*" "Cumplidos dos tercios de tiempo que, según la ley, correspondería al delito si hubiera sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años." "Un reglamento del Poder Ejecutivo determinará las condiciones de vida de los salvajes colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país." E o Art. 45: "Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del art. 90. Podrán, asimismo, en estos casos, sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional con arreglo al título VII. Podrán también reemplazar la pena de prisión según el procedimiento permitido en el art. 42."

- (***) N. do T. — O Código Penal do Peru, de 1924, foi ab-rogado pelo D. Legislativo nº 635, que se encontra em vigor desde 26 de abril de 1991. Como reminiscência da legislação anterior, encontramos no art. 15º as chamadas "Eximentes e atenuantes em razão do grau de cultura", com a seguinte redação: "Él que por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena."
- (32) Arts. 17 e 18 do Código Penal da Bolívia, de 1973: "Art. 17 (inimputabilidad): Son inimputables: 5) (Indio selvático). El indio selvático que no hubiera tenido ningún contacto con la civilización." O inciso segundo do Art. 18, acerca da semi-imputabilidade, diz: "El juez procedera en igual forma (esto es, atenuando la pena o decretando la medida de seguridad más conveniente), cuando el agente sea un indígena cuya incapacidad derive de su inadaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción."
- (33) Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Sistemas Penales (Informe Final)*, op. cit., p. 55.
- (34) Medrano Ossio, José: *Responsabilidad Penal de los Indígenas*, Potosi, 1941, pp. 11 e segs.
- (35) Gallino Yanzl, Carlos: "Imputabilidad (los estados de barbarie), in *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XV, p. 243.
- (36) Consentini, Francisco: "Código Agrario para la República de México", "Revista Cubana de Derecho", Sección Doctrinal, Imprenta O'Relly, 62, La Habana, jan./jun. 1957, pp. 62/63, cit. por Yrureta, Gladys, op. cit., p. 52.
- (37) Posicionamento do Professor Mendoza, José R.: *Estudio Jurídico y Penitenciario del Indio*, 2ª ed., Madri, 1956.
- (38) Yrureta, Gladys: op. cit., p. 57.
- (39) Bruno, Aníbal: *Direito Penal*, parte geral, I, tomo 2º, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959, pp. 137 e segs.
- (40) Em certos casos especiais, assim o admite o professor espanhol Luís Jiménez de Asúa, no seu *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Editorial Losada, Buenos Aires, 1957, pp. 847 e segs.
- (41) Cf. Stavenhagen, Rodolfo: *Derecho Indígena y Derechos Humanos*, op. cit. ut supra, 87.
- (42) Posicionamento de Ceniceros, José A.: "Responsabilidad penal de los Indígenas", "Revista Jurídica de Criminología y Ciencias Penales", Bolívia, maio 1945, pp. 59 e segs., citado por Yrureta, Gladys, op. cit., p. 65.
- (43) Zaffaroni, E. Raúl: *Manual de Derecho Penal*, parte geral, Ed. Ediar, Buenos Aires, 4ª ed., p. 543.
- (44) *Idem*, p. 301.
- (45) *Idem*, *ibidem*, p. 302.
- (46) Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Sistemas Penales (Informe Final)*, op. cit., p. 57.
- (47) *Idem*, p. 58.
- (48) Stavenhagen, Rodolfo: "Derechos Humanos y Derechos Indios", in "Revista Jurídica y Paz", ano 1, nº 2, México, fevereiro de 1986, p. 9 e segs. e supra, p. 97, expressa: "La población indígena no puede ser identificada por criterios raciales o biológicos, que estuvieron muy de moda en el siglo pasado. Las ciencias

sociales contemporáneas utilizan de preferencia criterios culturales, entre los cuales el criterio lingüístico es por lo común el que más se emplea." "Pero también la definición cultural de los indígenas há planteado problemas serios de identificación, con implicaciones prácticas para la política indigenista. ¿Qué criterios o elementos culturales, aparte de la lengua, deberán ser empleados? ¿Y quién los emplea? Las definiciones aportadas por los científicos sociales (antropólogos, sobre todo) no siempre son aceptadas por los funcionarios públicos encargados de las políticas indigenistas." "Por otra parte, en años recientes, ... las organizaciones indígenas han venido reclamando con creciente insistencia que los únicos habilitados para decidir quiénes son o no son Indios en América son los próprios indígenas."

- (49) Batista, Nilo: "Práticas Penais no Direito Indígena", in "Revista de Direito Penal", órgão oficial do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, nº 31, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 75. No mesmo sentido: Friedlander, Judith: *Ser Índio en Hueyapan. Un estudio de identidad obligada en el México contemporáneo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977. Stavenhagen, Rodolfo: *Derecho Indígena...*, op. cit. ut supra, pp. 107 e segs.
- (50) Os textos mencionados, segundo o Informe Final sobre "Sistemas Penales y Derechos Humanos", op. cit., p. 55, são: a Declaração Universal, arts. 2 e 18; o Pacto Internacional, arts. 4, 14, 18, 26 e 27; a Declaração Americana, arts. 1 e 12.
- (51) Compilação do Projeto Marandú: "Documentos y Testimonios". Ediciones del Sol. Serie Antropológica, Buenos Aires, 1975, p. 23.