

(IN)IMPUTABILIDADE INDÍGENA: UM DEBATE ENTRE O DIREITO CONSUEUDINÁRIO E O DIREITO ESTATAL

Bruna Sebastiani Baptista¹
Henrique Fensterseifer da Silva²
Jaqueline Reginaldo de Almeida³
Tatiane Meinhard Lowe⁴
Vitória Damiano da Silva⁵
Vera Maria Werle⁶

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo averiguar a posição que o ordenamento jurídico brasileiro vem adotando em relação à responsabilização penal dos povos indígenas. Para tanto, a pesquisa analisou a conjuntura do índio desde a colonização brasileira até os dias atuais, abordando a proteção conferida nos textos constitucionais brasileiros, tratados e convenções internacionais incorporados ao ordenamento pátrio que asseguram os direitos humanos e fundamentais aos povos indígenas, para assim debater o tema central do trabalho: o tratamento jurídico-penal dispensado ao indígena. Evidentemente que, em razão da diferença cultural, os indígenas necessitam de um tratamento particular na seara penal que considere sua cultura, crenças e tradições. Sob esse entendimento o estudo analisa a tese da exclusão da culpabilidade em razão do erro de proibição ou da inexigibilidade de conduta diversa como uma solução adequada ao tratamento penal dos povos indígenas, com a finalidade de corporificar, na seara, os direitos à autodeterminação e a manifestação cultural, protegidos constitucionalmente.

¹ Acadêmica do 4º período do curso de graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/IESA.

² Acadêmico do 4º período do curso de graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/IESA.

³ Acadêmica do 4º período do curso de graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/IESA. Bolsista de Iniciação Científica da referida Instituição.

⁴ Acadêmica do 4º período do curso de graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/IESA.

⁵ Acadêmica do 4º período do curso de graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/IESA.

⁶ Graduada em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/IESA. Mestre em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Professora titular do IESA Santo Ângelo nos cursos de graduação e pós-graduação.

PALAVRAS-CHAVE: Índios. (In)imputabilidade penal. Culpabilidade. Direitos indígenas.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Histórico indígena no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Conjuntura atual do índio no complexo constitucional-legal brasileiro. 4. Rede internacional e regional de proteção aos direitos humanos dos povos indígenas. 5. (In)imputabilidade penal indígena? 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, as ordenações jurídicas têm assumido um papel relevante na efetivação dos direitos das minorias. As transformações sociais demarcam a formação primária do jurídico e, à vista disso, o Direito não pode simplesmente se fechar dentro de um contexto de regras estáticas e proposições genéricas, pois precisa voltar-se aos interesses e necessidades dos agrupamentos comunitários, abrangendo à realidade das relações sociais e adaptando-se a uma ampla rede de situações que deve organizar. Diante disso, é de suma importância o estudo da situação jurídica indígena no contexto brasileiro, dado que esses povos, assim como todas as demais culturas existentes no território nacional, carecem de ter sua cultura respeitada e preservada ante a atuação estatal. O presente artigo tem como finalidade investigar os dispositivos legais-constitucionais que fazem referência aos povos indígenas, bem como as posições doutrinárias e jurisprudenciais, para dessa forma construir um entendimento sobre a conjuntura penal que abrange os índios atualmente no Brasil.

Os direitos humanos e fundamentais servem como base estruturante no desenvolver do trabalho, já que as populações indígenas são dotadas de peculiaridades inerentes a sua cultura composta por tradições, crenças, normatividades e riquezas próprias. O direito à diferença tem um espaço relevante nesse estudo, visto que a diversidade que compõe as sociedades contemporâneas não pode ser simplesmente ignorada pelo aparato estatal. Os ordenamentos jurídicos, nesse contexto, e suas normas totalmente genéricas, embasadas em uma homogeneidade incontestável, precisam ser adaptados à atual realidade para que não sejam reprodutoras de discriminações, injustiças e privações.

A pesquisa objetiva averiguar o tratamento jurídico conferido ao índio no Brasil, com enfoque na seara penal, analisando, primeiramente, de forma breve, a história desses povos na sociedade brasileira, seguindo com

a inquirição do paradigma atual de proteção aos índios no plano nacional e internacional, com enfoque na Constituição Federal e nas declarações e tratados de direitos humanos. Para tal fim, a exploração científica valeu-se das pesquisas bibliográfica e documental, com subsídios legais e doutrinários, a partir do método de abordagem dedutivo. O tema é muito controverso, visto que há um debate sobre interpretação e aplicação de normas dentro de dois universos completamente divergentes: de um lado encontra-se um sistema normativo basicamente oral, informal e flexível, e do outro um ordenamento essencialmente formal, dogmático e previsível.

Por conseguinte, o estudo busca avaliar em quais casos o direito consuetudinário indígena deve prevalecer sobre a legislação geral e em quais casos o direito estatal deve ser aplicado, ou melhor, em quais ocorrências o índio poderá ser processado e julgado pelo direito penal comum, assim como as especificidades que devem ser respeitadas dentro desse trâmite. Basicamente, pode-se identificar duas posições, por sinal muito conflitantes, referentes à responsabilização penal indígena: a primeira defende que a eventual inculpabilidade indígena reside na exclusão da culpabilidade pela inimputabilidade, alegando que os índios têm o desenvolvimento mental incompleto ou retardado por não conviverem em ‘civilização’; a segunda posição afirma que é totalmente falsa a concepção de que o índio é portador de algum problema mental pelo simples fato pertencer a uma cultura diferente, sustentando que a ocasional inculpabilidade indígena deve residir no erro de proibição ou na inexigibilidade de conduta diversa.

2 HISTÓRICO INDÍGENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A medida que os europeus foram chegando à América, particularmente ao Brasil, por volta de 1500, depararam-se com uma grande extensão territorial, habitada por homens e mulheres que, em um primeiro momento, foram considerados como selvagens, um aglomerado de pessoas sem cultura alguma, vivendo em uma desorganização social. Contudo, nada impediu que os colonizadores levassem índios para a Espanha para a realização de trabalho escravo assim como outras riquezas dessa terra, como o ouro, o pau-brasil e a prata. Os primeiros relatos que os portugueses enviaram à Corte faziam referência aos povos indígenas como um amontoado de bárbaros sem lei e sem normas de convivência, mas, na realidade, os colonizadores não reconheciam a forma particular de ordenação adotada pelos índios. Por conseguinte, os portugueses e os espanhóis dividiram previamente a América e começaram a aplicar suas normas, aplicar

o seu estereótipo de organização social, independentemente do que já existia aqui.

Como afirma Carlos Frederico Marés de Souza Filho “o Estado colonial deixou como herança ao Estado Nacional brasileiro nascente, um silêncio piedoso sobre os povos indígenas, um punhado de escravos, uma situação de direitos confusa e uma estrutura fundiária tão ultrapassada quanto injusta” (1998, p. 56). Logo, em 1822, com a declaração da Independência do Brasil, proclamada por D. Pedro, foi outorgada a primeira Constituição brasileira em 1824, que não compreendeu nenhum dispositivo em relação aos indígenas que, conseqüentemente, acabaram ficando sem nenhum amparo legal na época. Somente em 1832 foi editado o Ato Adicional à Constituição do Império, que estabeleceu a competência do Estado de catequizar e civilizar os índios.

Apenas em 1850 teve início a tutela legal para com as terras indígenas. Nesse ano foi editada a lei 601 que regulamentava o regime de propriedade territorial, passando o domínio de todas as terras ao poder público, revogando definitivamente a legislação portuguesa e estabelecendo conceitos jurídicos que vigoram até hoje, como as terras devolutas, o registro de imóveis e as reservas indígenas. A lei 601/1850 instituiu que toda propriedade deveria ser medida e registrada para que a inscrição oficial do imóvel fosse concedida, entretanto, esses atos exigiam muito dinheiro, o que acabou favorecendo apenas grandes fazendeiros. Essa dificuldade para a legitimação da posse acabou por beneficiar grandes crueldades e injustiças contra os índios. No parecer de Roberto Lemos dos Santos Filho (2005), houve um grande silêncio com a Constituição do Império e um grande rigor na exigência de titulação de posse para reconhecimento da propriedade e isso acabou legitimando o processo de espoliação das terras dos índios, demonstrando o grande prejuízo causado aos índios pela legislação do império.

Em 1891 foi promulgada a segunda Constituição brasileira, a primeira do Brasil República, que seguiu o mesmo enredo da Constituição Imperial, pois não conteve nenhuma previsão considerável relacionada aos índios, apenas cogitava a existência desses povos e assegurava a não-violação de seus territórios. No ano de 1910 foi criado por decreto o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que posteriormente foi transformado em Serviço de Proteção ao Índio (SPI), consolidando a forma republicana acolhida pelo Brasil. Entretanto, Souza Filho (1998) atenta para o fato de que tais ações nutriam uma política inte-

gracionista, ou seja, apoiavam a expectativa de acabar com as culturas indígenas para assimilá-las à cultura nacional. Até esse período, não houve em nenhum momento a preocupação de garantir os direitos indígenas de forma concreta, tendo em vista que a intenção de catequizar e civilizar os índios prevalecia sobre qualquer outra medida.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 6º, inciso IV, estabelecia que os índios ou silvícolas eram relativamente incapazes para a prática dos atos da vida civil, necessitavam ser assistidos na vida civil. O Código previa que essa tutela devia cessar na medida em que os índios fossem sendo integrados à ‘civilização’ do país. Em 1934, foi promulgada a terceira Constituição brasileira, a primeira que tratou dos direitos dos povos indígenas. Como atesta Santos Filho (2005), o diploma constitucional assegurava aos índios o direito à posse permanente dos territórios ocupados, conferindo à União a responsabilidade pela promoção e execução da política indigenista. Com a Constituição outorgada de 1967 ocorreu a substituição do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que se conserva até os dias atuais. Denota Santos Filho (2005) que, a emenda à Constituição de 1969, por muitos considerada uma nova Constituição por possuir mais artigos que a vigente, manteve os direitos já garantidos aos indígenas e firmou a competência da União para legislar sobre a nacionalidade, cidadania e incorporação dos silvícolas a comunidade nacional.

No ano de 1973 foi editada a Lei 6.001, o Estatuto do Índio, que disciplinou as relações do Estado e da sociedade para com os índios. Regulamentou também a situação jurídica dos índios e de suas comunidades, firmando bases para a preservação da cultura indígena, mas buscando a integração à comunidade nacional, em sua maior parte. Souza Filho adverte que o Estatuto do Índio “é um retrocesso do ponto de vista teórico em relação à tutela, porque recria a ideia da emancipação e a possibilidade de devolução das terras indígenas ao Estado, justamente por seus titulares perderem a qualidade de índios” (1998, p. 103).

3 CONJUNTURA ATUAL DO ÍNDIO NO COMPLEXO CONSTITUCIONAL-LEGAL BRASILEIRO

Antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 jamais existiu um período com a densidade de proteção aos direitos e as liberdades básicas, não somente quanto aos índios, mas da população em geral, que se tem atualmente. Apenas com a inauguração de um novo regime jurídico-político instaurado pela Constituição de 1988 é que o

Brasil se ressignifica, passando a concretamente valorizar a diversidade existente dentro de seu território, onde os direitos e garantias fundamentais passam a ser um guia para a atuação estatal. Como observa Souza Filho (1998), a legislação brasileira sempre teve comandos protetores, mas, de certo modo, bastante intervencionistas e paternalistas no que tange aos povos indígenas, isto é, protegia-se para integrar, prevalecendo sempre a ideia de que a integração era o melhor que se podia oferecer aos índios, e que o mais adequado para esses povos era viver em civilização. Apenas com a nova ordem constitucional que essa concepção é superada, visto que

a constituição de 1998 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Além disso, reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Essa concepção é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de 5 de outubro 1998, o índio, no Brasil, tem o direito de ser índio (SOUZA FILHO, 1998, p. 107).

A Constituição Cidadã de 1988 reserva um capítulo exclusivo aos índios. O art. 231 reconhece a organização social indígena, os direitos básicos e imanentes a sua memória, seus costumes, suas línguas, crenças e tradições, que também fazem parte da história do Brasil, desde que compatíveis com os direitos humanos assegurados em âmbito internacional e com os direitos fundamentais ratificados pelo ordenamento nacional, já que a dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É inadmissível dizer que os índios não podem ser índios. Assim como qualquer outro indivíduo, eles merecem ter sua diferença reconhecida. A ideia de um processo de ‘aculturação’ como melhor solução para o caso dos indígenas precisa ser superada, tendo em vista que a Constituição vigente adotou o paradigma da interação, que não objetiva anular a cultura indígena, pelo contrário, tem o intuito de reconhecer todos os grupos do social, cada qual com seus traços étnicos e culturais. O Código Civil vigente não declara os índios como incapazes, apenas manifesta que a capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Os povos indígenas têm o direito originário⁷ sobre as terras, tradicionalmente ocupadas, assegurado pela Constituição Federal. Souza Filho (1998) contempla que a ocupação tradicional, definida na Constituição, re-

⁷ Fala-se em direito originário, pois se entende que o direito dos índios sobre suas terras é anterior ao próprio direito estatal.

fere-se às terras habitadas pela comunidade em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, e também das necessárias à sua reprodução física e cultural, de acordo com seus usos, costumes e tradições. É nítida a importância de uma zona territorial para o exercício da cultura de cada tribo indígena, que se evidencia pelo direito de ter sua própria terra, ou melhor, o seu espaço cultural. Observa-se ainda que no ordenamento jurídico pátrio as terras indígenas são de propriedade da União, com posse reservada permanentemente aos índios, que são destinatários exclusivos desse usufruto.

A legislação brasileira, no art. 3º do Estatuto do Índio, define que 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 será considerado como índio ou silvícola e, todo conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo estarem neles integrados é considerado como comunidades indígenas ou grupos tribais. O artigo seguinte da referida lei ainda classifica os índios como isolados, em vias de integração e integrados, uma divisão claramente paternalista e muito questionada no que diz respeito a sua constitucionalidade.

O Estatuto do Índio também trata das terras indígenas, no que foi recepcionado pela Constituição de 1988, já que o diploma indígena é de 1973. No art. 17 o Estatuto define as terras indígenas como aquelas áreas habitadas ou ocupadas pelos silvícolas e, ainda, o art. 18 atesta que tais terras não podem ser objeto de arrendamento ou de qualquer outro negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse indígena. O art. 20, no seu § 3º, trata da remoção do grupo tribal das terras que ocupa, atitude essa que só poderá ocorrer quando for impossível ou totalmente desaconselhável a permanência do grupo na área ocupada. A Fundação Nacional do Índio (FUNAI) é o órgão federal de assistência e defesa dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas, tanto judicialmente como extrajudicialmente. A FUNAI é o organismo indigenista oficial, vinculada ao Ministério da Justiça, que protege e promove os direitos indígenas no Brasil.

Manifestamente a Constituição de 1988 absorveu muitos direitos e garantias previstos no Estatuto do Índio, dando um status constitucional a tal questão. A Carta brasileira ampliou os direitos indígenas, reconhecendo de maneira expressa a legitimidade para os índios e suas comunidades in-

gressarem em juízo na defesa de seus direitos, devendo o Ministério Público intervir em todos os atos processuais. A Constituição também reconhece a organização social dos índios em seu art. 231, bem como seus costumes, tradições, crenças e línguas. Nesse sentido, pode-se afirmar que o pluralismo jurídico é aceito no Brasil, tendo em vista que as organizações normativas indígenas, estabelecidas em cada tribo ou comunidade, são válidas e respaldadas pela própria ordem constitucional. As ordenações indigenistas têm a função primordial de organizar a vida em comunidade, possuindo legitimidade para resolver os conflitos que envolvam apenas os integrantes da tribo. De acordo com Souza Filho, “é incontestável que os grandes povos indígenas do Brasil mantêm uma jurisdição própria, como sistema de julgamento e decisão segundo regras conhecidas e respeitadas pelo grupo” (1998, p. 160).

Cada comunidade indígena ou grupo tribal estatui seu próprio sistema normativo que define normas de conduta, princípios e valores comunitários, a organização interna da comunidade, as relações familiares, as relações de trabalho, o uso dos recursos naturais disponíveis, deliberações grupais, crenças, tradições e rituais, instituições, cargos e funções tribais, exercício do poder, sanções devidas à condutas reprovadas, solução de conflitos e determinados casos que poderão ser submetidos ao aparato estatal. Luiz Fernando Villares constata que o reconhecimento dos sistemas jurídicos indigenistas e suas autoridades não é uma concessão do direito estatal, mas “trata-se do reconhecimento pelo Estado de que o desenvolvimento da sociedade inclui os povos indígenas, respeitadas as suas peculiaridades. O Estado é construído em bases mais sólidas se todas as culturas que o compõe se desenvolvem igualmente” (2009, p. 23). É preciso considerar que muitas condutas reprovadas pela sociedade nacional dominante, por exemplo, determinadas ações ou omissões previstas no Código Penal como crimes podem ser condutas totalmente aceitas dentro de uma tribo indígena e ainda, as sanções previstas nas diferentes ordenações tribais também variam significativamente, podendo ir de uma simples reprovação moral ao banimento comunitário.

As normas reunidas ou sistematizadas das mais diversas comunidades etnias indígenas são sistemas jurídicos, o que não os rebaixa, pois na maioria das vezes são mais legítimos (pela coesão da coletividade que os utiliza), abrangentes, eficazes e efetivos. As normas são aplicadas pelos próprios membros da comunidade, sem a especialização do direito, sem os tribunais, sem o aparato estatal [...] (VILLARES, 2009, p. 23).

Márcio Andrade Torres verifica a necessidade do reconhecimento indígena dentro de um país democrático, contemplando que “uma verdadeira política de reconhecimento impõe a aceitação da autonomia e validade a um direito penal indígena, apto a resolver as lides penais que envolvam os membros da comunidade indígena, de acordo com seus princípios e procedimentos” (2015, p. 103). O direito brasileiro confere legitimidade aos sistemas jurídicos indígenas, contudo, considera limitado seu alcance para a resolução de certos conflitos, respeitando dessa maneira a autodeterminação dos povos indígenas, suas peculiaridades e sua plena realização cultural, direitos esses assegurados não apenas pelo Estatuto do Índio de 1973, mas também pela Constituição Federal. Como regra geral, os sistemas normativos indígenas devem ser aplicados nas relações entre índios e sua comunidade, devendo o direito comum ser acionado nas demais relações para com a sociedade brasileira. Um grande desafio ao direito brasileiro é saber em quais casos o direito estatal deve ser aplicado, e de que maneira, às tribos indígenas.

Cabe salientar a competência da Justiça Federal, art. 109, XI da Constituição Federal, para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, ou seja, qualquer caso que englobar os direitos coletivos indígenas elencados no art. 231 da Constituição, será de alçada da Justiça Federal. Tal competência não abrange delitos isolados praticados sem nenhum envolvimento da comunidade indígena, desse modo, cabe à Justiça Estadual processar e julgar os crimes comuns praticados por índios, mesmo aqueles consumados dentro da tribo, ou aqueles crimes onde o índio é vítima, pois, nesses casos, não estão envolvidos direitos coletivos indígenas, mas direitos individuais. Nesse sentido, firmando o entendimento, foi editada a súmula 140 do Superior Tribunal de Justiça, que certifica que cabe à Justiça Comum Estadual processar e julgar o crime de homicídio praticado contra índio por não índio, fora da reserva natural.

Outro problema é que os sistemas normativos indígenas não são conhecidos pelos cientistas, juízes e advogados, são um campo nebuloso para o ordenamento jurídico, o que gera muitas dúvidas no momento de sua observação pelo aparato estatal, motivo que pode produzir graves injustiças. Villares (2009) propõe a aplicação dos sistemas indígenas nas tribos através de um aparato institucional do Estado, no qual as decisões continuariam sendo tomadas por membros da comunidade e o Estado apenas seria um colaborador que visa a melhor resolução do embate. As ordenações normativas indígenas se diferem em alto grau do ordenamento jurídico

co comum. São regradas por um conjunto de valores, geralmente inspirados pelas crenças e tradições, nas quais algumas condutas são incentivadas e outras são reprovadas e proibidas. As sanções previstas pela prática de condutas inapropriadas ao contexto comunitário são firmadas pelos costumes e aplicadas de maneira quase que imediata, decididas por uma reunião da comunidade.

O livre exercício da cultura indígena é um direito, previsto não apenas na legislação nacional, como também em documentos internacionais. O art. 48 do Estatuto do Índio estende aos indígenas o sistema de educação vigente no país, mas assegura que a alfabetização dos índios se dará na língua do grupo a que pertençam e também em português, salvaguardando a língua originária. O artigo 50 do Estatuto é alvo de muitas críticas pois estabelece que a educação dos índios será orientada para a integração na comunhão nacional mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade nacional. O alcance do exercício do direito à cultura é amplo, devendo abranger, inclusive, o uso da língua tradicional no pleito de direitos perante o ordenamento jurídico nacional. Qualquer índio em juízo, seja para prestar depoimento quando comete um crime ou em defesa de algum direito, pode usar sua língua, sendo dever do Estado providenciar tradutores⁸ para garantir o efetivo exercício dos direitos positivados. Sobre o tema, Villares observa que uma atenção especial foi direcionada aos índios na nova ordem constitucional, pois o

ordenamento passa, então a reconhecer os povos indígenas enquanto tais, dotados de culturas, organizações sociais, línguas, religiões, modos de vida, visões de mundo peculiares a cada grupo ou povo. Abandona-se definitivamente o conceito, inclusive jurídico, de que índios são seres humanos com uma cultura inferior primitiva, de que a aproximação com a sociedade ocidental brasileira condena-os à civilização ocidental e à conseqüente perda de sua identidade indígena (2009, p. 20).

O respeito à diversidade é uma das bases de um Estado Democrático, como bem observa Bernardo Gonçalves Fernandes (2013), a democracia atual não se confirma apenas pela possibilidade de escolha dos representantes políticos, mas precisa incluir uma ordenação que seja capaz de sustentar a superioridade e a supremacia constitucional, a existência de direitos fundamentais e um sistema de garantias jurídicas e processuais. A regra absoluta

⁸ Na maioria dos casos os tradutores convocados pelo Estado são índios que falam a língua portuguesa.

da maioria dentro das democracias substanciais passa por uma releitura, já que a vontade de uma maioria não pode justificar a privação aos direitos dos grupos minoritários, sob esse aspecto, a verdadeira decisão democrática precisa ouvir, respeitar e articular as reclamações de todos os grupos do social, considerando as diferenças identitárias, bem como todas as peculiaridades das diversas culturas, etnias e classes existentes no território.

4 REDE INTERNACIONAL E REGIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS

Os direitos humanos consagram e protegem direitos e liberdades básicas a todos os seres humanos, sem distinções raciais, econômicas, sociais ou culturais, são inerentes ao homem pelo fato de sua humanidade. Os direitos humanos são uma conquista histórica e, apenas a partir da Revolução Francesa é que o homem passa a ser considerado como um sujeito de direitos e não mais apenas de deveres para com sua comunidade. José Afonso da Silva cogita que “o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da humanidade importa na conquista de novos direitos” (2005, p. 149).

Apesar de alguns autores considerarem como sinônimos, é necessário reparar a diferença entre os termos ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’. Os direitos humanos são uma categoria jusnaturalista-universalista, ou seja, são de cunho universal, e encontram-se positivados em declarações, tratados e convenções internacionais ou regionais. Em contrapartida, os direitos fundamentais estão localizados em uma dimensão constitucional, são assegurados no âmbito constitucional de cada país, são internalizados nos ordenamentos jurídicos nacionais, logo passam por um processo de constitucionalização. Somente após o término da Segunda Guerra Mundial é que os direitos humanos passam a ser garantidos de uma maneira contundente na esfera internacional. O documento de maior expressão até os dias atuais é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a dignidade inerente a todo ser humano, certificando, já em seu primeiro artigo, que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. A Carta veda qualquer

forma de discriminação, assegurando que todos os seres humanos podem conjurar os direitos e liberdades positivados na declaração sem que sejam marginalizados. Essa importante declaração abriu precedente para outras diversas cartas de proteção aos direitos humanos, seja no âmbito internacional ou regional, seja de forma genérica ou de forma específica. O pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, que foi aderido no Brasil apenas em 1992, é um documento genérico que dá autonomia para que todos os povos desenvolvam de forma adequada sua cultura. O pacto viabiliza a todos os povos o direito à autodeterminação, no qual cada povo pode livremente determinar seu estatuto político, econômico, social e cultural, podendo livremente dispor de suas riquezas e recursos naturais para o alcance de seus objetivos.

O art. 27 do Pacto dos Direitos Civis é de relevante importância para os povos indígenas, pois prescreve que todos os Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas integrantes dessas minorias não podem ser privadas do direito de ter sua vida cultural, de professar e praticar sua religião e de falar suas línguas. Contudo, é com a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho de 1957, que os índios foram relacionados pela primeira vez, de forma expressa, ao sistema especial de proteção internacional, devido a investigações de submissão dos povos nativos a trabalhos forçados. Tal convenção, que visa proteger indígenas e populações tribais, é um dos principais documentos internacionais voltado para a proteção dos índios. Ela tratou também da questão da responsabilidade penal do índio, levando em conta seu conhecimento e desenvolvimento cultural, além de tentar erradicar qualquer forma de discriminação contra as populações tribais. Conquanto, essa convenção foi muito criticada por ter uma visão extremamente integracionista e paternalista no tratamento indígena. Enio Cordeiro contempla que “a questão indígena, enquanto expressão do reconhecimento de direitos coletivos de populações culturalmente diferenciadas, ‘ressurge’ no plano internacional poucas décadas atrás, pela via da elaboração normativa em torno da temática dos direitos humanos” (1999, p. 109).

A Convenção 169 de 1989, também da Organização Internacional do trabalho, foi ratificada pelo Brasil em 2004, é uma revisão à Convenção 107 da OIT, que igualmente trata dos povos indígenas e tribais. A convenção confere aos Estados a responsabilidade de desenvolver, conjuntamente com os povos interessados, ações coordenadas e sistemáticas para proteger os direitos dos indígenas e tribais, bem como para respeitar sua integridade. O

documento preconiza que todos esses povos desfrutarão plenamente dos direitos humanos e das liberdades fundamentais sem que sofram com impedimentos e discriminações, além de salvaguardar o reconhecimento dos valores das práticas sociais, culturais e religiosas de tais grupos. A convenção confirma o direito à diferença, pois o artigo 8º assegura que na aplicação da legislação nacional aos povos indígenas e tribais devem ser consideradas, além de suas leis consuetudinárias, todas as práticas que não contrariem os direitos humanos. Ademais, na imposição de sanções penais previstas na legislação geral aos integrantes desses povos deverá ser dada prioridade a outros métodos de punição que não o encarceramento.

Os povos indígenas são parte importante da multiplicidade cultural e comportamental que forma o Brasil, ainda assim, sua cultura, suas práticas e tradições sofrem com fortes intimidações e coibições oriundas da cultura nacional dominante. Como alternativa de resguardo dos direitos e também da cultura indígena, importantes diplomas específicos internacionais e nacionais foram criados para que os índios possam interagir com toda sociedade, sem que renunciem a sua cultura. Doglas Cesar Lucas destaca que “numa sociedade multicultural, permeada por diferentes identidades, os direitos humanos devem ser o referencial comum para um diálogo intercultural, capaz de aproximar as diferenças e reconhecê-las em sua perspectiva histórica” (2010, p. 244).

Apenas em 2007, a ONU aprova a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, documento de substancial relevância ao contexto mundial. O conteúdo do diploma é bastante próspero e habilitado para atender as principais demandas indígenas atuais. São 46 artigos que reconhecem o direito à diferença indígena, que levam em consideração as injustiças sofridas historicamente por esses povos e visam erradicar com qualquer tipo de doutrina que pregue a superioridade entre culturas, povos, etnias ou nacionalidades. A declaração reafirma o direito à autodeterminação e ao autogoverno dos povos indígenas, assegura a liberdade para conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, bem como os direitos básicos, como à vida, à integridade física e mental, à paz e à segurança.

O art. 8º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas merece destaque, pois confere aos índios o direito de não sofrer nenhum tipo de assimilação forçada ou de destruição de sua cultura. O art. 10 ampara o direito à propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, vedando traslados sem consentimento e sem acordo pré-

vio de uma indenização equitativa. O documento também ratifica o direito de que a dignidade e a diversidade de suas culturas, tradições, histórias e aspirações sejam refletidas na educação e nos meios de informação públicos. É assegurado aos índios o direito de participar de escolhas e decisões que os afetem, seja de forma direta ou indireta, por meio de representantes eleitos de acordo com seus procedimentos tribais. O diploma ressalva uma particular atenção que deve ser dedicada aos idosos, mulheres, jovens, crianças e portadores de necessidades especiais indígenas, para que esses desfrutem de maneira plena, sem sofrer com nenhum tipo de violência e discriminação, os direitos e liberdades consagradas na declaração.

Esse entrelaçado de proteção aos direitos humanos indígenas é imprescindível, tendo em vista que os índios foram historicamente excluídos do contrato social e, dessa forma, perderam em certa medida a legitimidade para pleitear a proteção de seus direitos. Todas essas normas protetoras visam consolidar a identidade indígena e proteger a cultura desses povos, para que todos possam participar, de forma paritária, das deliberações e dos debates públicos, sem que sejam excluídos ou discriminados. Ensina Luiz Fernando Villares que, “os direitos humanos traduzem as necessidades vitais elementares dos homens e as estruturas de uma sociedade, um mínimo sem o qual a convivência seria insustentável” (2009, p. 41).

5 (IN)IMPUTABILIDADE PENAL INDÍGENA?

Para a investigação da situação jurídico-penal do indígena no Brasil, é preciso esgotar todos os conceitos e pré-conceitos edificados historicamente por sistemas de dominação patriarcais e excludentes. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que consolidou o Estado Democrático de Direito, é uma carta que certifica a multiculturalidade da sociedade brasileira. Além de assegurar a preservação e a afirmação das múltiplas culturas existentes dentro de seu território, a Magna Carta brasileira assegura o direito à diferença, destinando-se a erradicar com todas as formas de discriminação para assim consolidar uma república solidária e inclusiva. Um dos temas mais controversos e, paradoxalmente, pouco discutido dentro do ordenamento jurídico brasileiro é a situação penal do índio. São várias as correntes doutrinárias que tratam do assunto, porém, de forma bastante superficial e com poucos pontos de convergência. Faz-se necessário, para tal análise, tracejar alguns conceitos básicos do direito penal com a finalidade de situar o índio dentro do ordenamento jurídico pátrio.

O crime pode ser conceituado, no sentido material, como uma ação ou omissão lesiva ou potencialmente perigosa, a um bem penalmente protegido, é a violação de um interesse jurídico protegido pelo direito penal. Em seu conceito formal, segundo Damásio Evangelista de Jesus (2011), seguindo a teoria finalista, o crime é um fato típico e antijurídico. É típico porque se encaixa em um tipo penal previsto na legislação e é antijurídico porque, além de ser um ato ilícito, é contrário ao ordenamento jurídico como um todo. Dessa forma, quando alguma ação ou omissão se enquadrar em um tipo penal e for contrária ao ordenamento jurídico, será reputada como crime, em sentido amplo. A partir do momento em que um crime é consumado, surge o dever/poder de o Estado punir a conduta que transgrediu a ordenação jurídica. Contudo, para que a pena seja aplicada, é necessário que sejam avaliados outros dois requisitos que não integram o conceito de crime: a culpabilidade e a punibilidade, ou seja, é preciso examinar se a conduta criminosa praticada, com todas suas peculiaridades, é culpável e punível.

A culpabilidade é a condição para se aplicar a pena, é a possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade por algum fato, isto é, toda pena pressupõe de culpabilidade, todavia, é preciso observar que a culpabilidade, de acordo com a teoria prevalecente, não é elemento do crime. Cezar Roberto Bitencourt (2014) afirma que a culpabilidade se apresenta como fundamento e limite para a imposição de uma pena justa. A culpabilidade é formada por três elementos: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa. Se algum desses três pressupostos fazer-se ausente, não é possível aplicar qualquer sanção penal. No parecer de Fernando Capez (2011), a culpabilidade é a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal e, por isso, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito.

Atribui-se, em Direito Penal, um triplo sentido ao conceito de culpabilidade, que precisa ser liminarmente esclarecido. Em primeiro lugar, a culpabilidade – como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – a capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade –

como elemento da determinação ou mediação da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros fatores, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc. E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade – vista como conceito contrário à responsabilidade objetiva, ou seja, com identificador e delimitador da responsabilidade individual e subjetiva (BITENCOURT, 2014, p. 437).

O primeiro pressuposto da culpabilidade é a imputabilidade. Para Jesus imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa, logo, para o autor, a imputabilidade penal “é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível” (2011, p. 513). O Código Penal brasileiro não conceitua a imputabilidade, mas é possível defini-la, a contrario sensu do art. 26 do diploma. O aludido artigo define que são inimputáveis aqueles indivíduos portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Dessa forma, com base no raciocínio de Jesus (2011), é inimputável aquele que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado não possui, no momento da prática do fato, capacidade de entender o caráter ilícito da conduta ou de se determinar conforme esse entendimento.

Através de uma interpretação inversa do artigo, constata-se que todo o indivíduo com saúde mental completa e desenvolvida, apto para entender a ilicitude do fato e capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento é imputável. Leciona Jesus (2011), em consonância com a teoria da imputabilidade moral, que o homem é um ser inteligente e livre, e, por esse motivo, responsável pelos atos praticados. Desse modo, aqueles que não têm esses atributos são inimputáveis. Agora, se o indivíduo é livre, ou seja, tem plenas condições de escolher entre o bem e o mal, e mesmo assim pratica uma conduta que lesa interesses jurídicos alheios, deve sofrer as consequências pelo seu comportamento.

A partir dessa apreensão, a imputabilidade é entendida como a capacidade de entender e querer, devendo essa se fazer presente no momento da prática da infração, isto é, para que o ato praticado seja culpável o agente deve ser imputável, já que a inimputabilidade é umas das causas de exclusão de culpabilidade. Bitencourt concebe a imputabilidade como a

capacidade ou aptidão para ser culpável, e segue esclarecendo que “estará presente a imputabilidade toda vez que o agente apresentar condições de normalidade e maturidade psíquicas mínimas para que possa ser considerado como um sujeito capaz de ser motivado pelos mandados e proibições normativos (2014, p. 474). Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli ponderam que a imputabilidade possui dois níveis, “um que deve ser considerado como a capacidade de entender a ilicitude, e outro que consiste na capacidade para adequar a conduta a esta compreensão” (2011, p. 540). Nessa perspectiva, Fernando Capez define a imputabilidade como

[...] a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento (2011, p. 331-332).

As causas que excluem a imputabilidade são: a) doença mental; b) desenvolvimento mental incompleto; c) desenvolvimento mental retardado; d) embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. Logicamente que as causas que excluem a imputabilidade tornam o sujeito inimputável. A doença mental pode ser compreendida, de acordo com Capez (2011), como qualquer perturbação mental ou psíquica que seja capaz de eliminar ou afetar a capacidade de compreender a ilicitude do ato, ou que impeça o indivíduo de se portar de acordo com esse entendimento, abrangendo psicoses, neuroses, esquizofrenia, paranoias, psicopatia, epilepsias, bem como a dependência patológica de substâncias psicotrópicas. O desenvolvimento mental incompleto pode ser entendido como aquele que ainda não se conclui, e o desenvolvimento mental retardado é aquele incompatível com o estágio de vida da pessoa, um desenvolvimento mental abaixo do normal para determinada idade cronológica. A embriaguez acidental também pode excluir a imputabilidade do agente quando decorrer de caso fortuito, ou seja, um episódio ocasional ou raro, ou por força maior, que deriva de uma força externa do agente. Logo, todo aquele inimputável por algumas das razões citadas acima, não poderá sofrer sanção penal, uma vez que se faz ausente um dos pressupostos da culpabilidade, que é a imputabilidade.

O segundo elemento da culpabilidade é a potencial consciência da ilicitude que nada mais é do que a possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato. Em conformidade com Capez (2011), o que interessa é investigar se o indivíduo, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de saber que fazia algo errado ou injusto, de acordo com o meio social a qual pertence, com seus costumes e tradições, com sua formação cultural e inúmeros outros fatores. A potencial consciência da ilicitude só poderá ser afastada quando, além de não conhecer o caráter ilícito do ato, o sujeito não tiver nenhuma possibilidade de conhecê-lo.

“Para que uma ação contrária ao Direito possa ser reprovada ao autor, será necessário que conheça ou possa conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude” (BITENCOURT, 2014, p. 457). A possibilidade do conhecimento do injusto, não afasta o dolo da conduta, apenas afasta a culpabilidade no caso de erro de proibição invencível, ou diminui a culpabilidade quando o erro de proibição for superável. Averiguar a potencial consciência da ilicitude consiste em examinar se, com o somatório de informações adquiridas pelo agente ao longo da vida, havia a real possibilidade de compreender a reprovabilidade e a ilicitude do ato praticado. Tal averiguação sempre leva em consideração a cultura, os costumes e os hábitos do meio social em que o indivíduo vive.

O terceiro e último requisito da culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa, isto é, somente haverá culpabilidade quando o sujeito, podendo e devendo agir em conformidade com o ordenamento jurídico, comporta-se de maneira contrária, concretizando um crime. André Estafem assevera que “se, por outro lado, verificar-se que as condições exteriores não lhe davam outra saída senão agir daquela maneira, seu ato não poderá ser tido como censurável. A ausência da censurabilidade acarreta a falta de culpabilidade, e, desta forma, isenta-o de pena” (2012, p. 298). Destarte que, sempre que não era exigível comportamento diverso, será excluída a culpabilidade.

Não é suficiente que o sujeito seja imputável e tenha cometido o fato com possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito para que surja a reprovação social (culpabilidade). Além dos dois primeiros elementos, exige-se que nas circunstâncias do fato tivesse possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. A conduta só é reprovável quando, podendo o sujeito realizar comportamento diverso, de acordo com a ordem jurídica, realiza outro, proibido (JESUS, 2011, p. 523).

Cada um dos elementos da culpabilidade analisa um aspecto particular do sujeito e/ou da conduta do sujeito. A imputabilidade analisa a saúde da mente do agente, bem como o seu desenvolvimento mental e sua capacidade de se portar de acordo com esse entendimento. Já, a potencial consciência da ilicitude analisa a possibilidade de o agente entender o caráter ilícito e injusto do ato que praticou. O último pressuposto da culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa, no qual o sujeito somente será culpável se agir de maneira diferente, quando podia e deveria ter agido de acordo com o ordenamento jurídico. Se alguns dos três requisitos se fizerem ausente, extingue-se a culpabilidade.

Por conseguinte, as causas que excluem a culpabilidade são: a) inimputabilidade – seja por menoridade (artigo 27 C.P.), por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, *caput* C.P.) ou por embriaguez completa acidental (art. 28, § 1º C.P.); b) erro de proibição (art. 21, *caput* C.P.); c) coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte); d) obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte). A doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade e a embriaguez fortuita excluem a imputabilidade. O erro de proibição exclui a potencial consciência da anti-juridicidade, da ilicitude. A coação moral irresistível e a obediência hierárquica e outras causas supraleais podem excluir a exigibilidade de conduta diversa. A culpabilidade não se confunde com a punibilidade, tendo em vista que essa última se refere a uma consequência jurídica. A punibilidade, conforme Capez (2011, p. 198), nada mais é do que a aplicação da sanção, ou melhor, a possibilidade jurídica de ser imposta uma sanção penal.

Cumprido destacar que nossa legislação pátria, em momento algum, menciona de forma expressa o índio como inimputável, pelo contrário, a lei 6.001/1973, o Estatuto de Índio, prevê em seu art. 56 que no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deve ser atenuada e o juiz deve atentar para o grau de integração do indígena. O parágrafo único desse mesmo artigo ainda assegura que as penas de reclusão e detenção deverão, preferencialmente, ser cumpridas no regime de semiliberdade, no órgão de proteção indígena mais próximo da habitação do condenado. Logo, diante da análise dos dispositivos legais, demonstra-se equivocada afirmar que o índio é inimputável. Entretanto, muitos penalistas renomados defendem o argumento de que os índios podem ser considerados inimputáveis por terem o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, se consubstanciando no art. 26 do Código Penal.

A situação penal do índio pode ser avaliada a partir de dois paradigmas distintos. O primeiro caso remete-se às organizações normativas indi-

genistas, regulamentos essencialmente consuetudinários que estabelecem normas e sanções que vinculam a todos integrantes da tribo. Tais ordenações tribais estão limitadas a impor sanções que não sejam contrárias aos direitos humanos, sendo expressamente vedada a pena de morte. À vista disso, todas as controvérsias que envolvam apenas os habitantes da tribo serão resolvidas pelo próprio direito consuetudinário silvícola, devendo, nesses casos, ser afastado o direito estatal. No entanto, as normas vigentes na tribo podem expressamente declarar os casos em que a jurisdição estatal poderá ser invocada.

Os arranjos indigenistas são aceitos pelo ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que os tribunais pátrios sustentam o entendimento de que se um indígena for punido por sua tribo, ele não pode mais ser punido pelo direito estatal em virtude do mesmo fato, uma vez que o princípio do non bis in idem veda a dupla punição, firmando-se assim outra circunstância em que o direito consuetudinário indígena triunfa sobre o direito estatal. Nesse sentido, uma decisão que ficou conhecida em todo Brasil foi a do caso Basílio, a Ação Penal nº 92.0001334-1, que tramitou na Justiça Federal de Roraima. Em 1986 o indígena Basílio Alves Salomão foi julgado pelo homicídio de outro indígena. A sessão do Júri Federal ocorreu no ano de 2000, quase quatorze anos após o cometimento do crime. O acusado declarou que já tinha sido punido por sua tribo e que as penas impostas foram cavar a cova e enterrar a vítima, além do afastamento por tempo indeterminado da comunidade.

Em plenário houve a oitava de uma antropóloga, a qual assegurou que na tradição Macuxi, o índio que comete um crime é submetido a um conselho que analisa a gravidade do caso e aplica a pena que entender adequada de acordo com a conduta. A maior pena para um índio dessa comunidade é ser banido da tribo, pois no entendimento do conselho a aplicação dessa pena implica na perda da convivência tribal. O membro do Ministério Público Federal requereu que o réu fosse absolvido, com a justificativa de que o acusado já havia sido punido com a pena máxima, aplicada por sua comunidade. Os sete jurados do Tribunal do Júri, foram questionados se as sanções tribais aplicadas eram suficientes para isentar o índio do julgamento perante o Estado. O réu indígena foi absolvido por unanimidade pelo júri que acolheu uma causa suprallegal de exclusão de culpabilidade.

O segundo paradigma vincula os indígenas ao direito estatal, tendo em vista que os índios são atingidos pelo direito penal por vias transversas, ou seja, somente serão submetidos à legislação penal quando suas condutas afrontarem outras comunidades indígenas ou quando lesarem membros

da sociedade não índia. Basicamente, pode-se encontrar na doutrina brasileira duas principais correntes que avaliam a situação jurídico-penal do índio de forma diversa. A primeira corrente doutrinária apoia a eventual exclusão da culpabilidade do índio pela inimputabilidade por motivo de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. O penalista Capez (2011) insere os indígenas no rol dos indivíduos com o desenvolvimento mental incompleto, afirmando que a falta de convivência com a sociedade ocasiona a imaturidade mental e emocional, mas com o incremento das relações sociais, com a integração dos índios à cultura dominante, o pleno desenvolvimento mental pode ser alcançado. No mesmo sentido, Damásio de Jesus (2011) atribui a condição de inimputável aos índios com a polêmica afirmação de que o desenvolvimento mental desses povos é incompleto, indicando os que os indígenas ainda não concluíram o processo de desenvolvimento mental, no entanto, Jesus admite que essa questão é controversa. Cezar Bitencourt (2014) defende tese semelhante, afirmando que o art. 26 do Código Penal pode abarcar os silvícolas inadaptados, que por motivo de sua situação peculiar, podem sofrer os mesmos efeitos psicológicos que são produzidos pelo desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Bitencourt (2014) segue defendendo que é preciso averiguar se os índios passaram pelo processo de aculturação, destacando que a situação dos indígenas não tem natureza patológica, mas decorre da ausência de adaptação à vida social. Logo, em conformidade com esse raciocínio, se o indígena não passou por esse suposto processo de ‘aculturação’ ele poderá ter a culpabilidade excluída em razão do estado de seu desenvolvimento cognitivo. Todos os autores partidários a essa divisão doutrinária excluem a culpabilidade do indígena pela inimputabilidade, ou seja, sob a alegação de um suposto desenvolvimento mental incompleto ou retardado, derivado da falta de integração com a cultura nacional dominante, e, por essa razão não são capazes de portar-se como um não índio. Guilherme Madi Rezende manifesta que “há autores estrangeiros, no entanto, que sustentam a inimputabilidade do índio não em razão de seu desenvolvimento mental incompleto, mas sim, em razão de uma suposta inferioridade social, econômica e educacional que, em regra, o atinge” (2009, p. 51).

A segunda corrente doutrinária reprovava a tese da inimputabilidade indígena, pois considera o índio desenvolvimento mentalmente de maneira completa, e sustenta a tese da eventual exclusão da culpabilidade, seja pela falta da potencial consciência da ilicitude, seja pela inexigibilidade de conduta diversa, como adequada ao tratamento jurídico-penal dos índios. Indubitavelmente que os índios necessitam de um tratamento penal especial que

seja capaz de conservar os traços de seu povo, posto que toda manifestação cultural deve ser preservada e não exterminada. Entretanto, na visão dos autores, essa diferença cultural não se aproxima, de modo nenhum, a uma patologia e nem a um problema de desenvolvimento mental, muito pelo contrário, faz parte da diversidade que compõe nosso país. De acordo com a segunda corrente doutrinária, se manifesta mais congruente, ao contrário de excluir a culpabilidade do indígena ao abrigo do argumento da inimputabilidade por seu estado mental, optar pela excludente da potencial consciência da ilicitude, dado que em razão de sua cultura, suas tradições e suas práticas, o indígena pode não conseguir compreender o caráter ilícito do ato que praticou ou pode não ser capaz de portar-se de acordo com tal entendimento, e não por ter o desenvolvimento mental retardado ou inconcluso.

As ações praticadas por indígenas devem ser questionadas frente ao condicionamento cultural que o impossibilita de compreender a norma penal e seu alcance. Ou seja, uma conduta que é penalmente reprovada, através da figura do crime e de sua punição, pode ser interiorizada na cultura indígena como ato obrigatório ou mesmos um ato lícito, que reside na esfera da liberdade individual, ou mesmo um ato moralmente tolerado. O Brasil é um país riquíssimo de exemplos de costumes indígenas que são, numa análise rasa, repudiados pelo Direito Penal, mas protegidos pela Constituição, logo, devem ser internalizados em todos os ramos do direito (VILLARES, 2009, p. 300).

Faz-se necessário contemplar que “o indivíduo que tenha sido educado numa cultura diferente e tenha internalizado as regras de conduta desta cultura diferente tem dificuldade de internalizar a regra de conduta dada pela norma. Assim, mesmo conhecendo a ilicitude do fato, o indivíduo tem dificuldades de se portar de acordo com a norma” (REZENDE, 2009, p. 53). A doutrina faz referência ao erro de proibição, que exclui a potencial consciência da ilicitude, o que não se confunde com o desconhecimento da lei, já que o artigo 21, parágrafo único do Código Penal expressa que o desconhecimento da lei é inescusável, ou seja, ninguém pode alegar que desconhece a lei. “O erro de proibição de modo algum pertence à tipicidade, e nem com ela se vincula, sendo um puro problema de culpabilidade. Chama-se erro de proibição àquele que recai sobre a compreensão da antijuridicidade da conduta” (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2011, p. 551).

Vimos que a potencial consciência da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade. Além de o sujeito ser imputável, é preciso que no momento da prática do fato tenha possibi-

lidade de verificação de que o comportamento contraria o ordenamento jurídico (art. 21, parágrafo único). Se o sujeito não tem possibilidade de saber que o fato é proibido, sendo inevitável o desconhecimento da proibição, a culpabilidade fica afastada. Surge o erro de proibição: erro que incide sobre a ilicitude do fato (JESUS, 2011, p. 532).

O erro de proibição pode ser escusável ou inescusável. Será escusável, ou seja, inevitável, aquele erro que qualquer pessoa prudente e com discernimento poderia cometer. Sobre a questão Jesus destaca que o erro será inevitável quando o “[...] sujeito atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando não lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esse conhecimento” (2011, p. 533). Em contrapartida, haverá erro de proibição inescusável, ou melhor, evitável, quando o sujeito incidir no erro por leviandade, por imprudência, desatenção etc. De acordo com o artigo 21 do Código Penal, “[...] considera-se evitável o erro se o sujeito atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esse conhecimento” (JESUS, 2011, p. 533). No caso de erro de proibição escusável a culpabilidade é excluída e, consequentemente, o indivíduo será absolvido. Se o erro for inescusável a culpabilidade poderá ser atenuada e a pena diminuída de 1/3 a 1/6.

Assim, para que haja culpabilidade é imprescindível que haja potencial consciência da ilicitude, já que esta é elemento daquela. O erro de proibição atua sobre a culpabilidade, incidindo exatamente nesse seu elemento: potencial consciência da ilicitude, podendo, ao afastá-la, isentar de pena, por ausente a culpabilidade, o agente que pratica um fato típico e antijurídico. O erro de proibição pode ser direto ou indireto. Será direto, quando o erro recair sobre o conhecimento da norma proibitiva; e indireto, quando recair sobre a permissão da conduta (REZENDE, 2009, p. 81).

O Estatuto do Índio, em seu art. 4º, faz uma separação entre os índios isolados, em vias de integração e integrados. Embasados no artigo citado, muitos autores e tribunais adotam o entendimento da primeira corrente doutrinária, patrocinando que os índios isolados são inimputáveis, aqueles em via de integração são semi-imputáveis (podem ter a culpabilidade atenuada), e os integrados são imputáveis. Discute-se muito se tal dispositivo foi ou não recepcionado pela Constituição de 1988, já que em momento algum a Constituição classifica os indígenas sob esse viés. Nada obstante, essa classificação não pode, em momento algum, substituir o exame antropológico para a condenação do indígena.

Qualquer índio que infringir uma norma penal estatal fora de sua comunidade ou que atinja alguém não pertencente a sua comunidade, precisa, necessariamente, passar por um exame antropológico para averiguar se a conduta que praticou era condizente com seus traços culturais internalizados e não para averiguar sua condição psicológica ou mental. No entendimento de Bruno Cezar Luz Pontes “o que interessa é seu padrão cultural, seu nível de adequação à nossa cultura e a sua aceitação e compreensão interna dos nossos padrões éticos materiais e de proporcionalidade das penas” (2010, p. 190). Contudo, através de pesquisas jurisprudenciais é possível verificar que o exame antropológico é frequentemente dispensado pelos magistrados, sob o argumento de que o índio acusado é completamente integrado. “O julgador não pode, por mais que desconheça a índole constitucional, aplicar a lei ao acusado com traços étnicos indígenas como aplicaria a outra pessoa, se realmente existem aqueles traços étnicos” (PONTES, 2010, p. 171).

Todavia, atualmente evidencia-se uma mudança de posição, ainda muito tímida, nos tribunais brasileiros. A título exemplar, é relevante citar uma decisão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, em resposta à apelação criminal nº 135015/2013, na qual a jurisdição de primeiro grau tinha dispensado o exame antropológico, alegando que haviam provas suficientes da integração do indígena, condenando o réu a 12 anos de reclusão pela prática de homicídio qualificado. No acordão os magistrados destacam a importância do exame antropológico para que o juiz possa decidir com segurança. A decisão do Tribunal do Estado do Mato Grosso anulou o processo em que o índio foi submetido em primeira instância, determinado ainda que a perícia antropológica deve ser realizada.

Muito embora exista delito que o silvícola pode entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender, e, em tal caso, não existe outra solução que não a de respeitar a sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões de tipo etnocentrista, que escondem, ou exibem, a pretendida superioridade de nossa civilização industrial, para destruir todas as relações culturais a ela alheias. As disposições da Lei 6.001, de 19.12.1973 (Estatuto do Índio), que mostra uma aparente atitude de benevolência para com o indígena, fazem uma constante referência a sua "integração", esquecendo-se que o silvícola está integrado, só que está integrado na sua cultura, acerca da qual nós estamos tão desintegrados como ele da nossa (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 559).

Os doutrinadores adeptos à tese da exclusão da culpabilidade por falta da potencial consciência da ilicitude ou por inexistência de conduta diversa advertem que, de modo nenhum, principalmente em um Estado Democrático, pode-se amparar a temática de que o índio seja inimputável pelo simples fato de ser integrante de uma cultura diferente. Os indígenas podem ou não ser inimputáveis, mas pelas mesmas razões de qualquer outra pessoa não índia. Sobre esse tema, Janaína Conceição Paschoal explica que “ter costumes, crenças, hábitos próprios não implica desenvolvimento mental incompleto, ou retardado. O desenvolvimento mental do índio, independentemente de seu estágio de integração à sociedade ‘branca’, é completo” (2010, p. 84). A eventual inculpabilidade do índio deve consistir na investigação da internalização dos valores protegidos pela norma penal violada, bem como a intenção de ferir a ordenação jurídica e o entendimento da ilicitude. Para isso, de acordo com Paschoal (2010), o laudo antropológico precisa avaliar as diferenças culturais e os valores cultivados por determinados povos indígenas e sua equivalência com os valores tutelados pela sociedade dominante.

Outro problema que se coloca perante a classificação do artigo 4º do Estatuto do Índio é se aqueles índios presumidamente integrados à sociedade dominante podem internalizar completamente os preceitos e os paradigmas da cultura não índia, sem que sua cultura primária tenha influência em seus atos e escolhas. É possível encontrar índios totalmente inteirados à sociedade, mas que, mesmo assim, mantêm fortes laços espirituais com sua comunidade originária. Pontes (2010) observa que é muito difícil que um índio esteja completamente integrado ao plano social dominante, e adverte que é preciso ter cuidado para que, diante de uma aparente ‘completa’ integração, o juiz acabe por levar em consideração, para a classificação do índio, somente os dados externos, como a existência de um título eleitoral, desprezando totalmente os dados internos, que é a consciência do índio perante a comunidade branca e ao ilícito praticado.

Os autores que criticam o critério da inimputabilidade para o tratamento jurídico penal do índio, apontam como solução viável o critério do erro, em especial, do erro de proibição. O erro de proibição, assim como a inimputabilidade, atua sobre a culpabilidade, já que tanto a imputabilidade como a potencial consciência da ilicitude são elementos da culpabilidade. Posto que são seus elementos, são diferentes entre si, tanto na essência, quanto nas consequências (REZENDE, 2009, p. 79).

A substancial diferença entre a inimputabilidade e as demais causas de exclusão da culpabilidade, consoante com Rezende (2009), reside em que o inimputável é psicologicamente incapaz, seja por alguma doença mental ou pelo desenvolvimento incompleto ou retardado da mente, enquanto que o inculpável é completamente capaz, porém, determinada conduta praticada não pode ser reprovada e, conseqüentemente culpável, por motivo de erro ou por não ser exigida outra atitude em dada circunstância. Além disso, a consequência das exculpantes aceitas no ordenamento jurídico brasileiro também são completamente distintas, uma vez que o efeito da inimputabilidade é a absolvição conjuntamente com a aplicação de uma medida de segurança, e a consequência da inculpabilidade pelo erro de proibição é apenas a absolvição do agente, se for escusável, e atenuação da culpabilidade, se for inescusável. Zaffaroni e Pierangeli (2011) inovam com o instituto do erro culturalmente condicionado, analisando o erro sobre o conhecimento da ilicitude e o erro sobre a compreensão da ilicitude. Os autores afirmam que o conhecimento é mais abrangente que a compreensão, sendo o primeiro pressuposto do segundo.

No erro culturalmente condicionado o agente pode conhecer a norma, contudo, pode não compreendê-la. Se a não compreensão da antijuricidade ocorrer em razão de um condicionamento cultural, estamos diante de um erro culturalmente condicionado, pois é a cultura diversa do agente que impede a compreensão dos valores protegidos pela norma. Guilherme Madi Rezende salienta que o erro de compreensão culturalmente condicionado também pode apresentar-se na situação em que o agente, mesmo conhecendo a ilicitude do fato, não é capaz de compreendê-lo, “por não internalizar os valores contidos na norma que o rege. E, não internaliza estes valores porque desconhecidos ou incompatíveis com aqueles que pertencem à sua cultura” (2009, p. 84).

No entendimento de Santos Filho, “não importa se o índio mantém contato perene ou esporádico com membros da cultura preponderante, é necessário apenas aferir se o índio possuía ao tempo do fato, de acordo com a sua cultura e seus costumes, condições de entender o caráter ilícito previsto da lei posta pelos não-índios” (2006, s.p.). Nessa conjuntura, Márcio Andrade Torres (2015) se posiciona contrariamente à tese que sustenta a incapacidade ou a imaturidade indígena por distúrbios mentais. O que o índio tem é uma cultura diferenciada que abriga no seu ordenamento costumeiro regras de convivência sobre parentesco, trabalho, poder de decisão, representatividade. Esses povos são totalmente capazes de identificar

os conceitos do bem e do mal de acordo com a maneira de relacionar-se com a natureza e com seus semelhantes.

Rezende (2009) sustenta outra possível tese que poderia ser mais adequada do que o próprio erro de proibição para o caso dos indígenas. O autor parte da premissa de que se o erro é a falsa suposição de algo, não pode ser o erro de proibição a justificativa para a exclusão da culpabilidade dos povos indígenas, visto que não há nada de errado na conduta de um indivíduo que age de acordo com os valores internalizados por sua cultura, desde sua infância, e que são completamente aceitos dentro do meio social em que vive. Em conformidade com essa análise, o índio não atua por erro, mas atua segundo pressupostos e postulados de sua cultura, que acolhem diferentes padrões e valores, que não são formas errôneas de perceber o mundo, e sim o oposto, são uma maneira própria e totalmente válida. O teórico afirma que o erro de proibição, tanto quanto a inimputabilidade atribuída a esses povos, é uma forma etnocêntrica e discriminadora de ajustar os indígenas. Rezende propõe outra exculpante – supralegal – para os índios, a inexigibilidade de conduta diversa, que é verificada quando não pode ser exigida conduta diversa daquela que praticada pelo agente, em razão das circunstâncias do caso concreto e, por isso, não pode ser culpado pelo modo que se comportou. Raciocínio que se amoldaria perfeitamente ao caso dos índios, posto que, ao agir de acordo com seus valores e padrões culturais, não há como se exigir conduta diversa do agente.

Ao lado da consciência da ilicitude e da imputabilidade, como elemento da culpabilidade, está a exigibilidade da conduta conforme ao direito. Ou seja, para que se possa dizer da existência de culpabilidade é imprescindível que se possa exigir do agente, nas circunstâncias em que se dá a conduta, que ele se porte de acordo com a norma. Se, por alguma razão – inclusive o condicionamento cultural – não se puder exigir do agente que se comporte de acordo com a norma, não se poderá culpá-lo por não tê-lo feito, ou ainda, não se poderá culpá-lo pelo que fez em desacordo com a norma. Assim, se, por um lado, é elemento da culpabilidade a exigibilidade de conduta conforme ao direito, por outro, a inexigibilidade de conduta diversa (diversa da conduta típica e antijurídica adotada pelo agente) é causa excludente da culpabilidade (REZENDE, 2009, p. 94).

Dentro do contexto brasileiro, é preciso reconhecer as diferenças culturais existentes, respeitando a autonomia e o direito de autodeterminação

dos diversos povos e culturas para que todos tenham seus direitos humanos e fundamentais concretizados e não apenas formalizados. O direito penal não é a única forma de intervenção estatal, pelo contrário, é a ultima ratio, e a solução para esses problemas não se encontra na seara penal, em razão de ser um ramo repressor do direito, que não previne os fatos e nem trata as causas da violência, apenas trabalha com fatos consumados.

6 CONCLUSÃO

Diante da situação dos povos indígenas no Brasil entramos em um paradoxo entre a igualdade e a diferença que nos faz perceber que esses grupos necessitam de tratamento específico para que possam preservar sua cultura. As comunidades indígenas são regidas por normatividades próprias reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro e, pode-se claramente identificar duas ocorrências em que o direito consuetudinário prevalecerá sobre o direito estatal: em primeiro lugar, os conflitos que envolvam apenas integrantes e interesses da mesma tribo serão resolvidos, em regra, pelas próprias ordenações tribais; e, no segundo caso, quando um índio sofrer sanções de sua tribo, esse não poderá ser penalizado novamente pelo direito penal. Contudo, quando um indígena praticar uma conduta criminosa que alcance a sociedade não índia, esse será submetido à jurisdição estatal. Logo, afirmar que os índios são inimputáveis é errôneo, pois eles podem ser processados e julgados criminalmente.

Destarte que, quando algum índio for sujeitado ao aparato estatal deve ser realizado o exame antropológico que averiguará a consciência da ilicitude do ato praticado de acordo com as crenças e tradições culturais da comunidade ou da tribo. Como discutido no presente estudo, a primeira corrente doutrinária afirma que se o índio, especialmente o não integrado, não for capaz de internalizar a ilicitude do fato praticado, deve ser aplicado o instituto da inimputabilidade, dado que por não conviver com a sociedade dominante, o desenvolvimento mental do indígena pode ser incompleto ou retardado. Tal tese, defendida por grande parte da doutrina e também pela jurisprudência, revela-se bastante questionável, em virtude de acolher uma visão patológica e etnocentrista da condição indígena, demasiadamente discriminatória, já que posiciona a cultura não índia como superior e como um caminho que deve ser seguido pelos índios, manifestando a concepção de que os povos indígenas somente terão o desenvolvimento mental completo a partir do momento em que passarem por um suposto processo de “aculturação”.

Considerar os índios como portadores de um retardo intelectual em virtude da diferença cultural é uma proposição totalmente contrária aos princípios e postulados de um Estado Democrático e plural como o Brasil. Em regra, todos os indígenas são imputáveis – exceto aqueles que incidirem em uma das causas excludentes da imputabilidade – entretanto, a resposta final varia de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, pois o laudo antropológico, poderá afastar a culpabilidade do indígena – mas nunca a imputabilidade – tendo em vista que o exame mencionado não ajuza as condições mentais do indivíduo, mas sim, se os valores culturais que cercam-no eram capazes de oferecer o entendimento sobre a ilicitude do ato.

Por intermédio da pesquisa realizada, pode-se concluir que a eventual inculpabilidade ou atenuação da culpabilidade indígena deve residir no erro de proibição ou na inexigibilidade de conduta diversa. Quando um indígena praticar algum crime, será por regra imputável, todavia, tal ato precisa ser questionado frente ao seu condicionamento cultural que o (im) possibilita compreender a norma penal e seu alcance, pois o indígena pode não ser capaz de internalizar o valor protegido pela norma penal em razão de sua cultura, ou ainda, o fato definido como crime no ordenamento jurídico brasileiro pode não ser ilícito na ordenação tribal indígena, o que será averiguado pelo exame antropológico, instrumento hábil e indispensável para a verificação da culpabilidade indígena. O erro de proibição é sustentável para o caso dos indígenas, pois exclui a potencial consciência da ilicitude, dado que existem alguns delitos que os índios podem perfeitamente compreender, mas há outros em que seus padrões culturais podem não o deixar entender a ilicitude da conduta, o que pode acontecer não apenas com a cultura indígena, mas com qualquer outra. A inexigibilidade de conduta diversa é outra alternativa promissora colocada para a situação penal dos índios, pois segundo essa tese, o índio não age por erro, mas sim de acordo com sua cultura, vivenciada desde sua infância, e, dessa forma, não haveria possibilidade de exigir uma conduta diversa do agente.

O sistema penal brasileiro tem o dever de respeitar a livre determinação dos povos e às diferenças identitárias existentes no território nacional, premissas imprescindíveis na efetivação dos direitos humanos e fundamentais dos indígenas. É inadmissível obrigar os índios a internalizar valores estranhos a sua cultura, impondo-lhe padrões da sociedade dominante. Ademais, não é possível exigir que algum indivíduo siga valores culturais desconhecidos ou incompatíveis com os seus. Respeitar o direito à diferença é um dos pressupostos da democracia, aplicar o direito penal indiscrimi-

nadamente ou sem algum critério racional aos povos indígenas não se mostra uma solução adequada, nem tampouco justa. O Brasil tem o desafio de gerar uma política criminal que se afigure efetivamente multicultural que seja capaz não de apenas estabelecer uma relação de controle, mas também de respeitar as múltiplas diferenças culturais e comportamentais que compõem a sociedade.

7 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 08 de maio de 2016.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Estatuto do Índio**. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 140**. Terceira Seção, julgado em 18 de maio de 1995. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORDEIRO, Enio. **Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas**. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2013.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. Parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade**. Um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Apelação criminal nº 135015/2013**. Terceira Câmara Criminal, Campo Grande. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/jurisprudencia/home/RetornaDocumentoAcor dao?tipoProcesso=Acordao&id=280812&colegiado=Segunda>>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

OIT. **Convenção nº 107 sobre Povos Indígenas e Tribais de 1957**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/popula%C3%A7%C3%B5es-ind%C3%ADgenas-e-tribais>>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

OIT. **Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/513>>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos indígenas de 2007**. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 13 de maio de 2016.

ONU. **Declaração Uni versal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 11 de maio de 2016.

ONU. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 13 de maio de 2016.

PASCHOAL, Janaína Conceição. O índio, a inimizabilidade e o preconceito. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

PONTES, Bruno César Luz. O índio e a justiça criminal brasileira. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio – tratamento jurídico-penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios e imputabilidade penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1171, set. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8924/indios-e-imputabilidade-penal>>. Acesso em: 09 de maio de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

TORRES, Márcio Andrade. O lugar da cultura na culpabilidade dos índios. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, n. 46, edição especial 2015. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/edicao/o-lugar-da-cultura-na-culpabilidade-dos-indios>>. Acesso em: 05 de maio de 2016.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VILLATES, Luiz Fernando. Direito penal na ordem jurídica pluriétnica. In: _____ (coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.