



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD**

**ALYSSON DE SOUZA SILVA**

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CULPABILIDADE DOS ÍNDIOS EM FACE À  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998**

**Sousa – PB**  
**2018**

**ALYSSON DE SOUZA SILVA**

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CULPABILIDADE DOS ÍNDIOS EM FACE À  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

**Sousa – PB  
2018**

**ALYSSON DE SOUZA SILVA**

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CULPABILIDADE DOS ÍNDIOS EM FACE A  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Data: \_\_\_\_\_/12/2018.

Banca Examinadora:

---

Orientador (a): Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

---

Membro da Banca Examinadora  
Professor (a):

---

Membro da Banca Examinadora  
Professor (a):

## RESUMO

O presente trabalho busca elucidar, do ponto de vista jurídico, a equivocada equiparação do índio ao indivíduo com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, consequência de um pensamento etnocentrista e integracionista, os quais consideram o indígena com um ser com faculdades mentais reduzidas. Torna-se mister, para o entendimento do tema, um breve estudo dos primeiros contatos dos portugueses com os nativos, demonstrando a evolução dos direitos indígenas nas constituições brasileiras e em outros dispositivos legais. Infelizmente, apesar da FUNAI, órgão indigenista, atuar na defesa destes, o índio ainda continua sendo tratado como um ser desprovido de desenvolvimento mental completo. Assim, procede-se a uma análise do conceito de culpabilidade penal dos índios, bem como seus elementos e excludentes de culpabilidade. Sendo assim, após as definições desses elementos que compõem a culpabilidade, percebe-se que a culpabilidade é variável e que sua imputação depende da reprovabilidade da conduta em determinada sociedade, logo, não sendo imutável tal conceito, admite-se sua variação de acordo com a análise adequada do caso concreto, ficando a cargo da jurisprudência tal fardo. Portanto, cabe ao magistrado ao analisar a culpabilidade penal dos índios, verificar a existência de três elementos essenciais: Imputabilidade, Consciência da Ilicitude e Exigibilidade de conduta diversa. Ante a ausência de qualquer um destes elementos implicará na inexistência de Culpabilidade, devendo o juiz utilizar o laudo antropológico para avaliar o nível de consciência do índio em relação a ilicitude de sua conduta. Desse modo, deve deixar de lado o estereótipo deturpado sobre os indígenas acerca da inimputabilidade.

**Palavras-chave:** Culpabilidade Penal dos índios. Constituição Federal. Inimputabilidade indígena. Laudo Antropológico.

## ABSTRACT

The present work seeks to elucidate, from a legal point of view, the mistaken equation of the Indian to the individual with a mental development incomplete or retarded, a consequence of an ethnocentric and integrationist thinking, who consider the Indian with a being with reduced mental faculties. For the understanding of the theme, a brief study of the first contacts of the Portuguese with the natives is necessary, demonstrating the evolution of indigenous rights in Brazilian constitutions and other legal provisions. Unfortunately, despite the fact that FUNAI, an indigenist organ, is active in the defense of these, the Indian is still treated as a being devoid of complete mental development. Thus, an analysis is made of the concept of criminal culpability of the Indians, as well as their elements and excluding guilt. Thus, after the definitions of these guilty elements, it is perceived that guilt is variable and that its imputation depends on the reproducibility of conduct in a given society, so that such a concept is not immutable, its variation is admitted according to the proper analysis of the specific case, leaving the burden of jurisprudence such a burden. Therefore, it is up to the magistrate to analyze the criminal culpability of the Indians, to verify the existence of three essential elements: Imputability, Conscience of Unlawfulness and Requirement of diverse conduct. In the absence of any of these elements will imply the absence of guilt, and the judge should use the anthropological report to assess the level of awareness of the Indian in relation to the illegality of his conduct. In this way, he must leave aside the distorted stereotype about the natives about inimputability.

**Keywords:** Criminal culpability of the Indians. Federal Constitution. Indigenous inimputability. Anthropological Report.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art. – Artigo;

a.C. – Antes de Cristo;

ACs – Atos Complementares;

AGU – Advocacia Geral da União;

Ais – Atos Institucionais;

CNPI – Conselho Nacional de Proteção aos Índios

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

OIT – Organização Internacional do Trabalho

SDI – Serviço de Proteção Indígena

SPILT – Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 ASPECTOS HISTÓRICOS.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1 Relatos da Hegemonia Portuguesa sobre os índios .....</b>	<b>9</b>
<b>2.2 Constituições brasileiras e as Prerrogativas Indígenas.....</b>	<b>14</b>
2.2.1 <i>Constituição de 1824 .....</i>	14
2.2.2 <i>Constituição de 1891 .....</i>	15
2.2.3 <i>Constituição 1934 .....</i>	16
2.2.4 <i>Constituição 1937.....</i>	17
2.2.5 <i>Constituição 1946.....</i>	18
2.2.6 <i>Constituição 1967.....</i>	19
<b>2.3 Órgãos Indigenistas e a Tutela Indígena .....</b>	<b>20</b>
2.3.1 <i>Decreto nº 5.484/1928 e o Código Civil 1916.....</i>	20
2.3.2 <i>Serviço de Proteção Indígena .....</i>	21
2.3.3 <i>Fundação Nacional do Índio .....</i>	22
2.3.4 <i>Estatuto do Índio .....</i>	23
<b>3 CONCEITO DE CULPABILIDADE .....</b>	<b>25</b>
<b>3.1 Princípios Norteadores.....</b>	<b>27</b>
<b>3.2 O Código Penal e o Código de Processo Penal.....</b>	<b>32</b>
<b>3.3 Elementos Essenciais da Culpabilidade.....</b>	<b>34</b>
3.3.1 <i>Imputabilidade.....</i>	34
3.3.2 <i>Potencial Consciência da Ilicitude do Fato .....</i>	35
3.3.3 <i>Exigibilidade de Conduta Diversa .....</i>	38
<b>4 ANÁLISE CRÍTICA DA CULPABILIDADE INDÍGENA .....</b>	<b>41</b>
<b>4.1 O Tratamento Conferido aos Índios na Constituição Federal de 1988 .....</b>	<b>43</b>
<b>4.2 A Inimputabilidade dos Índios .....</b>	<b>48</b>
4.2.1 <i>O Laudo Antropológico .....</i>	51
4.2.2 <i>A Impossibilidade de Aplicação da Medida de Segurança .....</i>	53
4.2.3 <i>O Prejuízo Processual e o Direito à Diversidade Cultural.....</i>	53
<b>4.3 A Urgência de uma Análise Adequada da Culpabilidade dos Índios .....</b>	<b>55</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>59</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No presente estudo enfatizar-se-á as questões referentes ao tratamento conferido aos índios brasileiros na Constituição Federal de 1988, não de forma a atribuir maior importância que os demais temas relativos a outras categorias discriminadas no Brasil, a exemplo, dos negros, entretanto, ressalte-se a importância do tema, pois que se trata da própria sobrevivência de um povo.

Hoje pode-se afirmar que, dentre os vários agressores dos direitos dos índios, certamente o próprio Estado é o que mais contribui para a situação alarmante em que se encontra os mesmos. Suas condutas lesivas podem ser diretas ou indiretas, mas, tanto no primeiro como no segundo caso, não há dúvidas de que estão ligadas a grandes desrespeitos e violações de direitos que vem comprometendo os índios de diversas formas.

Através da presente pesquisa e análise dos vários estudos publicados pelos autores que constam na bibliografia que discorrem sobre tema, apontam um dado muito importante, ou seja, é possível se alcançar melhores resultados através de uma mudança das normas vigentes, possibilitando um melhor entendimento do princípio basilar do povos indígenas, que é o da dignidade preservação de um povo tão importante na história de nosso país.

O tema escolhido, não incluía, a princípio, um estudo da questão indígena a partir da Constituição Federal de 1824 até a atualidade. Entretanto, no desenrolar da pesquisa, comprovou-se que, havia a necessidade de dar um enfoque especial a esse aspecto histórico, assim procedeu-se no primeiro capítulo.

No segundo capítulo apresenta-se o conceito de culpabilidade, seus princípios norteadores e elementos essenciais. De início, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, onde foram estudadas importantes obras sobre o tema, legislações anteriores à Constituição Federal em vigor e as que surgiram após esta, objetivando a reunião de um melhor embasamento.

Considera-se muito importante o estudo feito sobre a Teoria do Crime de Fernando Capez, onde se percebe que o crime pode ser conceituado sob três aspectos, quais sejam: O aspecto material, o aspecto formal e o aspecto analítico. O aspecto material busca estabelecer o motivo para determinado fato ser considerado crime ou não. Quanto ao aspecto formal, é considerado crime tudo aquilo que for previsto pelo legislador. No que diz respeito ao aspecto analítico, será considerado crime todo fato típico e ilícito, ou seja, é necessário observar a tipicidade da conduta para só depois verifica-se se a mesma é ilícita ou não.

Outro destaque, e relativo a Teoria Clássica da Concepção Tripartida de Crime, concebida por Franz Von Liszt, diz que crime é um fato típico, ilícito e culpável. Tal teoria



considera que o dolo e a culpa fazem parte da culpabilidade, sendo essencial para a existência de crime. A partir do finalismo de Welzel, foi descoberto que o dolo e a culpa integravam o fato típico, logo, a culpabilidade passou a ser mero juízo de valoração externa ao crime, deixando de compor o elemento do crime. Entretanto, Welzel deixou claro que, para ele, o crime só existiria se a culpabilidade estivesse presente, pois, na culpabilidade estaria as circunstâncias necessárias para o condicionamento da reprovabilidade da conduta contrária ao ordenamento jurídico. Dessa forma, crime continua sendo a ação típica, ilícita e culpável (BITENCOURT, 2017).

No último capítulo, tratou-se do tema central da pesquisa trabalho, ou seja, uma análise crítica da culpabilidade dos índios em face a Constituição Federal de 1988, destacando-se o tratamento conferido aos índios, além de um conjunto peculiaridades inerentes à inimputabilidade indígena, bem como, a necessidade de uma adequação da culpabilidade indígena.

É por esses fatos que o propósito do presente trabalho se iniciou, ao buscar uma melhor compreensão desta garantia constitucional e procurar identificar seus contornos mais significativos e atuais.

## 2 ASPECTOS HISTÓRICOS

O sistema jurídico brasileiro é espelho do cenário histórico produzido. Destarte, pode-se inferir que atualmente os índios sofrem os efeitos da forçosa colonização portuguesa ocorrida em meados de 1500 e de uma legislação falha que jamais acautelou os direitos dos povos aborígenes. Assim sendo, torna-se imprescindível para o entendimento contextualizar os direitos indígenas tecendo algumas colocações acerca do desenvolvimento do Direito e das normas da época do Brasil Colônia até a vigente Constituição. Desse modo, dissertaremos sobre os aspectos pertinentes da história do Brasil, enfatizando a tese indígena, sem pretensão de exauri-la.

Ao nos depararmos com a temática indígena, recordamos da chegada dos portugueses em 22 de abril de 1500 ao Brasil, nos remontando a escravização sofrida por esses povos. Ao encontrarem o litoral brasileiro repleto de índios, inicialmente ingênuos, os portugueses optaram por explorar a nova terra para obtenção de lucro, acarretando numa escravidão quase que imediata.

As referências a respeito da efetivação da escravidão indígena e seus impactos atuais são exíguas e parcamente disseminadas, motivo este que nos fará explanar, mesmo que breve, o tratamento concedido pelas Constituições aos nativos desde o período colonial até nossa atual Constituição.

### 2.1 Relatos da Hegemonia Portuguesa sobre os índios

Os povos do continente americano são oriundos de habitantes provenientes da Ásia. Existem duas hipóteses de povoamento, no entanto, não há consenso sobre o momento em que ocorreu o primeiro movimento migratório. A primeira hipótese é a de migração de vaga populacional, que se deslocam até o nosso continente, onde uma dessas vagas teria chegado ao Brasil através do Estreito de Bering, entre 50.000 e 13.000 a.c.

Naquela época a Região da Sibéria, que hoje pertence à Rússia, e do Alasca, região que pertence atualmente aos Estados Unidos, estavam ligados por uma faixa de terra com, aproximadamente, 80 km de extensão. Nossos ancestrais talvez tenham passado por essa faixa. Porém, existe a hipótese de migração marítima, onde há a possibilidade de um povoamento através do mar, na região que, hoje, conhecemos como Polinésia, pelo Oceano Pacífico. Acredita-se que os povos indígenas da América do Sul teriam se estabelecidos em tempos bem remotos.

Entretanto, existe uma corrente recente, que diz que já existia seres humanos na América do Sul muito antes dessas ondas migratórias. No Brasil, existe uma região conhecida como Serra da Capivara, próximo ao município de São Raimundo Nonato, no Piauí. E, neste lugar, foram encontrados muitos sinais desses nossos antepassados, onde esses novos indícios indicam datações bem mais antigas, que inclusive contrariam as suposições da América do Sul ter sido povoada após a do Norte, bem como levam à possibilidade de entradas sucessivas e por diversas rotas (CUNHA, 2012).

Cristóvão Colombo quando alcançou o continente americano, em 1492, pensou ter chegado à Índia, e, em razão disso, os europeus passaram a denominar os nativos de “índios” erroneamente, tal denominação é utilizada até os dias atuais.

Em 22 de abril de 1500, quando a esquadra de dez naus, três caravelas e cerca de 1,2 mil homens comandada pelo navegador português Pedro Álvares Cabral atinge o litoral sul da Bahia, na região da atual cidade de Porto Seguro, os portugueses tiveram o primeiro contato com os nativos, designados pelos portugueses de “selvagens”.

Alguns historiadores chamaram o primeiro contato entre portugueses e indígenas de “encontro de culturas”, como uma tentativa de amenizar e adocicar as péssimas relações que foram mantidas. Há um dissenso de opinião entre os especialistas em relação ao total, contudo calcula-se que, à época do descobrimento, a população indígena seria algo entre 3 e 5 milhões de habitantes, divididos em cerca de 1.400 tribos e 1.300 línguas diferentes (BRASIL, 2014).

Consoante com as primeiras impressões registradas na carta de Pero Vaz de Caminha ao rei Manuel, os portugueses reputavam os indígenas como selvagens e ingênuos, indivíduos de bem que não dispunham de uma organização social ou crenças religiosas. A princípio, não ocorreram confrontos ou mortes. Os portugueses foram amistosos e cautelosos, haja vista pequeno número de tripulantes e as poucas informações sobre a quantidade de pessoas que habitavam a nova e desconhecida terra. Na referida carta, Pero Vaz de Caminha (1500, p. 02) escreveu:

Pardos, nus, sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas. Traziam arcos nas mãos, e suas setas. [...] Deram-lhes ali de comer: pão e peixe cozido, confeitos, farteis, mel, figos passados. Não quiseram comer daquilo quase nada; e se provavam alguma coisa, logo a lançavam fora. Trouxeram-lhes água em uma albarrada, provaram cada um o seu bochecho, mas não beberam; apenas lavaram as bocas e lançaram-na fora. Trouxeram-lhes vinho em uma taça; mal lhe puseram a boca; não gostaram dele nada, nem quiseram mais. [...] Eles davam desses arcos com suas setas por sombreiros e carapuças de linho, e por qualquer coisa que lhes davam. [...] Foram-se lá todos; e andaram entre eles. E segundo depois diziam, foram bem uma légua e meia a uma povoação, em que haveria nove ou dez casas, as quais diziam que eram tão compridas, cada uma, como esta nau capitaina. [...] E diziam que em cada casa se recolhiam trinta ou quarenta pessoas, e que assim os encontraram; e que lhes deram de comer dos alimentos que tinham, a saber muito inhame, e outras

sementes que na terra dá, que eles comem. [...] Comiam conosco do que lhes dávamos, e alguns deles bebiam vinho, ao passo que outros o não podiam beber. Mas quer-me parecer que, se os acostumarem, o hão de beber de boa vontade! [...] Parece-me gente de tal inocência que, se nós entendêssemos a sua fala e eles a nossa, seriam logo cristãos, visto que não têm nem entendem crença alguma, segundo as aparências. [...] Entre todos estes que hoje vieram não veio mais que uma mulher, moça, a qual esteve sempre à missa, à qual deram um pano com que se cobrisse; e puseram-lho em volta dela. Todavia, ao sentar-se, não se lembrava de o estender muito para se cobrir. Assim, Senhor, a inocência desta gente é tal que a de Adão não seria maior - com respeito ao pudor (CAMINHA, 1500, p. 02).

Caminha relata a troca de sinais, presentes e informações. Quando os portugueses começaram a explorar o pau-brasil das matas, eles resolvem estabelecer a escravização de muitos indígenas ou utilizar o escambo, troca de mercadorias que a princípio não tinha valor para os portugueses, em troca do trabalho indígena (OS ÍNDIO... 2008).

Nesses anos iniciais, de 1500 a 1530, a principal atividade econômica foi a extração do pau-brasil, obtida principalmente mediante a troca com os índios. A partir de 1530, a coroa portuguesa colocou em prática uma política colonizadora, onde o Brasil foi dividido em quinze quinhões, Capitânicas Hereditárias, por uma série de linhas paralelas ao Equador que iam do litoral ao meridiano de Tordesilhas, sendo os quinhões entregues aos chamados Capitães-donatários (inicialmente uma pequena nobreza, burocratas e comerciantes), responsáveis pela administração e pela proteção das terras, haja vista as frequentes invasões estrangeiras, onde o domínio era transmitido de pai para filho.

O rei D. João III, ao perceber que tal modelo não estava obtendo sucesso, começou a retomar as Capitânicas Hereditárias e estabeleceu o Governo-geral (Estrutura Administrativa onde a autoridade era representada pela centralização do poder da Metrópole), que objetivava a criação de novos engenhos, o combate ao comércio ilegal, a construção de embarcações, a defesa dos colonos, a busca por metais preciosos e promover a integração dos indígenas com os centros de colonização. Criaram cargos administrativos para auxiliar na execução dos objetivos: Ouvidor-mor, responsável pela justiça; Provedor-mor, responsável pela carga tributária e Capitão-mor, responsável pela defesa (FAUSTO, 2012).

O primeiro governador-geral foi Tomé de Sousa, o qual, durante seu mandato (1549 a 1553), manteve uma relação pacífica com os índios, já que precisava erguer a cidade de Salvador, instituída a capital do Brasil. O Padre Manuel de Nóbrega e outros cinco companheiros pertencentes à Companhia de Jesus, também conhecidos como jesuítas receberam a missão de, primeiramente, estabelecer relações pacíficas com os nativos para iniciar um processo de catequização, ou seja, a conversão dos índios ao catolicismo. Além disso, era atribuição desses religiosos promover a disciplina no clero existente na capitania e,

à medida que catequizavam os nativos, os jesuítas procuravam adequá-los a um padrão de vida nos moldes europeus (FAUSTO, 2012).

Quando Duarte da Costa assumiu, recebeu a oposição ferrenha do bispo Pedro Fernandes Sardinha. O religioso era contrário aos maus tratos, que o governo-geral praticava junto à população de Salvador e contra os indígenas. O Governador-Geral tentou usar os indígenas como mão de obra escrava, mesmo os que já haviam sido catequizados, o que fez com que a relação pacífica com os índios tivesse fim. Ao assumir em 1556, Mem de Sá aliou-se a tribos indígenas para combater a invasão francesa na Ilha do Governador (FAUSTO, 2012).

No início do período colonial, os silvícolas eram considerados fundamentais para a produção açucareira, uma vez que, para que o açúcar desse lucro em pouco tempo, era essencial um número elevado de mão de obra para assegurar uma grande produção. Inicialmente, os portugueses tentaram tirar proveito do contato já pactuado na atividade de extração do pau-brasil, por meio do escambo. No entanto, nas propriedades de grande porte, era indispensável uma rotina de trabalho longa e disciplinada, destoando os costumes da maior parte dos indígenas, habituados a uma cultura de subsistência.

As narrativas dos europeus expunham a natureza da nova terra como um paraíso, um novo éden. Terra fértil e de clima agradável. Já os índios, eram retratados com definições desprezíveis, para estear a tutela e a própria escravização. A dialética da colonização era proteger e eliminar a cultura dos dominados. Preponderava a visão etnocêntrica, de superioridade, retratando a cultura nativa como ínfera e grosseira e os indígenas como bestas humanas, antropófagos ociosos, dados à lascívia, “sem fé, sem rei, nem lei”, sendo sua função convertê-los ao cristianismo e à cultura europeia, devendo assim dominá-los e colocá-los a seu serviço (PETEAN, 2012).

A escassez e o alto custo dos escravos africanos estimularam o emprego da mão de obra indígena, que era livre, no extrativismo da Amazônia ou na pecuária, e escrava, nas regiões mais pobres ou nos engenhos. Alguns índios resistiam ao trabalho forçado, mesmo recebendo punições físicas e tentavam frequentemente fugir para o mato. A escravidão indígena foi largamente repugnada pelos eclesiásticos que atracavam na nova colônia, os quais se envolviam em disputas com os colonos.

O referido comportamento justificava-se no interesse em tornar mais fácil o método de transformação religiosa indígena, já que para os jesuítas, o índio significava um meio de propagação da fé e de fortalecimento da Igreja Católica. Os religiosos agiam no sentido de destribilizar os indígenas, especialmente por meio dos descimentos para os grandes

aldeamentos, missões (FAUSTO, 2012). Tendo em vista a influência e pressão da Igreja, Portugal proibiu a captura de índios, por meio da Lei de 20 março de 1570, de D. Sebastião.

Várias leis foram promulgadas, variando entre conceder maior ou menor rigor aos usos da “guerra justa”, contudo, o que ocorria na Colônia era diferente do que os legisladores previam, de tal forma que a exceção legal garantiu a manutenção da escravidão vermelha por todo o período colonial (ALENCASTRO, 2008).

No começo do século XVII, uma lei veio representar a vitória dos colonos e dava um alívio à escravidão indígena, a Lei de 10 de setembro de 1611, além de dispensar os jesuítas de seus serviços, os quais perderam um meio de grande influência. Os jesuítas só eram admitidos nas Capitanias com a formal obrigação de não se envolverem na proteção dos índios (COUTY, 1988). Em 22 de abril de 1639, foi emitida a Bula do Papa Urbano VIII, a qual declarava a excomunhão daqueles que cativassem e vendessem os Índios. Entretanto, o povo da Colônia não aceitou a execução da Bula.

Em 1680, o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 declarou os direitos dos índios, a quem chamou de "primários e naturais senhores", nos termos seguintes:

E para que os ditos Gentios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas (CUNHA, 1987, p. 19-52).

O Marquês de Pombal assinou o decreto de 1755, o Diretório dos Índios, extinguindo oficialmente, reunindo dispositivos de grande importância a respeito da política indigenista, no qual se destaca a intenção do governo do Reino de Portugal de manter os nativos fora do sistema escravagista estabelecendo que “[...] os índios no inteiro domínio e pacífica posse das terras [...] para gozarem delas por si e todos seus herdeiros” ( RODRIGUES, 2010).

Ainda, cumpre-se mencionar que os índios foram retirados de suas aldeias e escravizados. Juntamente com a liberdade, perderam os laços com suas comunidades, a cultura e a própria identidade indígena (FREIRE e MALHEIROS, 1997). Sendo assim, é de fácil percepção que a colonização portuguesa foi bastante violenta e lesiva para os povos indígenas que aqui viviam.

## 2.2 Constituições brasileiras e as Prerrogativas Indígenas

### 2.2.1 Constituição de 1824

Em novembro de 1823, D. Pedro I dissolveu a Constituinte, pois a Constituição que estava sendo elaborada pelos deputados limitava o poder do imperador. Então, D. Pedro I convocou seis ministros e alguns políticos de sua confiança para redigir a nova Constituição Brasileira. D. Pedro I também participou da redação do texto constitucional, garantindo assim a manutenção de seu poder de imperador (CERQUEIRA, 2006). A primeira Constituição brasileira foi outorgada, por D. Pedro I, em 25 de março de 1824. A partir da Constituição de 1824, os índios se tornam cidadãos brasileiros com os mesmos direitos e obrigações de todos os outros.

Os índios foram tidos como brasileiros, mas divididos entre ativos e passivos no exercício do patriotismo. Quanto aos nativos, não havia acordo entre reconhecê-los como cidadãos ou membros do Império (PARAISO, 2010). Os filhos de negros e de crioulos cativos eram tratados como brasileiros não cidadãos, pois não lhes poderiam reconhecer direitos cívicos. Já os indígenas, apesar de nascidos no Brasil e disporem de liberdade, só seriam considerados cidadãos se deixassem de ser silvícolas, moradores da selva, para aderir à civilização, passando assim a ter reconhecidos seus direitos e deveres.

Não obstante todo o debate acerca da situação do indígena, “a ‘questão indígena’, no século XIX, deixou de ser uma questão de mão de obra, para se converter essencialmente numa questão de terras” (CUNHA, 1992). Ao passo que nos séculos anteriores “havia diversos grupos indígenas com estratégias próprias, os colonos, os jesuítas e a coroa portuguesa, e, portanto, projetos divergentes” (CUNHA, 1992), no século XIX, conforme Manuela Carneiro da Cunha,

A destruição dos índios se deu sobretudo por processos mesquinhos e sem vozes dissonantes: o Império aderira com poucas reservas aos projetos dos moradores; os religiosos capuchinhos, italianos, introduzidos na década de 1840, dispersos e isolados, eram meros funcionários do Estado. Não é de estranhar, por isso, que boa parte do debate até os anos 60 do século XIX se tenham travado em torno não dos fins de uma política indigenista, e sim dos seus meios: se se deviam exterminar sumariamente aos índios, distribuí-los aos moradores, ou se deviam ser cativados com brandura (CUNHA, 1992, p.04).

A Constituição de 1824 não fez qualquer referência aos nativos. Apenas em 1831, as Cartas-Régias de 1808 e 1809, que determinavam “guerra justa”, foram revogadas.

A Lei de Terras e seu regulamento, ano 1850, a Lei Imperial nº 601, de 18.09.1850, afirmava em seus artigos que:

Art. 72. Serão reservadas as terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas, nos distritos onde existirem hordas selvagens.

[...]

Art. 75. As terras reservadas para colonização de indígenas, e para eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto; não podendo ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por ato especial, não lhes conceder pelo gozo delas, por assim o permitir o seu estado de civilização (BRASIL, 1950).

Sendo assim, pode-se afirmar que A Lei de Terras e seu regulamento surgiu para delimitar as atribuições da Repartição Geral das Terras Públicas, reservou as terras dos aldeamentos indígenas.

### *2.2.2 Constituição de 1891*

Desde o período colonial, as relações entre índios e não índios foram reguladas pela inferência de que os povos indígenas estavam fadados a perder sua identidade, transformando-se em membros da sociedade brasileira. As políticas governamentais objetivaram integrá-los à economia nacional e a sua assimilação pela sociedade envolvente. Com o advento republicano, nada de mudanças.

A Constituição Republicana de 1891 e seu apostolado não relatou qualquer citação sobre a existência dos povos indígenas em suas páginas. Os anseios por um Brasil progressista e pela república que se buscava construir eram latentes na depreciação do índio. Um forte exemplo desse ideário foi expresso ainda nos primeiros anos de República, em 1900, na comemoração do “Quarto Centenário do Descobrimento do Brasil”. Realizado no Rio de Janeiro, então capital do país, o discurso republicano proferido por André Gustavo Paulo Frontin na abertura de cerimônia da Sessão Magna representou claramente essa ideia de rejeição. Em seu discurso original, Frontin proferia:

O Brasil não é o índio; este, onde a civilização ainda não se estendeu perdura com os seus costumes primitivos, sem adeantamento nem progresso. Descoberto em 1500 pela frota portuguesa ao mando de Pedro Alvares Cabral, o Brasil é a resultante directa da civilização occidental, trazida pela immigração, que lenta, mas continuadamente, foi povoando o solo. (...) Os selvícolas, esparsos, ainda abundam nas nossas magestosas florestas e em nada differem dos seus antecedentes de 400 anos atrás; não são nem podem ser considerados parte integrante de nossa nacionalidade; a esta cabe assimilá-los e, não conseguindo, eliminá-los (FRONTIN apud BESSA FREIRE, 2009, p. 187).



O julgamento de assimilação, que o republicano pronunciava na carta, trazia consigo a noção de incorporação do índio à sociedade nacional, recusando seus padrões sociais, crenças e induzindo as políticas legislativas posteriores.

Foi um período excessivamente assustador para os povos indígenas em que as frentes de expansão para o interior, vistos como “aqueles que estavam levando o progresso”, lutavam contra os índios por todo o país. Havia também os defensores do extermínio dos índios que impedissem o “avanço da civilização”. Tal panorama gerou inquietação na sociedade civil brasileira e internacional, sendo que em 1908, no XVI Congresso dos Americanistas, o Brasil foi acusado de “massacre aos índios” (PIB, 2010).

### 2.2.3 Constituição 1934

A Constituição de 1934 foi uma consequência direta da Revolução Constitucionalista de 1932. Com o fim da Revolução, a questão do regime político veio à tona, forçando desta forma as eleições para a Assembleia Constituinte em maio de 1933, que aprovou a nova Constituição substituindo a Constituição de 1891 (ALENCAR, 2013). Nessa época foi criado o tribunal do Trabalho e legislação trabalhista, como direito à liberdade de organização sindical, salário mínimo e jornada de oito horas. Estabeleceu o voto universal secreto e, pela primeira vez, permitiu participação feminina nas eleições (SILVA, 2010).

Pela primeira vez em 1934 os índios tiveram seus direitos garantidos constitucionalmente. Resguardou-se aos silvícolas a posse de suas terras, vedando sua alienação. Porém, apenas dois artigos da Constituição de 1934 tratavam dos direitos indígenas, senão vejamos:

Art. 5º - Compete privativamente à União:

[...]

XIX - legislar sobre:

[...]

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

[...]

Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Dessa maneira, percebe-se que a Constituição de 1934 preocupou-se em determinar de quem seria a competência de legislar sobre os silvícolas, e definiu, em seu art. 5º, inciso XIX, alínea m, que a União iria, exclusivamente, estabelecer normas sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

#### 2.2.4 Constituição 1937

Getúlio Vargas ao dar o golpe de Estado e permanecer no poder, usou como justificativa que, somente ele no poder poderia salvar o Brasil de ameaças internas e externas, principalmente dos comunistas e socialistas. Isso tudo ocorreu após o Intentona Comunistas, que foi uma tentativa de golpe e também após ao Plano Cohen, o qual igualmente foi caracterizado como tentativa de golpe, mais que supostamente foi orquestrado pelo próprio governo ou por seus aliados, para que assim o governo tivesse mais uma desculpa para realizar o golpe e mande Vargas no poder. Com essas duas tentativas de golpe, citadas pelo governo, Getúlio Vargas revoga a Constituição de 1934, dissolve o Congresso e impõe a Constituição de 1937, a qual instaurou a carta constitucional do Estado Novo e deu ao Presidente uma autonomia para permanecer no poder, com poderes considerados ilimitados.

A Constituição de 1937 ficou conhecida como uma Constituição Polaca e fascista, haja vista possuir muito semelhança com a Constituição Polonesa, que na época possuía aspectos fascistas. A carta do Estado Novo e a nova Constituição, foram ambas oficializadas e imposta, em 10 de novembro de 1937, sem qualquer aviso ou consulta prévia.

Em relação aos índios, limitou-se a reiterar o texto da Constituição de 1934 em seu artigo 154, determinando que “será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. Por meio do Decreto nº 1.794, de 22 de novembro de 1939, foi instituído o Conselho Nacional de Proteção aos Índios - CNPI, objetivando à assistência e proteção aos indígenas, devendo sugerir, por meio do SPI (Serviço de Proteção aos Índios), medidas para que sua finalidade fosse atendida, senão vejamos:

Art. 5º Ao Conselho Nacional de Proteção aos Índios compete, de um modo geral, o estudo de todas as questões que se relacionem com a assistência e proteção aos selvícolas, seus costumes e línguas. Parágrafo único. Cabe, ainda, ao Conselho sugerir ao Governo, por intermédio do Serviço de Proteção aos Índios, a adoção de todas as medidas necessárias à consecução das finalidades desse serviço e do próprio Conselho.

Art. 6º O Conselho terá sede no próprio Serviço de Proteção aos Índios.

A história do SPI sofreu grande influência de pessoas comprometidas com a questão indígena e sua proteção (PIB, 2010), tendo em vista que estudiosos começaram a lutar por uma reorganização da política indigenista brasileira após a instituição do conselho supracitado, eles entendiam que o órgão indigenista não deveria incentivar a integração dos índios à sociedade, ainda que considerassem que tal processo era inevitável.

### 2.2.5 Constituição 1946

A Constituição de 1946 foi elaborada sob a égide de um processo controverso de redemocratização. Foi considerada a mais avançada até aquele momento, votada em Assembleia Nacional Constituinte e promulgada no dia 18 de setembro de 1946, sendo considerada notadamente um “avanço da democracia”. A bancada da Constituinte foi idealizada por Eurico Gaspar Dutra, então presidente e, nessa perspectiva, o diploma legal trazia de volta liberdades expressas na Constituição de 1934, que tinham sido suprimidas do texto constitucional de 1937 devido ao golpe do Estado Novo.

Nos dispositivos básicos que ressurgiam após um período ditatorial encontravam-se: a igualdade de todos perante a lei; a inviolabilidade do sigilo de correspondência; a liberdade de consciência, de crença e de exercício de cultos religiosos; a separação dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário); entre outros termos (LOPES, 2014).

No que tange aos silvícolas, a Constituição de 1946, limitou-se, mais uma vez, a reproduzir o texto anterior no que diz respeito aos indígenas, mantendo os mesmos escritos dos artigos da Constituição de 1934. Nessa perspectiva, vejamos os dispositivos da Constituição de 1946:

Art. 5º - Compete à União:

[...]

XV - Legislar sobre:

[...]

r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

[...]

Art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Posteriormente, a política de integração foi sendo dispensada no tratamento dado aos índios pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), a partir do documento proposto na Convenção nº 107, instaurada em 05 de junho de 1957. O texto foi o primeiro instrumento internacional relativo aos povos indígenas em contexto mundial. “Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes” (OIT, 1957).

Destarte, os olhos da comunidade internacional se viraram para a proteção dos povos indígenas e passou a representar uma preocupação na legislação indigenista não só do Brasil, mas de vários países da América Latina. Nesse cenário, os debates decorridos a partir da Convenção 107 e sua difusão internacional induziram de modo direto as constituições brasileiras que foram criadas após o documento.

Em 1964, quando ocorreu o Golpe Militar, a Constituição de 1946 estava em vigência quando começou a sofrer várias emendas que a modificaram de forma ríspida. A Ditadura Militar se manteve por meio de diversos decretos, Atos Institucionais (AIs) e Atos Complementares (ACs) que davam respaldo jurídico ao regime. Onde esses Atos Institucionais colocavam em prática a censura, a perseguição política, a supressão de direitos constitucionais, a falta total de democracia e a repressão àqueles que eram contrários ao regime militar. Consoante os relatos de Afonso da Silva (SILVA, 2010), três anos após o Golpe Militar, em 1967, a Carta de 1946 acabou sendo substituída por uma nova Constituição, proposta oficialmente pelo Ato Institucional número quatro.

### *2.2.6 Constituição 1967*

A sexta Constituição brasileira nasceu em meio a um período um pouco conturbado para o Brasil, três anos após a instauração do Regime Militar. Nesse período, o Congresso Nacional foi mantido, porém, ausentando os opositores dos militares. Sendo assim, era um Congresso parcialmente ou quase totalmente aliado ao governo dos militares.

A Constituição de 1967, implementou a eleição indireta para presidente, limitou a organização partidária, concentrou poderes no Executivo e restabeleceu a pena de morte. Entre 1964 e 1969, foram promulgados 17 Atos Institucionais (AIs) regulamentados por 104 Atos Complementares (ACs). O mais conhecido foi o Ato Institucional 5 (AI5), promulgado em 13 de dezembro de 1968, pelo governo Arthur Costa e Silva, que deu poderes considerados absolutos aos militares para cassarem mandatos de políticos e também a liberdade de legislar sobre alguns setores do país.

Deu início ao que ficou conhecido como “anos de chumbo” pela violência e obscuridade do período, quando os casos de tortura e assassinatos daqueles que se posicionavam contra o regime se multiplicaram. O AI-5 foi revogado em 1978, juntamente com os demais Atos Institucionais. A Carta de 1967 permaneceu vigente até 1988, quando foi substituída por nossa atual Constituição (SILVA, 2010).

No que tange aos índios, a Constituição de 1967 previa em seu artigo 186 que seria “assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes”. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 1/1969, em seu artigo 198, garantia que:

As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu

direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes. § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. § 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

No Governo Militar, comunicar-se por meio da língua indígena era proibido e sair da área de atuação dos Postos Indígenas, do Serviço de Proteção aos Índios - SPI, sem autorização, era considerado falta grave (CAMPOS, 2013). No governo supra narrado, ainda, foram desenvolvidas cadeias para índios, como o Reformatório Krenak em Minas Gerais, que se destinavam como campos de concentração étnicos, com trabalhos forçados, tortura e morte.

## 2.3 Órgãos Indigenistas e a Tutela Indígena

### 2.3.1 Decreto nº 5.484/1928 e o Código Civil 1916

O Código Civil de 1916 determina expressamente a incapacidade relativa dos índios para os atos da vida civil, sujeitando-os ao regime tutelar a ser disciplinado em lei específica, salientando que esta incapacidade cessaria à medida que fossem se adaptando à civilização do País. O Código Civil de 1916 estabeleceu no inciso IV de seu artigo 6º que os silvícolas seriam considerados incapazes para exercer certos atos, ficando sujeitos ao regime tutelar, observemos o dispositivo:

São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...] IV. Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação (BRASIL, 1916).

A regulação específica exigida pelo Estatuto Civil veio em 1928, através do Decreto 5.484, em seus artigos 5º e 6º, que tratava da situação dos índios nascidos no território nacional, reputando nulos os atos praticados pelos índios sem a devida representação do Estado, que na época se dava através do Serviço de Proteção ao Índio, analisemos os referidos artigos:

Art. 5º A capacidade, de facto, dos indios soffrerá as restricções prescriptas nesta lei, emquanto não se incorporarem eles á sociedade civilizada.

Art. 6º Os indios de qualquer categoria não inteiramente adaptados ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o grão de adaptação de cada um, por intermedio dos inspectores do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionaes, sendo facultado aos ditos inspectores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos indios, perante as justiças e

autoridades, praticando para o referido fim todos os actos permitidos em direito (BRASIL, 1928).

Em conformidade com Souza e Barbosa (2011), o modo de organização e crenças dos povos indígenas não fazia parte da identidade nacional, sendo assim, os silvícolas deveriam se adequar, abandonando seus costumes em nome da integração.

### 2.3.2 Serviço de Proteção Indígena

O Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPILTN, a partir de 1918 apenas SPI) foi criado, a 20 de junho de 1910, pelo Decreto nº 8.072, tendo por objetivo prestar assistência a todos os índios do território nacional, organizado por Cândido Mariano da Silva Rondon, mais conhecido como Marechal Rondon, renomado sertanista, descendente de índios Terena e Bororo. Os regulamentos e regimentos do SPI estiveram voltados para o domínio dos modelos econômicos envolvendo os índios, estabelecendo uma tipologia para disciplinar as atividades a serem desenvolvidas nas áreas. Era uma classificação que definia o modo de proceder e as intervenções a serem adotadas, disciplinando a expansão da cidadania (PIB, 2010). Ainda de acordo com o Povos Indígenas Brasileiro (2010, p. 03):

A partir de 1908, Rondon propôs que fosse criada uma agência indigenista do Estado brasileiro tendo por finalidades: a) estabelecer de uma convivência pacífica com os índios; b) garantir a sobrevivência física dos povos indígenas; c) estimular os índios a adotarem gradualmente hábitos "civilizados"; d) influir "amistosamente" na vida indígena; e) fixar o índio à terra; f) contribuir para o povoamento do interior do Brasil; g) possibilitar o acesso e a produção de bens econômicos nas terras dos índios; h) empregar a força de trabalho indígena no aumento da produtividade agrícola; i) fortalecer as iniciativas cívicas e o sentimento indígena de pertencer à nação brasileira (PIB, 2010, p. 03).

O objetivo do SPILTN era prestar assistência aos índios além de estabelecer em zonas férteis centros agrícolas, constituídos por trabalhadores nacionais, ou seja, caberia ao SPILTN atrair os silvícolas para civilizá-los e transformá-los em trabalhadores, conforme se verifica:

Art. 1º O Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais, criado no Ministério da Agricultura, Industria e Comercio, tem por fim: a) prestar assistência aos índios do Brasil, quer vivam aldeados, reunidos em tribos, em estado nômade ou promiscuamente com civilizados; b) estabelecer em zonas férteis, dotadas de condições de salubridade, de mananciais ou cursos de agua e meios fáceis e regulares de comunicação, centros agrícolas, constituídos por trabalhadores nacionais que satisfaçam as exigências do presente regulamento.

Dessa forma, os silvícolas necessitariam ser protegidos pelo Estado, por meio do órgão indigenista instituído, até que fossem considerados incorporados à sociedade. O resultado foi o estabelecimento de uma política de integração, em que não existia espaço para a diversidade cultural, tampouco, para convicções alheias à identidade nacional (SOUZA e BARBOSA, 2011). Posto isto, o abandono da cultura por parte dos índios era quase que imediata, haja vista a necessidade da integração a sociedade nacional.

### 2.3.3 Fundação Nacional do Índio

A Fundação Nacional do Índio, FUNAI, é o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro. Criada por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculada ao Ministério da Justiça, é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal. O órgão foi concebido em bases semelhantes às do SPI. Até 1991 se manteve vinculado ao extinto Ministério do Interior, que sempre exerceu grande ingerência sobre suas ações. Sua missão institucional é proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil. Onde objetivava o cumprimento da política indigenista e manter os índios sob a tutela estatal e apresentando as mesmas contradições ao determinar a proteção cultural e incentivar paralelamente a integração à sociedade. A lei que criou a FUNAI determinou que seu artigo 1º que:

Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada "Fundação Nacional do Índio", com as seguintes finalidades: I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados: a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais; b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes; c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional; d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas; II - gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização; III - promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas; IV - promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios; V - promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional; VI - despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista; VII - exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio. Parágrafo único. A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais (BRASIL, 1967).

A FUNAI deve promover pesquisas de reconhecimento e delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, além de monitorar e fiscalizar as terras indígenas. Buscando coordenar e implementar as políticas de proteção aos povos isolados e recém-contatados. É, além disso, seu papel possibilitar políticas direcionadas ao desenvolvimento sustentável das populações indígenas. Nesse sentido, a FUNAI deve promover ações de etnodesenvolvimento, conservação e a reabilitação do meio ambiente nas terras indígenas, além de exercer o controle e mitigação de possíveis impactos ambientais decorrentes de interferências externas às terras indígenas (BRASIL, 2018).

Para uma proteção íntegra dos direitos indígenas, a FUNAI dispõe em seu corpo funcional uma Procuradoria Federal Especializada, prevista no art. 5º, inciso II, alínea “a” do Estatuto da FUNAI, que faz parte da Advocacia Geral da União - AGU, de acordo com o caput do art. 14, também do Estatuto da FUNAI e art. 2º, § 3º, da Lei Complementar nº 73/1993 (que institui a Lei Orgânica da AGU). Compete à essa Procuradoria, conforme expresso no Estatuto da FUNAI, em seu art. 14, além de “exercer atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito da FUNAI” (inciso V), “defender os interesses e direitos individuais e coletivos indígenas” seguindo o disposto no art. 35 do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973) e demais normas da AGU e da Procuradoria-Geral Federal (inciso III).

#### *2.3.4 Estatuto do Índio*

Em 19 de dezembro de 1973 foi promulgada a Lei 6001, denominada de Estatuto do Índio. Tal dispositivo dispõe sobre as relações do Estado e da sociedade brasileira com os índios. Em linhas gerais, o Estatuto seguiu um princípio estabelecido pelo Código Civil de 1916 que os índios, sendo "relativamente incapazes", deveriam ser tutelados por um órgão indigenista estatal, atualmente, a Funai, até que eles estivessem “integrados à comunhão nacional”, ou seja, à sociedade brasileira. A finalidade do Estatuto do Índio está disposta em seu artigo primeiro:

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.



Segundo a Procuradoria Geral da República (2013) no que tange à tutela indígena, no artigo 4º, da Lei nº 6001/1973, é apresentada uma classificação baseada no grau de integração do indígena, que estabelecia o tratamento a ser isentado aos indígenas no que tange à aplicação da legislação e também o artigo 7º, da Lei nº 6001/1973, prevê a tutela dos índios não integrados, senão vejamos:

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

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei. § 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória. § 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

O Estatuto do Índio, de 1973, manteve no Brasil a política integracionista dos indígenas, considerando como pessoas relativamente incapazes, onde aqueles que não estivessem integrados à cultura não indígena estariam sujeitos à tutela civil-orfanológica do Estado a ser exercida por meio da FUNAI. O Processo de integração do índio, individual ou coletivamente, à sociedade nacional, mesmo que se procure proceder de forma progressiva e harmoniosamente, implica, em alguns casos, a supressão biológica do índio, ao contato com as enfermidades que medram na sociedade envolvente (O ESTATUTO... 1973).

No entanto, essa classificação indígena em relação ao grau de integração só perdurou até o surgimento da Constituição de 1988, no tempo em que esta reconheceu expressamente, no seu texto constitucional, suas comunidades e organizações partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

### 3 CONCEITO DE CULPABILIDADE

A teoria do delito, no decorrer do tempo, vem mudando paulatinamente, como resultado disso, o conceito de crime vem se modificando de acordo com os costumes de cada época, permanecendo, atualmente, em constante evolução. Conforme leciona Souza e Japiassú (2011, p. 135), a teoria do delito “é a parte do penal destinada ao estudo do crime como fato punível, do ponto de vista jurídico, para estabelecer e analisar suas características gerais, bem como as formas especiais de aparecimento”. Consoante adverte Zaffaroni (apud GRECO, 2007, p. 135), essa percepção “não é um mero discorrer sobre o delito com interesse puramente especulativo, senão que atende à função essencialmente prática, consistente na facilitação da averiguação da presença ou ausência de delito em cada caso concreto”.

Segundo a Teoria do Crime de Fernando Capez (2018, p.180), crime pode ser conceituado sob três aspectos, quais sejam: O aspecto material, o aspecto formal e o aspecto analítico. O aspecto material busca estabelecer o motivo para determinado fato ser considerado crime ou não. Quanto ao aspecto formal, é considerado crime tudo aquilo que for previsto pelo legislador. No que diz respeito ao aspecto analítico, será considerado crime todo fato típico e ilícito, ou seja, é necessário observar a tipicidade da conduta para só depois verifica-se se a mesma é ilícita ou não.

A Teoria Bipartida de Crime, baseada na teoria finalista de Welzel, retira a culpabilidade do conceito de crime, o qual fica sendo apenas um fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena. Logo, segundo a teoria bipartida, o fato típico seria composto pela conduta (dolo e culpa), resultado, nexos causal e a tipicidade. Já no fato ilícito, as excludentes de ilicitude seriam: O estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito. Assim, devido o dolo e a culpa agora fazerem parte do fato típico, a culpabilidade perdeu sua principal função, exercendo um simples requisito para aplicação da pena. Portanto, segundo o raciocínio bipartido, o crime só é afastado se o fato for atípico ou se sobre ele incidir alguma das excludentes de ilicitude.

Segundo o posicionamento de Já Renê Ariel Dotti (2005, p.337-339):

Embora a objeção de autores de prestígio mantenho o entendimento de que a culpabilidade é muito mais um pressuposto da pena que um elemento do crime. Dizem eles que a “tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são predicados de um substantivo, que é a conduta humana definida como crime” (Bitencourt (Manual, p. 1997). Ou então que “todos os ‘requisitos’ ou ‘elementos’ do crime são pressupostos da pena, (...)” (Cirino dos Santos, A moderna teoria do fato punível, p. 199). A culpabilidade é um juízo post facto. É preciso entender o sentido finalístico da conclusão: a culpabilidade está em relação indissociável com a pena. A

culpabilidade não está no fato (conduta típica e ilícita) mas na reprovação do autor. Insisto: “o crime, visto como ação tipicamente ilícita é um fenômeno distinto e separável da pena cuja imposição depende dos pressupostos da imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa e da culpabilidade” (dotti, Curso, p. 337). A culpabilidade é um juízo (posterior) sobre a conduta (pretérita). A pena é um efeito da causa que é o crime. A opinião de Damásio de Jesus: “A culpabilidade é pressuposto da pena e não requisito ou elemento do crime. Como observa René Ariel Dotti, instigador da alteração de nosso entendimento a respeito da matéria, em face de seu atual desenvolvimento, a culpabilidade deve ser tratada como um pressuposto da pena, merecendo, por isso, ser analisada dentro desse quadro e não mais em setor da teoria geral do delito”. (Direito Penal, p. 452/453). Opinião de Luiz Flávio Gomes: “a culpabilidade, desde o advento da concepção normativa, é juízo de valor (ou de valoração) que recai sobre o agente do fato ou injusto punível. (...) “Discute-se se a culpabilidade recairia sobre o autor do fato ou sobre o próprio fato. Para aqueles que admitem a culpabilidade como requisito do delito, a tendência é afirmar que a culpabilidade incide sobre o fato. Para os que concebem a culpabilidade fora do fato punível (como nós), parece não haver dúvida que a culpabilidade é juízo de valor que recai, desde logo, sobre o autor do fato punível. A culpabilidade (como juízo de valoração) recai em primeiro lugar sobre o autor, porém, não sobre qualquer autor, senão sobre o autor de um fato punível. Os requisitos do fato punível (tipicidade, antijuridicidade e punibilidade) são sequenciais e lógicos. O segundo depende do primeiro. O terceiro depende dos dois anteriores. A pena, por seu turno, depende de todos os requisitos do fato punível e ainda da culpabilidade e da necessidade de pena. Não há culpabilidade, de qualquer modo, ou, em outras palavras, jamais o juiz pode fazer qualquer juízo de censura ou de reprovação (sobre o autor) sem a constatação prévia da tipicidade, da antijuridicidade e da punibilidade abstrata e concreta” (Direito Penal, p. 342). Para eliminar a objeção que é puramente literalista, é possível afirmar, com outras palavras, que a culpabilidade é um atributo da pena e não um elemento do crime” (DOTTI, 2005, p.337-339).

A Teoria Clássica da Concepção Tripartida de Crime, concebida por Franz Von Liszt, diz que crime é um fato típico, ilícito e culpável. Tal teoria considera que o dolo e a culpa fazem parte da culpabilidade, sendo essencial para a existência de crime. A partir do finalismo de Welzel, foi descoberto que o dolo e a culpa integravam o fato típico, logo, a culpabilidade passou a ser mero juízo de valoração externa ao crime, deixando de compor o elemento do crime (CAPEZ, 2018). Entretanto, Welzel deixou claro que, para ele, o crime só existiria se a culpabilidade estivesse presente, pois, na culpabilidade estaria as circunstâncias necessárias para o condicionamento da reprovabilidade da conduta contrária ao ordenamento jurídico. Dessa forma, crime continua sendo a ação típica, ilícita e culpável (BITENCOURT, 2017).

Conforme leciona Francisco Assis de Toledo (1999, p. 80):

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável (TOLEDO, 1999, p. 80).

Assim, para fins de estudo, o presente trabalho irá adotar a Teoria Tripartida de Crime, pois esta se enquadra de forma mais completa à Teoria do Crime, classificando o crime como fato típico e culpável.

### 3.1 Princípios Norteadores

A culpabilidade tem origem na Idade Média, a qual visava à responsabilização dos atos praticados de forma voluntária. É, portanto o marco inicial contra a responsabilização objetiva. Não importava se o agente pertencente a um grupo primitivo praticava o fato com dolo ou culpa. Isso porque, realizado o fato danoso, o indivíduo era responsabilizado, independentemente da vontade de praticar o evento. Dependendo do crime, todo o grupo ou clã poderia ser responsabilizado pela ação do agente que o praticou.

Segundo destaca Von Liszt (1995, p. 55), “a pena primitiva, desde o início do direito penal, tinha um caráter social, resultado do instinto de conservação da comunidade, que buscava por meio dela uma reação contra as perturbações sociais”. Assim, para Liszt, a pena primitiva sempre teve caráter social de sanção penal, apesar da aplicação arcaica.

De todos os povos antigos, os romanos foram os que mais contribuíram para evolução do direito, especialmente o direito penal, o qual teve importantes institutos criados por esses povos, sendo a culpabilidade um deles.

Para entendermos a formação da culpabilidade é essencial que estudemos os institutos criados pelos romanos conhecidos como *dolus malus* e a culpa *stricto sensu* ou imprudência. A vontade delituosa (*dolus malus*) presumia a necessidade do agente saber que a sua conduta era incompatível com a lei, caso contrário, era afastada a responsabilidade do indivíduo. Quanto a culpa *stricto sensu*, os romanos acreditavam que se o agente agisse sem intenção, cairia sobre ele uma expiação religiosa, mas não uma pena. Pois as leis penais da época se baseavam na vontade delituosa do agente.

As concepções medievais, carregadas de superstições e enraizadas em crenças religiosas, foram superadas pela construção efetiva do princípio da culpabilidade, principalmente após o século XIX, com grandes marcos, inicialmente, com a teoria psicológica, a teoria psicológico-normativa da culpabilidade e o posterior advento do conceito puramente normativo de culpabilidade.

A teoria psicológica da culpabilidade é aquela cuja metodologia de abordagem foi a das ciências naturais. Para Florencio Filho (2017, p. 54), compete à teoria psicológica “atribuir os elementos objetivos do fato punível à antijuridicidade, enquanto os subjetivos

foram atribuídos à culpabilidade, concebida, assim, como uma relação psíquica entre o autor e o fato punível (resultado)”. Assim, essa regra cumpriria a estabilidade pretendida pelos positivistas, conduzindo a uma concepção de ação puramente psicológica da culpabilidade, que até então era entendida como simples nexos psíquico entre o autor e o resultado.

Dessa forma, para Florencio Filho, a teoria psicológica concebeu a culpabilidade como um sistema bipartido rígido: de um lado há os elementos objetivos (injusto) e, do outro, os subjetivos (culpabilidade). Logo, a partir da ideia de a teoria do crime ter sido concebida de forma psicológica, a teoria da pena também se desenvolveria da mesma forma, originando a teoria da coação psicológica da pena (PINTO FILHO, 2017).

Nesse diapasão, Florencio Filho, ao tratar da teoria da coação psicológica, afirma que o delito “passou de uma ação antijurídica a um fato contrário à lei, e a infração à norma começou a ser entendida como a vulneração de uma lei penal, o que reduziu bastante a complexidade da abrangência do conceito de norma”. Sendo necessário a presunção do conhecimento da lei por todos para a aplicação da pena para quem violasse a lei penal.

A teoria normativa da culpabilidade, também conhecida como psicológico-normativa, foi criada por Reinhard Frank, o qual introduziu um novo elemento a culpabilidade, chamado de normalidade das circunstâncias, onde existiria um juízo de valor com base na condição psíquica do indivíduo, tendo a reprovabilidade da conduta, sem, no entanto, afastar o dolo e a culpa. Assim, além de existir o dolo ou culpa na conduta do agente, tal conduta deveria ser reprovável.

Conforme explica Roberto Bitencourt (2017, p. 456):

Em toda a evolução da teoria normativa da culpabilidade ocorre algo semelhante ao que aconteceu com a teoria do injusto. No injusto, àquela base natural-causalista acrescentaram-se as contribuições da teoria dos valores, ou seja, ao positivismo do século XIX somou-se o método valorativo do neokantismo das primeiras décadas do século XX. Na culpabilidade, a exemplo do que ocorreu com o injusto, a uma base naturalista-psicológica acrescentaram-se também os postulados da teoria dos valores, primeiro com Frank, de forma vaga e difusa, posteriormente, com maior clareza, com os autores já citados, Goldschmidt e Freudenthal. Com isso, se superpõe na culpabilidade um critério de caráter eticizante e de nítido cunho retributivo. A partir dessa teoria normativa (psicológico-normativa), dolo e culpa deixam de ser considerados como espécies de culpabilidade, ou simplesmente como “a culpabilidade”, passando a constituir, necessariamente, elementos da culpabilidade, embora não exclusivos, pois esse novo conceito de culpabilidade, ao contrário da teoria psicológica, necessita de outros elementos para aperfeiçoar-se (BITENCOURT, 2017, p. 456).

Dessa forma, a culpabilidade exercia uma relação psicológica e um juízo de reprovação. Logo, o indivíduo que praticou determinado injusto penal só poderia ser punido se, nas circunstâncias em que praticou a conduta, se existisse a possibilidade de agir de forma

diversa da praticada. Atualmente, a doutrina clássica esse posicionamento de exigibilidade de conduta diversa.

Ainda seguindo a linha de raciocínio de Roberto Bitencourt (2017, p. 457), a culpabilidade não era mais intrínseca ao agente e o fato ilícito, mas como um juízo de valor entre o indivíduo e sua conduta. Logo, o agente ao ser portador da culpabilidade, ou seja, ao ter a pretensão de praticar algo, seja com dolo ou culpa, passaria a ser objeto de juízo de culpabilidade por parte dos julgadores. Isto posto, se existisse a reprovabilidade de sua conduta, autor de um fato típico e ilícito, a sua culpabilidade estava condicionada a existência de alguns elementos, quais sejam: a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e o dolo e a culpa.

É válido salientar que, a imputabilidade deixou de ser uma hipótese, assim como era na teoria psicológica, para ser elemento da culpabilidade. Assim, a imputabilidade continua sendo indispensável na teoria psicológico-normativa, mas como seu elemento. Da mesma forma, o dolo passou a ser profundamente estudado pelo Direito, sendo conceito como *dolus malus*.

De acordo com os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes (2007, p. 555):

Já desde o Direito romano distinguia-se o *dolus bonus* do *dolus malus*, segundo a maliciosa intenção do agente dirigida “para enganar” ou “para cometer crime”. Mas é sobretudo depois da concepção teleológica do delito e da culpabilidade normativa que, divorciando-se do posicionamento de Von Liszt, passa-se a aceitar a consciência da ilicitude como requisito da culpabilidade, mais precisamente como dado que se agrega ao dolo e assim acolhe-se o denominado *dolus malus* (dolo normativo ou dolo jurídico), isto é, dolo mais consciência da ilicitude. Exige-se que o agente, no momento da conduta, além de representar a realidade fática (requisito intelectual do dolo) e de desejar realizar a conduta (requisito volitivo do dolo), tenha consciência real e inequívoca (ainda que num juízo leigo) de que sua conduta contraria o ordenamento jurídico (é a consciência real da ilicitude ou da antijuridicidade do fato) (GOMES; GARCÍA, 2007, p. 555).

Assim sendo, devido ter considerado o dolo como elemento da culpabilidade, onde era imprescindível que o agente quisesse praticar um fato típico e ilícito, com a consciência da ilicitude do fato, isto é, sabendo que estava contrariando a ordem jurídica. Assim, o dolo deixaria de ser puramente psicológico, ou seja, natural, para ser também normativo, isto é, reunia os dois aspectos ao mesmo tempo psicológico, tendo vontade e previsão, e o normativo, consciência da ilicitude, configurando o chamado dolo híbrido ou psicológico-normativo (BITENCOURT, 2017, p. 457).

No que diz respeito à teoria normativa pura da culpabilidade, teve início na década de 30, após a teoria finalista de Welzel, o qual observou que o dolo não permaneceria dentro do

juízo de culpabilidade, pois a intencionalidade humana, que era o elemento fundamental, não estava presente. Assim, se o dolo não estivesse presente no delito tal conduta seria considerada atípica.

Sendo constatado que o dolo e a culpa integram a conduta, a culpabilidade passa a ser puramente valorativa ou normativa, isto é, puro juízo de valor, de reprovação, que recai sobre o autor do injusto penal excluída de qualquer dado psicológico (CAPEZ, 2018). Portanto, a teoria normativa pura exigiu apenas imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa, deslocando dolo e culpa para a conduta.

A teoria adota pelo Código Penal brasileiro e pela corrente majoritária, é a teoria limitada da culpabilidade, a qual diz que o erro que recai sobre uma situação de fato, uma discriminante putativa fática, um erro de tipo, enquanto o que incide sobre a existência ou limites de uma causa de justificação é erro de proibição, considerando como elementos da culpabilidade a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa. Onde as discriminantes putativas fáticas de erro de tipo e as discriminantes putativas de erro de proibição, ambas são previstas no Código Penal nos arts. 20 e 21.

Conforme leciona Fernando Capez (2018, p. 401), a culpabilidade é “a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito”, ou seja, é a reprovação de uma conduta tipificada como ilegal praticada por alguém. Assim, após verificar a tipicidade e a ilicitude do fato, é preciso aferir se o agente responde ou não pelo crime cometido.

Já para Roberto Bitencourt (2017, p. 67), “a culpabilidade, como fundamento da pena, significa um juízo de valor que permite atribuir responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico a uma determinada pessoa para a conseqüente aplicação de pena”. Logo, deverá ser preenchido uma série de requisitos (capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta) que venham a constituir elementos positivos específicos da culpabilidade, os quais deverão ser analisados para afirmar ou não a culpabilidade do agente em determinado delito. A ausência de qualquer elemento é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal.

O princípio de culpabilidade é derivado do provérbio “Nullum crimen sine culpa”, ou seja, não há crime sem culpabilidade. Tal princípio expressa que a ninguém será imputado crime ou imposta pena sem que a conduta criminosa seja reprovada em um juízo de culpa lato senso. Nesse sentido, a pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e

merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico (JESUS, 2008). Apesar de não ser conceituado no Código Penal brasileiro, o princípio da culpabilidade é derivado Constituição Federal de 1988 de maneira implícita no seu art. 5º LVII e no art.1º III, que trata do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como afirma Muñoz Conde (apud BITENCOURT, 2017, p. 67), a culpabilidade não é um fenômeno isolado, individual, afetando somente o autor do delito, mas é um fenômeno social. Dessa forma, não existe uma culpabilidade em si, individualmente concebida, mas uma culpabilidade em relação aos demais membros da sociedade, defendendo, atualmente, um fundamento social, em vez de psicológico, para o conceito de culpabilidade.

Roberto Bitencourt (2017, p. 68) defende que do princípio da culpabilidade derivam-se três importantes consequências materiais, quais sejam: a inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado; a atribuição da responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; a culpabilidade é a medida da pena. Assim sendo, não restaria a menor dúvida que o princípio da culpabilidade representa uma garantia fundamental no processo de atribuição de responsabilidade penal, sendo refletido diretamente na definição de culpabilidade do agente.

O Código Penal brasileiro não traz definição para a culpabilidade, elevando-a a um dos conceitos mais debatidos na teoria do delito. A discussão repousa, sobretudo, na sua posição sistemática, se integrante do conceito de crime ou se considerada à parte, como pressuposto da pena. Entretanto, a doutrina majoritária conceitua o crime como fato típico, antijurídico e culpável, adotando a teoria tripartida do delito.

O Código Penal, influenciado pelas teorias do século XIX consagra a reponsabilidade subjetiva em seu artigo 18. Vejamos:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (BRASIL, 1940)

Dessa forma, nota-se, portanto, que o princípio da culpabilidade tem um papel fundamental para o afastamento da responsabilidade objetiva. No entanto, é válido destacar que, atualmente, grande parte da doutrina entende que o dolo e a culpa integram o fato típico e



que o princípio da culpabilidade é mais bem definido como princípio da responsabilidade penal subjetiva.

### 3.2 O Código Penal e o Código de Processo Penal

Conforme explica Cleber Masson (2011, p. 177), o Código Penal de 1940, em sua redação original, acolhia um conceito tripartido de crime, relacionado à teoria clássica da conduta. Eram, portanto, elementos do crime o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade. Entretanto, a situação mudou com a edição da Lei 7,209/1984, responsável pela redação da nova Parte Geral do Código Penal. A partir de então, fica a impressão de ter sido adotado um conceito bipartido de crime, ligado obrigatoriamente a teoria finalista da conduta.

Ainda segundo o pensamento de Masson (2011, p. 177):

Em primeiro lugar, no Título II da Parte Geral o Código Penal trata “Do Crime”, enquanto logo em seguida, no Título III cuida “Da Imputabilidade Penal”, dessa forma, crime é o fato típico e ilícito, independentemente da culpabilidade, que tem a imputabilidade penal como um dos seus elementos. O crime existe sem a culpabilidade, bastando seja o fato típico e revestido de ilicitude. Em igual sentido, ao tratar das causas de exclusão da ilicitude, determina o Código Penal em seu art. 23 que “não há crime”. Ao contrário, ao relacionar-se às causas de exclusão da culpabilidade (arts. 26, caput, e 28, § 1º, por exemplo), diz que o autor é “isento de pena”. Assim sendo, é necessário que o fato típico seja ilícito para a existência do crime. Ausente a ilicitude, não há crime. Por outro lado, subsiste o crime com a ausência da culpabilidade. Sim, o fato é típico e ilícito, mas o agente é isento de pena. Em suma, há crime, sem a imposição de pena. O crime se refere ao fato (típico e ilícito), enquanto a culpabilidade guarda relação com o agente (merecedor ou não de pena). Mas não é só. O art. 180, § 4º, do Código Penal preceitua: “A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa”. Conclui-se que, nada obstante a isenção de pena do agente e, portanto, da falta de culpabilidade (isenção da pena - exclusão da culpabilidade), ainda assim existe o crime do qual proveio a coisa. Em outras palavras, diz o Código Penal tratar-se o crime de fato típico e ilícito, pois subsiste mesmo com a isenção da pena em relação ao autor do crime anterior. Vejamos mais um indicativo da opção pelo sistema finalista e bipartido. Em consonância com o art., 138 do Código Penal, configura-se o crime de calúnia a conduta de imputar a alguém, falsamente, fato definido como crime. Se a culpabilidade fosse elemento do crime, os inimputáveis (como é o caso dos doentes mentais) jamais poderiam ser caluniados, pois seria inadmissível imputar a eles falsamente fato definido como crime. Destarte, a honra de tais pessoas poderia ser banalmente violada, e não haveria atuação penal do Estado para reprimir a conduta ofensiva. Exemplo: Todos poderiam dizer livremente que um doente mental seria o autor dos estupros cometidos em determinada comunidade, ainda que cientes da falsidade da imputação. Afinal, ele não praticaria crimes, razão pela quais a sua honra objetiva poderia ser facilmente violada. Em que pesem tais argumentos, há respeitados penalistas que adotam posições contrárias, no sentido de ter o Código Penal se filiado a um sistema tripartido, motivo que justifica o conhecimento de todos os enfoques por parte dos candidatos a concursos públicos (MASSON, 2011, p. 177).

No que diz respeito à culpabilidade no Código de Processo Penal, o CPP tem carácter liberal e acusatório, ou seja, é imprescindível que tal diploma legal seja regido pelo princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade. Assim, o princípio da presunção de inocência de assegurar ao agente que seja considerado inocente até decisão contrária transitada em julgado.

O art. 386 do Código de Processo Penal elenca as hipóteses que o juiz deverá absolver o réu. Vejamos (BRASIL, 1941):

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - Estar provada a inexistência do fato;
- II - Não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV - Estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V - Não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.
- VII - não existir prova suficiente para a condenação.

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

- I - Mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;
- II - Ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;
- III - aplicará medida de segurança, se cabível.

Sobre uma das hipóteses de absolvição mencionadas no artigo supramencionado, leciona Fernando Capez (2018, p. 662):

Absolvição sumária: é a absolvição do réu pelo juiz togado, quando: (i) provada a inexistência do fato; (ii) provado não ser ele autor ou partícipe do fato; (iii) o fato não constituir infração penal; (iv) demonstrada causa de isenção de pena (da culpabilidade) ou de exclusão do crime (da ilicitude) (CPP, art. 415). A sentença é definitiva e faz coisa julgada material. Trata-se de verdadeira absolvição decretada pelo juízo monocrático. Trata-se de uma decisão de mérito, que analisa prova e declara a inocência do acusado. Por essa razão, para que não haja ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, a absolvição sumária somente poderá ser proferida em carácter excepcional, quando a prova for indiscutível. Havendo dúvida a respeito, por exemplo, da causa excludente ou dirimente, o juiz deve pronunciar o réu. Neste sentido, a jurisprudência pacífica do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao tratar do antigo art. 411 do CPP, antes da reforma processual penal: “A absolvição sumária do art. 411 do CPP só tem lugar quando a excludente de culpabilidade ou da ilicitude desponte nítida, clara, de modo irretorquível, da prova dos autos. Mínima que seja a hesitação da prova a respeito, impõe-se a pronúncia, para que a causa seja submetida ao júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, por mandamento constitucional” (RT, 656/279). O parágrafo único do art. 415 faz uma ressalva: a inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Código Penal não gerará a absolvição sumária do agente, salvo quando esta for a única tese defensiva. Com efeito, a absolvição sumária do acusado, em razão da sua inimputabilidade, devidamente comprovada em incidente de insanidade mental, é decisão ofensiva ao devido processo legal, posto que cerceia a ampla defesa do réu, erigida, em especial, à dignidade de princípio conformador do Tribunal do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII, a), porquanto o obsta de levar ao juiz natural da causa, que é o corpo de jurados, a tese, v. g., de excludente de ilicitude, subtraindo-lhe a oportunidade de ver-se absolvido

plenamente, livrando-se de qualquer medida restritiva ou privativa de direitos. (CAPEZ, 2018, p. 662).

### 3.3 Elementos Essenciais da Culpabilidade

#### 3.3.1 Imputabilidade

Conforme explanado, após verificar se o fato é típico e ilícito, deve-se proceder à análise da culpabilidade. Segundo a teoria adotada pelo Código Penal, existe três elementos da culpabilidade, onde a imputabilidade é o primeiro deles.

Consoante os ensinamentos de Fernando Capez (2018, p. 411), a imputabilidade “é 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”.

Já para Roberto Bitencourt (2017, p. 466), “imputabilidade é a capacidade ou aptidão para ser culpável, embora, convém destacar, não se confunda com responsabilidade, que é o princípio segundo o qual o imputável deve responder por suas ações”.

O instituto da imputabilidade não foi definido pelo Código Penal de 1940, que se limitou a determinar a idade e as condições de sua ausência, definindo os casos de inimputabilidade. Ao observarmos os arts. 26, 27 e 28 do Código Penal veremos que o legislador não se preocupou em definir o conceito de tal instituto, mas, em estabelecer as hipóteses legais de imputabilidade, conforme se verifica:

#### TÍTULO III DA IMPUTABILIDADE PENAL

##### Inimputáveis

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

##### Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

##### Menores de dezoito anos

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

##### Emoção e paixão

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão; Embriaguez

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz

de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940).

Assim, podemos definir a imputabilidade como a capacidade psíquica do agente em entender a ilicitude de determinado comportamento, o qual é passível de punição em casos excepcionais. Fernando Capez (2018, p. 413) entende que um indivíduo para não ser considerado inimputável, deve ter total controle sobre sua vontade e plena capacidade de entendimento que o ato praticado é considerado um ilícito penal. Em suas 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”.

De acordo com Miguel Reale Jr (2011, p. 206), a imputabilidade não é uma culpabilidade presumida, tampouco, um empecilho, mas uma diferença de cada ser humano, constituindo um pressuposto da ação. Nesse sentido, para Reale, o inimputável não age, pratica fatos. O alicerce da inimputabilidade está nas condições biopsicológicas, essenciais para determinar se o agente tinha consciência do caráter criminoso do fato. Reconhecida a base biológica, a doença mental ou o desenvolvimento mental retardado ou incompleto, não existe uma instantaneidade no reconhecimento da inimputabilidade (REALE JR., 2011).

A inimputabilidade dos menores de 18 anos está prevista no art. 228 da Constituição Federal, bem como no art. 27 do Código Penal, sendo considerados inimputáveis. Segundo leciona Janaina Paschoal (2018, p. 44), não foi adotado aos menores um critério médico, de incapacidade mental, nem psicológico, de incapacidade de entendimento, mas normativo. Tal instituto além de ser garantido pela Constituição Federal e pelo Código Penal, também está amparado pelo art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei n. 8.069/90). Ainda segundo Paschoal, o legislador foi cauteloso ao prever que a emoção, a paixão, a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou por substância de efeitos análogos, não acarreta a inimputabilidade. Por mais que tais condutas possam comprometer o entendimento do caráter ilícito do ato, ou a capacidade de condução conforme tal entendimento, não excluem a imputabilidade.

### *3.3.2. Potencial Consciência da Ilicitude do Fato*

A alegação do desconhecimento da lei para não cumpri-la é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, previsto no Código Penal e na LINDB. O Código Penal no seu art. 21 prevê que:

Erro sobre a ilicitude do fato

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (BRASIL, 1940).

Já a LINDB prevê que ninguém poderá deixar de cumprir a lei alegando que não a desconhece, “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. O legislador a fim de evitar tais alegações, criou como requisito da culpabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato. Tal instituto serve para determinar se o agente tinha conhecimento do caráter ilícito do fato no momento da ação ou omissão.

Segundo Fernando Capez (2018, p. 434), a potencial consciência da ilicitude do fato, consistiria no exame casuístico de que, no momento do fato, teria ou não o agente a possibilidade de saber que fazia algo errado ou injusto, conforme o meio social, sua cultura, intelecto, resistência emocional e psíquica, dentre outros fatores.

Já para Roberto Bintencourt (2017, p. 467), a potencial consciência da ilicitude do fato, seria a necessidade do conhecimento das circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude, devendo o indivíduo ter conhecimento do ato praticado e de sua ilicitude.

Dessa forma, potencial consciência da ilicitude do fato é a capacidade do agente imputável entender a reprovabilidade de sua conduta no momento da ação ou omissão. Exigindo que o indivíduo tenha conhecimento de que seu comportamento é vedado pelo ordenamento jurídico. Sendo provado que o agente não tenha essa consciência no momento da prática do ato, será excluída a sua culpabilidade, pois tal instituto é um elemento fundamental da culpabilidade. Para avaliar se o indivíduo possui ou não essa consciência, o juiz deverá analisar os aspectos objetivos, devendo verificar o meio em que o agente vive, os costumes, os hábitos do lugar onde ele vive, o meio social, sua formação cultural, o nível intelectual, dentre outros.

A potencial consciência de ilicitude do fato não se confunde ausência de consciência da ilicitude, pois o desconhecimento da ilicitude do fato é uma circunstância atenuante genérica da pena, prevista no Código Penal. Vejamos: Circunstâncias atenuantes Art. 65. São

circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] II – o desconhecimento da lei (BRASIL, 1940).

Isto posto, tal ausência de consciência da ilicitude dá ensejo ao erro de proibição, a qual pode excluir a culpabilidade em casos excepcionais. Segundo Roberto Bitencourt (2017, p. 468), a ausência de conhecimento da proibição não afasta o dolo natural, mas exclui, isto sim, a culpabilidade, no caso do erro de proibição invencível.

Para Bitencourt, “o erro de proibição é aquele que se dá sobre a antijuridicidade do fato, com pleno conhecimento da realização do tipo”, ou seja, o indivíduo sabe o que faz, mas supõe equivocadamente que sua conduta é permitida.

Já Fernando Capez (2018, p. 431), diz que o erro de proibição é “a errada compreensão de uma determinada regra legal pode levar o agente a supor que certa conduta injusta seja justa, a tomar uma errada por certa, a encarar uma anormal como normal, e assim por diante”. Nesse sentido, o indivíduo ao se deparar com determinada situação interpreta mal o dispositivo legal e acaba realizando uma conduta que para ele é permitida, mas, na verdade, é proibida por lei.

Em suma, no erro de proibição, o agente pensa agir plenamente de acordo com o ordenamento jurídico, mas, na verdade, pratica um ato ilícito, em razão de equivocada compreensão do direito e da realidade, ou seja, o erro consiste no juízo equivocado do que lhe é permitido fazer na vida em sociedade.

No que diz respeito à responsabilização penal no erro de proibição, existe duas possibilidades prevista no ordenamento jurídico, quais sejam: o erro seja inevitável e o erro evitável. O Código Penal no art. 21 prever tais possibilidades, vejamos:

Erro sobre a ilicitude do fato

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

O erro de proibição inevitável ocorre quando o sujeito mesmo tentando evitar o resultado não consegue. Apesar do esforço empregado pelo agente para evitar determinado resultado, este não tem condições de compreender o caráter ilícito do fato. Nesse caso, exclui-se a culpabilidade, em face da ausência de um dos seus elementos, a potencial consciência da ilicitude. Nos termos do art. 21, caput: “O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena”.

Quanto ao erro de proibição evitável, o resultado poderia ter sido evitado com o normal esforço de consciência por parte do agente. Se o indivíduo empregasse os esforços normais, seria possível a compreensão acerca do caráter ilícito do fato. Subsiste a culpabilidade, mas a pena deve ser diminuída de um sexto a um terço, em face da menor censurabilidade da conduta. O grau de reprovabilidade do comportamento do agente é o principal fator para a maior ou menor diminuição. E, 3 embora o art. 21, caput, disponha que o juiz “poderá” diminuir a pena, a redução é obrigatória, pois não se pode reconhecer a menor censurabilidade e não diminuir a sanção. Portanto, O agente não ficará isento de pena, mas, em face da inconsciência atual da ilicitude, terá direito a uma redução de pena de 1/6 a 1/3.

### *3.3.3 Exigibilidade de Conduta Diversa*

A exigibilidade de conduta diversa deve ser vista como a possibilidade que o agente tem de não ser punido por algo que no momento do ocorrido não tinha condições de agir diferente, devendo ser punido apenas comportamentos que poderiam ser evitados.

Conforme leciona Fernando Capez (2018, p. 436),

Consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma.

Assim, trata-se de causa de exclusão da culpabilidade, fundada no princípio de que só podem ser punidas as condutas que poderiam ser evitadas. Onde o fato inevitável não tem força para excluir a vontade, mas, indubitavelmente, acaba viciando.

Consoante os pensamentos de Roberto Bitencourt (2017, p. 469), “um dos elementos mais importantes da reprovabilidade vem a ser exatamente essa possibilidade concreta que tem o autor, capaz de culpabilidade, de determinar-se conforme o sentido em favor da norma jurídica”.

Sendo assim, é fundamental conhecermos os institutos previstos no nosso ordenamento jurídico para o afastamento da exigibilidade de conduta diversa e que, por consequência, acabam afastando a culpabilidade. O Código Penal estabelece as são causas legais inexibibilidade de conduta diversa, quais sejam: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica. Vejamos:

Coação irresistível e obediência hierárquica

Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Nessa perspectiva, não sendo possível praticar conduta diversa, pode o agente recair sobre uma excludente de culpabilidade, a qual consiste na inexigibilidade de conduta diversa, não sendo possível exigir do indivíduo uma conduta diferente no momento do fato praticado, logo, tal comportamento não será passível de punição, haja vista previsão no Código Penal.

O enunciado do art. 22 do CP, não se preocupou em definir o que seja “coação” e o que vem a ser “irresistível”. Coação, por sua vez, é o emprego de força física ou de grave ameaça para que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa. E irresistível significa o que é impossível de resistir, invencível.

Consoante os ensinamentos de Miguel Reale Jr. (2012, p. 193),

a situação de coação tem como fato elementar constitutivo o constrangimento à prática de um delito, sob ameaça de um mal. São dois males, restando ao agente a alternativa de sofrer o mal ameaçado ou de praticar o crime.

Conforme ensina Fernando Capez (2018, p. 438), existe duas espécies de coação: a coação física e a coação moral. Onde a coação física consiste no emprego de força física, eliminando totalmente a vontade do agente e excluindo a sua conduta, sendo considerado um fato atípico. Já a coação moral consiste no emprego de uma grave, onde é subdividida em duas espécies, quais sejam: a coação moral irresistível e a coação moral resistível.

A coação moral irresistível ocorre quando o agente não tem condições de resistir e mediante grave ameaça acaba praticando um fato típico, no entanto, o indivíduo não é considerado culpado.

Já na coação moral resistível, o agente comete fato típico, caracterizado crime, mediante uma ameaça resistível e que, no momento da ação ou omissão, era exigível uma conduta diversa do indivíduo. Entretanto, a coação moral resistível atua como uma circunstância atenuante genérica, assim como prevê o art. 65, III, c, do CP. Observemos:

Circunstâncias atenuantes

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

III – ter o agente:

[...]

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima. (BRASIL 1940).

No que diz respeito à obediência hierárquica, Fernando Capez (2018, p. 438), diz que “é a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, tornando viciada a vontade do subordinado e afastando a exigência de conduta diversa”. Já para Roberto



Bitencourt (2017, p. 498), “a estrita obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal caracteriza, independentemente de emanar de “autoridade” pública ou privada, a inexigibilidade de outra conduta”.

Dessa forma, a obediência hierárquica é instituto que depende da relação de direito público entre o superior e quem a ordem, provocando a isenção de responsabilidade penal quanto à conduta proveniente de determinação não manifestamente ilegal de superior hierárquico. Tal conduta elencado no art. 22 do Código Penal, passa a ser inexigível que o agente tenha comportamento diferente, mostrando-se, tal qual na coação moral irresistível, desproporcional a aplicação de pena.

#### 4 ANÁLISE CRÍTICA DA CULPABILIDADE INDÍGENA

O Código Penal de 1940, apesar de tratar de diversos institutos com notável cuidado, no que diz respeito à questão indígena, é completamente omissivo. Tal omissão é resultado de uma política integracionista, onde acabou acarretando numa falta de engajamento do Estado em regulamentar e proteger a situação dos indivíduos e povos indígenas. Na seara do Direito Processual Penal, não há qualquer procedimento para qualificar as ações indígenas ao longo da ação penal.

Ao não tratarem expressamente da questão indígena no Código Penal, os juristas redatores do diploma legal, abriram margens para os índios passassem a ser vistos como inimputáveis, haja vista tratarem as diferenças culturais indígenas como sinônimo de “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”.

Conforme explica Henrique Pierangeli (1980, p. 421), a motivação para tal entendimento foi feita pelo Ministro Francisco Campos, referindo-se ao art. 22, o qual foi reescrito como art. 26 na reforma de 1984:

No seio da Comissão, foi proposto que se falasse, de modo genérico, em perturbação mental; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se, em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e devendo entender-se como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênicas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava alusão expressa aos surdos-mudos e silvícolas inadaptados (PIERANGELI, 1980, p. 421).

O revisor do Código Penal de 1940, Nelson Hungria, também se manifestou a respeito do art. 22 do CP (atual art. 26), justificando a ausência de alusão expressa aos silvícolas, demonstrando uma postura eivada de um sentimento etnocentrista, e extremamente preconceituoso, conforme se verifica (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978):

Desenvolvimento mental incompleto ou retardado - Em segundo lugar, o art. 22 fala em “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. Sob este título se agrupam não só os deficitários congênicos do desenvolvimento psíquico ou oligofrênicos (Idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que o são por carência de certos sentidos (surdos-mudos) e até mesmo os silvícolas inadaptados. O conceito de mente, como adverte o ministro Campos, na sua Exposição de motivos, é suficientemente amplo para abranger até o “senso moral” (ensina Tirelli que “mente é o complexo funcional, quantitativa e qualitativamente harmônico, dos diversos elementos do arco diastáltico psíquico”), e, assim, não há dúvida que entre os deficientes mentais é de se incluir também o homo sylvester, inteiramente, desprovido das aquisições éticas do civilizado homo medius que a lei penal declara responsável. [...] Desenvolvimento mental incompleto é o que ainda não se concluiu (infantes, adolescentes), enquanto desenvolvimento mental retardado é o que não pode chegar à maturidade psíquica (oligofrênicos, surdos-mudos). Entre outros autores que

fazem a distinção, pode ser citado Aschaffenburg. Dir-se-á que, tendo sido declarados, em dispositivo à parte, irrestritamente irresponsáveis os menores de 18 anos, tornava-se desnecessária a referência ao “desenvolvimento mental incompleto”; mas, explica-se: **a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio** (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 336, grifo nosso).

Nesse diapasão, Janaina Paschoal (2011, p. 83), leciona que “pertencer a uma cultura diferente não significa ser inimputável. Ter costumes, crenças, hábitos próprios não implica desenvolvimento mental incompleto, ou retardado”. Ainda para Paschoal, o desenvolvimento mental do índio em relação à sociedade não índia é totalmente completo. Pois o indígena é plenamente capaz de aprender a caçar, pescar, internalizar rituais referentes à suas crenças religiosas, educar seus filhos de acordo com seus costumes, dentre outras habilidades.

Assim, o indígena que pratica suas crenças, costumes e que exerce habilidades específicas para sua cultura, mas que vive isolado da sociedade “branca”, é considerada um indivíduo que possui um desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não existindo qualquer critério de diferenciação no sistema jurídico penal.

Naquela época, o indígena era tratado com um ser inferior, um ser desprovido de conhecimento e vontade, que necessitava ser tutelado pelo Estado. Os direitos indígenas não eram assegurados pelo Estatuto do índio, haja vista sua criação ter se dado em um período de opressão, eivado de sentimento etnocentrista, e de uma política integracionista. Onde as necessidades dos índios não eram condizentes com os direitos previsto no Estatuto do Índio.

Conforme discorre Helder Barreto (2011, p. 152),

nessa perspectiva, portanto, o índio é visto como um ser inferior que deve e precisa ser integrado a comunhão nacional. Completada a integração, não será mais considerado inferior, mas também não será mais considerado índio, e, portanto, não merecerá mais qualquer tutela especial.

Desse modo, segundo a visão etnocêntrica, os índios estavam fadados ao desaparecimento caso não se integrassem a comunhão nacional.

A Constituição Federal de 1988 surgiu para denegar todas as concepções enraizadas na sociedade daquela época sobre os direitos indígenas, conferindo aos índios o direito de reconhecimento de suas organizações sociais, culturais e territoriais. Onde o índio passou da figura de um ser inferior para um indivíduo como os mesmos direitos da comunhão nacional.

Portanto, o ideal seria romper esse estereótipo deturpado que o índio para ser índio precisa estar isolado e na medida que vai convivendo com a sociedade deixará de ser índio.

Tal pensamento obsoleto só demonstra nossa ignorância e preconceito para com os indivíduos com descendência indígena. O índio não deixará de ser índio só porque reside fora da sua etnia, ou porque sabe ler, escrever, possui um celular, um automóvel, um título de eleitor, um cpf, cursa uma faculdade ou até mesmo porque tem um fenótipo diferente do estabelecido pela sociedade.

#### **4.1 O Tratamento Conferido aos Índios na Constituição Federal de 1988**

Conforme explanado, os direitos indígenas já foram discutidos em Constituições anteriores à Constituição vigente. O Alvará de 1º de abril de 1680, ratificado pela lei de 6-6-1755, estabeleceu pela primeira vez uma reserva de terras aos índios, os considerando senhores primários e naturais delas.

A Constituição Federal promulgada no dia 5 de outubro de 1988, pode ser apelidada de “Constituição dos Índios”, pois foi a partir da Carta Magna que os indígenas tiveram reconhecidos seus direitos à cultura, organização social, valores e de agirem conforme seus usos e costumes.

No plenário da Assembleia Nacional Constituinte somaram-se, ao todo, 497 votos favoráveis à questão indígena. Uma grande vitória, diga-se de passagem, haja vista os diversos partidos e segmentos políticos favoráveis a política integracionista da época.

O capítulo VII da Constituição Federal (BRASIL, 1988) trata especificamente da questão indígena, composto pelos arts. 231 e 232, os quais aborda a temática. Vejamos:

#### **CAPÍTULO VIII DOS ÍNDIOS**

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso

Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (BRASIL, 1988).

O legislador constituinte se preocupou em dedicar um capítulo aos indígenas, garantindo-lhes proteção especial no sentido de promover a preservação e continuidade de suas culturas aborígenes, e as prerrogativas sobre as terras que historicamente dominam, sendo de competência da União delimitar suas áreas, resguardar e preservar todos os seus bens. Houve também uma preocupação em garantir a posse das terras indígenas, o usufruto exclusivo de suas riquezas naturais.

Conforme leciona Cláudio Machado (MACHADO; FERRAZ, 2015, p. 1157), “o reconhecimento constitucional de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições impõe o respeito e reconhecimento à diferença, podendo permanecer índios sem qualquer condição ou termo”. Assim, a Constituição surgiu para acabar com os preconceitos existentes e afastar a visão deturpada de que o índio deveria abandonar suas tradições e cultura para obter as benesses do Estado.

Ainda na linha de Cláudio Machado, o reconhecimento dos direitos originários importou em tratá-los como anteriores à criação do próprio Estado. Sabemos que os índios foram os primeiros habitantes do Brasil, antes mesmo da chegada dos portugueses, logo creio que foi a decisão mais acertada do legislador constituinte. Assim, o direito dos índios sobre o território que ocupam existe independentemente de qualquer reconhecimento do Poder Público.

Para Uadi Lammêgo (2018, p. 1668), “a ideia de permanência, consagrada na Constituição, denota o caráter de preexistência da posse mesma, que, como tal, configura um direito originário das comunidades e organizações indígenas”. Assim, o principal critério adotado pelo constituinte foi o de preservação das comunidades indígenas em seu habitat, com garantias de usufruto exclusivo das terras que tradicionalmente ocupavam, haja vista a cruel devastação dos povos indígenas desde o descobrimento do Brasil.

Conforme explanado, os índios são os possuidores das terras que ocupam desde os primórdios e, por isso, anteriores à formação do Estado brasileiro. Logo, o direito à terra se legitima independentemente de qualquer ato do Poder Público, dependendo apenas do ato declaratório do Estado, cuja função será determinar a extensão da terra para legitimar e assegurar a efetividade das previsões constitucionais: a demarcação.

Consoante as lições de Alexandre de Moraes (2017, p. 905), a Constituição Federal prevê que a exploração das riquezas naturais nas terras indígenas, só logra êxito após serem feitas oitivas com os grupos afetados, mediante autorização do Congresso Nacional, sendo assegurado uma cota parte nos lucros obtidos, de acordo com a lei. Não sendo, porém, permitida qualquer atividade garimpeira em cooperativa, e tampouco autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas indígenas.

No que diz respeito à exploração dos recursos naturais das terras indígenas o Superior Tribunal Federal, STF, se posiciona da seguinte maneira:

É do Congresso Nacional a competência exclusiva para autorizar a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas (CF, arts. 49, XVI, e 231, § 3o), mediante decreto-legislativo, que não é dado substituir por medida provisória. Não a usurpa, contudo, a medida provisória que — visando resolver o problema criado com a existência, em poder de dada comunidade indígena, do produto de lavra de diamantes já realizada — disciplina-lhe a arrecadação, a venda e a entrega aos indígenas da renda líquida resultante de sua alienação (STF, ADIn 3.352-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 15-4-2005).

Dessa forma, o STF garante que sejam respeitados o texto constitucional e a obediência aos direitos indígenas, onde essa garantia independe de qualquer interesse econômico que muitas vezes não reconhece sequer a existência das populações indígenas.

O art. 231, § 4º da Constituição Federal, prescrever que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas, imprescritíveis. A inalienabilidade diz respeito à vedação constitucional de alienar a qualquer título as terras ocupadas pelos índios. Quanto à indisponibilidade, são asseguradas as terras indígenas a destinação apenas para cultura nativa, sendo proibida qualquer outra destinação. Por fim, essas terras não são usucapíveis, visto que se presumem imprescritíveis.

No tocante aos direitos sobre as terras indígenas, Paulo Abrão (MACHADO; FERRAZ, 2015) diz que:

[...] Depois de devidamente demarcadas, as terras indígenas, sendo patrimônio da União, são inalienáveis e indisponíveis, querendo isso dizer que são insuscetíveis à exploração de terceiros, observando-se as regras estabelecidas na própria Constituição. Qualquer tipo de atividade ou negociação com as terras indígenas é

considerado irregular. Tanto os índios quanto terceiros envolvidos respondem pela irregularidade. [...] Mesmo porque, repita-se, impor que as terras são inalienáveis e indisponíveis, e o direito sobre elas imprescritíveis, de nada serve se elas não existem na forma como está prevista na lei. (MACHADO; FERRAZ, 2015, p. 1161)

Dessa forma, observamos que existe uma vedação para a negociação dos direitos das terras indígenas, seja por terceiros ou pelos próprios índios, qualquer atividade é considerada ilegal.

O STF tem um posicionamento solidificado quanto à questão desses direitos sobre as terras indígenas. Vejamos:

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (STF, RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 14-2-1997).

Portanto, é evidente que, tanto a doutrina quanto o STF convergem sobre os direitos das terras ocupadas pelos índios, visando um melhor conforto para às comunidades indígenas. Tal postura do Supremo Tribunal Federal visa garantir a proteção das terras indígenas asseguradas pela Constituição Federal.

Em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a população indígena, no caso de conveniência soberana do País, a Constituição prevê a remoção temporária, até que cesse o perigo, mediante autorização do Congresso Nacional.

Conforme Alexandre de Moraes (2017, p. 906), o princípio da irremovibilidade dos índios é a proibição de remover grupos de índios, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em casos de risco eminente, ou no caso de interesse da soberania do País, permitindo a volta imediata assim que cessar o perigo.

O posicionamento do STF quanto a remoção do índio de seu território nativo é veemente e objetivo. Vejamos:

[...] é vedada pela Constituição da República a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo exceções nela previstas (CF/1988, art. 231, § 5º). A tutela constitucional do grupo indígena, que visa a proteger, além da posse e usufruto das terras originariamente dos índios, a respectiva identidade cultural, se estende ao indivíduo que o compõe, quanto à remoção de suas terras, que é sempre ato de opção, de vontade própria, não podendo se apresentar como imposição, salvo hipóteses excepcionais. Ademais, o depoimento do índio, que não incorporou ou compreende as práticas e modos de existência comuns ao “homem branco” pode ocasionar o cometimento pelo silvícola de ato ilícito, passível de comprometimento

do seu status libertatis. Donde a necessidade de adoção de cautelas tendentes a assegurar que não haja agressão aos seus usos, costumes e tradições (HC 80.240, 1.ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20.06.2001, DJ 14.10.2005).

O texto constitucional do art. 231, §5º, da Constituição Federal, vem corroborar o fato de que as comunidades indígenas devem manter-se em suas terras como forma de sobrevivência física, cultural e de sustentabilidade com a natureza, impedindo assim a integralização forçada da cultura social não indígena. Sendo fundamental o reconhecimento à diversidade indígena e o respeito as suas terras reconhecidas e demarcadas.

As terras ocupadas pelos indígenas são consideradas bens da União, e os índios têm sua posse permanente, podendo utiliza-las de acordo com seu usos e costumes. Assim, por serem inalienáveis e indisponíveis, não existe qualquer possibilidade de ocupação que possa gerar efeitos jurídicos, sendo inexistente qualquer atitude tomada objetivando a ocupação ou utilização dos recursos naturais dessas terras.

Conforme explica Paulo Abrão (MACHADO; FERRAZ, 2015), cabe à União resguardar e impedir a prática desses atos, que atentam contra os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas. Devendo-se levar em conta, que a ocupação de boa-fé, não autoriza qualquer pedido de indenização contra os índios, e sim contra a União.

[...] os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF) (Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19.03.2009, Plenário, DJE 1.º.07.2010).

Assim sendo, é válido salientar, que o dispositivo constitucional previsto no art. 231, § 6º da Constituição Federal, surgiu para proteger os direitos indígenas e inibir qualquer atentado contra as prerrogativas adquiridas em relação às terras indígenas.

A Constituição Federal diz que todos são iguais perante a lei, logo, os indígenas têm os mesmos que os cidadãos brasileiros, podendo ingressarem em juízo, amparado pelo devido processo legal, no contraditório e na ampla defesa. O art. 232 da Constituição Federal prevê que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, onde o Ministério Público deve intervir em todos os atos do processo.



Conforme leciona Paulo Abrão (MACHADO; FERRAZ, 2015), tal artigo traz legitimação processual de forma coletiva para ingresso em juízo, referente à defesa de direitos e interesses dos índios. Assim, o texto constitucional do artigo mencionado serve para assegurar a efetivação dos direitos previstos na Constituição, buscando garantir o bem-estar e as condições necessárias à preservação e reprodução dos costumes e tradições indígenas.

No tocante à questão da legitimidade para ingressar em juízo o Ex-Ministro do STF se posicionou da seguinte forma:

[...] Os arts. 231 e 232 da CF são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica (Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19.03.2009, Plenário, *DJE* 1.º.07.2010).

Assim, independe o nível de integração com a sociedade do indígena para ingressar em juízo, afastando qualquer interpretação restritiva. Onde o reconhecimento de seus direitos, não se prende só à terra, mas também à manutenção da identidade cultural.

Assim, a Constituição Federal ao determinar que a União proteja as terras destinadas aos índios, seus direitos e interesses de caráter nacional, atribui um papel fundamental à FUNAI na proteção de tais prerrogativas. Portanto, os direitos assegurados pela Constituição no que diz respeito aos povos indígenas deveriam ser tratados como primordiais para uma melhor harmonização entre os povos indígenas e a sociedade, deixando de existir qualquer conflito por terras ou outros benefícios.

## **4.2 A Inimputabilidade dos Índios**

Conforme exposto, o Código Penal não traz nenhuma definição para a culpabilidade, no entanto, a doutrina majoritária conceitua o crime como fato típico, antijurídico e culpável, adotando a teoria tripartida do delito. São considerados como elementos da culpabilidade a inimputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

Ao falar a imputabilidade, Fernando Capez (2018, p. 411), a define como a capacidade do agente em entender o caráter ilícito do fato e determina-se de acordo com tal entendimento. Onde o indivíduo deve ter plena condições físicas, psicológicas, morais e mentais para saber que sua conduta é ilícita.

O Código Penal prevê a inimputabilidade do agente nas seguintes hipóteses:

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

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940).

No que diz respeito à inimputabilidade indígena, o diploma legal de 1940 não traz nada no seu texto. No entanto, o art. 26 do CP, foi usado para justificar sua inimputabilidade, enquadrando as diferenças culturais indígenas como sinônimo de “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. Assim, foi recomendado que fosse aplicado aos indígenas o mesmo tratamento aplicado aos doentes mentais, de acordo com seu grau de integração, conforme critérios expressos no Estatuto do índio.

Consoante leciona Fernando Villares (2013, p. 297):

Atualmente, como herança desse entendimento, ao se depararem com casos envolvendo índios como réus em processos criminais, muitas decisões judiciais e obras doutrinárias procuram na inimputabilidade do deficiente mental a saída para a não-responsabilidade criminal. A inimputabilidade do índio em relação ao Direito Penal é fruto do histórico tratamento como criança e da ausência de possibilidades para que no caso concreto exista a possibilidade da não-responsabilidade. Contudo, eventual inculpabilidade do índio não deve residir em uma suposição de inimputabilidade (VILLARES, 2013, p. 297).

Dessa forma, é necessário relembrarmos da concepção integracionista da sociedade na época da criação do Estatuto do Índio, a qual buscava a todo custo o fim da cultura indígena, forçando uma integração do índio a comunhão nacional. A atual Constituição garante o direito à diversidade cultural, sendo assim, o art. 4º do Estatuto do Índio, o qual tratava do grau de integração dos indígenas, não foi recepcionado pela Constituição.

Posto isto, tal critério não deveria continuar sendo usado como argumento de defesa para requerer a absolvição do réu indígena ou para negar tal pedido. Entretanto, alguns tribunais ainda usam tais institutos como fundamento para decisões sobre o tema. Enquanto, o aconselhável seria esclarecer que tais institutos não foram recepcionados, e, por consequência,

não possuem mais eficácia, não havendo o que se falar em inimputabilidade indígena com base no hipotético desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Os indígenas, os surdo-mudo e os menores de 18 anos são englobados pela classe do desenvolvimento mental incompleto, no entanto, não existe nenhum critério para distinguir o surdo-mudo, os índios, sejam eles isolados, em vias de integração ou integrados, e os menores de 18 anos.

Conforme explica Roberto Bitencourt (2017, p. 492):

O art. 26 pode abranger, ainda, determinados casos que não constituem, em absoluto, quadros de doença mental, nem, propriamente, um desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Referimo-nos aos surdos-mudos e aos silvícolas inadaptados, que, em virtude de sua peculiar condição pessoal, podem sofrer os mesmos efeitos psicológicos que são produzidos pelo desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Nessa hipótese, a psicopatologia forense determinará, em cada caso concreto, se a alteração na percepção sensorial da realidade provocada pela surdo-mudez, e se a falta de adaptação social dos silvícolas conduz à incapacidade referida pela lei. [...] é necessário averiguar se os silvícolas passaram pelo processo de aculturação. No entanto, o nível de adaptação às normas de cultura da comunidade social deve ser avaliado em cada caso particular; havendo dúvidas, deve-se providenciar avaliações antropológicas e sociológicas para se constar o grau de aculturação atingido. Evidentemente que a situação dos silvícolas não tem natureza patológica, mas decorre da ausência de adaptação à vida social urbana ou mesmo rural, à complexidade das normas ético-jurídico-sociais reguladoras da vida dita civilizada e da diferença de escala de valores (BITENCOURT, 2017, p. 492).

Nesse mesmo sentido, Souza e Japiasú (2011, p. 242), esclarecem que os surdos-mudos e os silvícolas inadaptados são exemplos de desenvolvimento mental incompleto, isso porque, o surdo-mudo não deteria condições de assimilar as normas vigentes, devendo receber educação especial, o que ocasionava uma ausência de compreensão do caráter ilícito de determinada conduta.

Quanto aos índios inadaptados, por pertencerem a outra cultura, outra sociedade, logo, seria difícil compreender as normas de outra sociedade. Onde o grau de integração do indígena à nossa cultura deveria ser feito por meio de um parecer antropológico e não por um diagnóstico médico-forense.

No tocante ao desenvolvimento mental retardado, explica Fernando Capez (2018, p. 415), que “é o incompatível com o estágio de vida em que se encontra a pessoa, estando, portanto, abaixo do desenvolvimento normal para aquela idade cronológica”. Assim, o indivíduo que sofre de desenvolvimento mental retardado jamais irá atingir a plena potencialidade de sua capacidade mental para a fase da vida em que estiver, ou seja, uma pessoa adulta que sofre de retardo mental irá se comportar como uma criança. Portanto, faz-se mister, a realização de um exame de sanidade mental.

Se for verificada uma imputabilidade relativa, caso o indivíduo na época não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta, poderá existir uma diminuição da pena de um a dois terços, com base no art. 26, parágrafo único, do Código Penal.

O erro de proibição cultural condicionado também pode afastar a culpabilidade do indígena, desde que esse não tenha consciência da ilicitude de sua conduta, haja vista sua adaptação com outra cultura totalmente diferente da vida social urbana.

Conforme leciona Castilho e Costa (2009, p. 60), o conceito de erro culturalmente condicionado é desenvolvido na doutrina penal latino-americana e se aplica “à não compreensão do índio sobre a ilicitude de suas ações em relação ao sistema de punição da sociedade não-índia”. Portanto, assim como a inimputabilidade afasta a culpabilidade do índio, o erro de proibição cultural condicionado também poderá escusar o indígena.

Segundo Luiz Fernando Villares (2013, p. 306):

Evidente que o erro de proibição deverá ser analisado no caso concreto. O juiz, para utilizar o erro de proibição no julgamento do crime cometido, não deverá pesquisar se o índio é capaz ou incapaz, mas se a ação praticada é consentânea com os valores culturais caros ao seu povo e se o índio tinha conhecimento do sistema penal brasileiro e de sua aplicação. Se o índio tinha conhecimento do sistema penal, mas não pôde, pelo condicionamento cultural, entender ou se comportar de modo diferente, a aplicação da pena não se deve verificar. O julgador deverá utilizar peritos na cultura indígena, na verificação da adequabilidade de sua conduta aos valores culturais de seu povo, a fim de realizar um laudo antropológico-cultural, que analisará a cultura do povo indígena a que pertence e auferirá a adequabilidade de sua conduta (VILLARES, 2013, p. 306).

Assim sendo, é necessário averiguar o nível de adaptação em cada caso particular, e existindo dúvidas, deverá proceder ao laudo antropológico para constatar o grau de aculturação atingido, haja vista a ausência de adaptação à vida social urbana. A realização do exame de sanidade mental torna-se inútil, pois tal exame jamais atestará a insanidade do indígena que realiza todas as tarefas de acordo com sua cultura, seja a caça, pesca, rituais religiosos, métodos de curas, dentre outros.

#### *4.2.1 O Laudo Antropológico*

Como demonstrado, o laudo antropológico é de extrema necessidade para identificarmos o nível de consciência do índio em relação ilicitude de sua conduta. Sendo o laudo único instrumento adequado para estudar a cultura e tradições em que vive o indígena.

Conforme explica Zarzuela, Matunaga e Thomaz (2000, p. 235), o laudo antropológico é o exame pericial realizado por antropólogo, sendo uma peça eminentemente

técnica de percepções colhidas e interpretadas de maneira lógica, emitindo-se a conclusão de juízo de valor antropológico. Assim, o laudo do antropólogo deve ser totalmente imparcial, pois tal profissional tem o dever legal de apresentar apenas a verdade no documento, emitindo o seu parecer em relação ao caso estudado.

Segundo Fernando Capez (2018, p. 190), a perícia antropológica é “deducendi”, pois o perito é chamado a analisar cientificamente um fato, que compõe a materialidade do crime, e por outro lado, é uma perícia extrínseca, quando o estudo a ser feito tem por objeto elementos externos ao fato crime, como a análise do réu indígena e sua relação com a sociedade e seu povo. Sendo assim, a perícia antropológica deve ser vista como a averiguação de um fato por meio da utilização de conhecimentos técnicos ou científicos em antropologia.

O magistrado ao analisar os valores tutelados pela norma penal que foi supostamente violada, deve verificar a intenção do indígena em desrespeitar tal norma, deve avaliar se existe culpabilidade ou não do agente. Assim, é imprescindível que o índio tenha plena consciência do caráter ilícito de sua conduta e que a reprovabilidade penal também a ele atinja, aliada à sua intenção deliberada de atentar contra a norma.

Conforme leciona Luiz Fernando Villares (2013, p. 312):

O laudo antropológico-cultural deveria ser obrigatório, pois ele é, antes de tudo, instrumento de justiça. Só ele poderá analisar no caso concreto a inserção de um valor cultural numa pessoa criada em uma sociedade diversa. (...) A presunção geral e não a análise do caso concreto priva o Direito Penal de ser instrumento de justiça e reafirma sua opressão aos menos favorecidos. Julgar o índio através de uma presunção, sem analisar com profundidade o contexto social em que está inserido e seus valores culturais, é atingir o respeito ao diferente e violar o art. 231 da Constituição, ferindo mortalmente os direitos fundamentais dos índios e o próprio Estado Democrático de Direito. [...] Considerar por aspectos externos de fácil apreensão que o índio é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento faz parte da arrogância do direito, e do julgador, que reputa ter ciência bastante para julgar sem auxílio de técnicos. Ver aspectos formais como o grau de escolaridade, o entendimento do idioma oficial, título de eleitor, etc., é privilegiar a verdade formal em detrimento do mundo real. O índio pode mostrar-se externamente apto a todos os atos da vida, mas, internamente, sem o entendimento perfeito do caráter ilícito da conduta, ou mesmo, entendendo a ilicitude, não podendo agir diferente por sua cultura assim exigir. No caso de lideranças indígenas, que são os índios de maior destaque e contato com a sociedade, essa realidade é mais amarga, por ele não poder contrariar sua cultura e seu povo, mesmo que sua ação seja ilícita ao modo do Direito Penal (VILLARES, 2013, p. 312).

Desse modo, o exame antropológico, mesmo não sendo atualmente obrigatório, deve ser realizado sempre que existir alguma dúvida quanto à culpabilidade ou não do indígena. Não bastando apenas os aspectos externos, como título de eleitor, grau de escolaridade, relativos à verdade meramente formal para auferir as peculiaridades de cada etnia.

Portanto, é extremamente significativo que os tribunais do país venham a fazer o uso reiterado do laudo pericial antropológico, buscando observar se o indígena está inserido na cultura nacional ou não, levando em conta sua consciência sobre a ilicitude de sua conduta e a sua vontade em desrespeitar ou não determinadas normas penais.

#### 4.2.2 A Impossibilidade de Aplicação da Medida de Segurança

De acordo com o art. 97 do Código Penal, o juiz deve determinar a aplicação da medida de segurança caso o indivíduo seja inimputável. Vejamos:

Imposição da medida de segurança para inimputável

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Perícia médica

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

Desinternação ou liberação condicional

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos (BRASIL, 1940).

No entanto, tal medida não pode ser aplicada ao indígena apenas por ele pertencer a outra cultura ou por ter costumes, crenças, organizações diferentes da “sociedade nacional”, ou até mesmo, porque o legislador movido pelo sentimento integracionista resolveu defini-los como inimputáveis.

Conforme explica Rogério Greco (2007, p. 677), a medida de segurança de ter como fundamento a periculosidade do agente, sendo destinada exclusivamente a pessoas que necessitam de uma cura ou um tratamento médico-psiquiátrico. Portanto, aplicação da medida de segurança ao índio apenas por ele ser de outra cultura, além de ferir o direito à diversidade cultural previsto na Constituição, fere o princípio da igualdade, o qual diz que todos devemos ser tratados de maneira igual, com respeito e sem qualquer distinção.

#### 4.2.3 O Prejuízo Processual e o Direito à Diversidade Cultural

Conforme é previsto no art. 397, II do Código de Processo Penal, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar a existência de causas excludentes de culpabilidade, exceto a inimputabilidade. Logo, o índio ao ser equiparado ao indivíduo que possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e por consequência, ser considerado inimputável, será prejudicado, pois não poderá ser absolvido sumariamente, haja vista a inexistência de causa excludente de culpabilidade. Assim, o indígena terá que esperar todo o trâmite do processo, no qual poderá ser absolvido impropriamente ou condenado.

É válido ressaltar que, quando presente uma causa excludente de culpabilidade, exceto a inimputabilidade, a ação penal nem precisa ser iniciada, uma vez que o membro do Ministério Público poderá solicitar o arquivamento do processo ou o juiz poderá rejeitar a denúncia caso ela seja oferecida pelo Parquet. Assim, torna-se evidente o enorme prejuízo processual causado pelo entendimento do indígena ser considerado inimputável. Portanto, é necessária uma mudança de entendimento urgente, seja legislação penal, seja na jurisprudência adotada pelos tribunais.

Quanto ao direito à diversidade, o qual está previsto na Constituição, o Brasil é considerado um Estado pluriétnico e multicultural. Onde a Constituição Federal impôs o respeito à diversidade cultural e respeito aos direitos indígenas de acordo com suas particularidades.

No que diz respeito ao tema, Deborah Duprat (2007, p. 09), afirma que:

Já agora, passados quase vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, não se coloca mais em dúvida que o Estado nacional é pluriétnico e multicultural, e que todo o direito, em sua elaboração e aplicação, tem esse marco como referência inafastável. A princípio resultado de exercício hermenêutico, tal compreensão, na atualidade, está reforçada por vários documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, merecendo destaque a Convenção 169, da OIT, a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, ambas já integrantes do ordenamento jurídico interno, e, mais recentemente, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DUPRAT, 2007, p. 09).

Dessa forma, ao classificarmos os indígenas como inimputáveis, estamos propagando um pensamento equivocado de preconceito e de discriminação, os quais são vedados pela Constituição. Assim, não é admitido que um indivíduo com descendência indígena seja tratado como uma pessoa que possui um desenvolvimento mental incompleto ou retardado, apenas por pertencer a outra cultura, por ter costumes e crenças diferentes da maioria da sociedade, afinal, antes de tudo somos todos brasileiros, somos todos uma só nação. O que torna o Brasil um país tão admirável é sua miscigenação cultural.

Portanto, torna-se imprescindível esclarecer que não existe preconceito quando busco a não equiparação de tratamento jurídico entre os índios e os indivíduos que possuem o desenvolvimento mental incompleto, e sim, sustento um tratamento adequado para ambas as partes, na seara penal e processual penal. O presente trabalho, procura, meramente, afastar o tratamento do índio como sendo um indivíduo inimputável, assim como qualquer forma inadequada, desproporcional ou preconceituosa quanto ao tratamento dos que possuem algum tipo de deficiência mental.

### **4.3 A Urgência de uma Análise Adequada da Culpabilidade dos Índios**

Diante de todos os problemas apresentados, das incongruências e dos pensamentos divergentes de alguns doutrinadores a respeito da inimputabilidade dos índios, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual, de maneira inesperada, mudou a concepção dos direitos indígenas e a forma da sociedade conviver com outras culturas, torna-se nítido, que existe uma urgência na adequação de um tratamento penal apropriado aos índios quanto a questão da culpabilidade penal.

Assim, é necessário que exista um maior reconhecimento dos dispositivos previstos na Constituição Federal no tocante aos direitos indígenas, ao respeito à diversidade cultural, sobretudo ao princípio da dignidade da pessoa humana e a autoafirmação, com respaldo constitucional e comunitário existente na convenção de 169 da OIT.

Portanto, é necessário buscar mecanismos no Código Penal e no Código de Processo Penal, que venham a estabelecer critérios específicos para diferenciação de indivíduos indígenas e que possibilite sua eficácia, desde o inquérito policial na delegacia de polícia até o trâmite do processo na ação penal.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Infelizmente, nos dias de hoje, a sociedade ainda tem uma imagem deturpada sobre os índios, devido as primeiras impressões apontadas pelos europeus. Tal pensamento etnocêntrica, eivado de sentimento preconceituoso, retratava o indígena como um ser menos evoluído, arcaico, sem organização social, sem cultura, desprovido de regras, devendo aos portugueses ensiná-los para que esses pudessem obter o direito de serem inseridos na sociedade não índia ou na comunhão nacional, como eles se denominavam. Inicialmente, a convivência era amigável, no entanto, a ganância dos europeus levou-os a escravizar os índios suprir suas necessidades, e, assim, obterem lucro com a exploração das terras indígenas e depois começar o processo de colonização.

Durante esse processo de dominação, houve um massacre indígena, onde inúmeros nativos foram dizimados, ocasionando a extinção de algumas tribos. Os índios que resistissem ao trabalho forçado recebiam punições físicas, e, às vezes, essa punição era a morte, por isso muitos índios tentavam frequentemente fugir para o mato. Houve muita morte indígena em consequência das doenças “do branco”, desconhecidas pelos indígenas e para as quais não tinham remédios ou defesas naturais.

No final do século XVII, em 1680 especificamente, o Alvará Régio de 1º de abril, declarou pela primeira vez os direitos indígenas, declarando os índios proprietários primários e naturais das terras que ocupavam.

O Decreto nº 8.072 de 20 de junho de 1910, teve como objetivo a criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPI/ILTN), o qual foi mudado posteriormente para Serviço de Proteção Indígena (SPI). A finalidade do órgão indigenista era de prestar assistência aos índios e civilizá-los, adotando uma política integracionista como era o costume da época. Os índios tiveram que abandonar sua cultura quase de imediato, pois segundo o Estado eles necessitavam serem integrados a comunhão nacional.

No período ditatorial, os indígenas sofreram diversos abusos por parte do Estado, o qual os proibiam de saírem de suas terras, sob pena de castigos cruéis. Assim, criaram diversas cadeias, onde serviam de campos de concentração e trabalho escravo, sendo responsabilidade do órgão indigenista sua proteção. Após diversas denúncias, a credibilidade do órgão indigenista foi abalada, ocasionando na queda e, como resultado, a substituição do SPI pela FUNAI.

O Estatuto do Índio, instituído em 1973, sofreu grande influência da visão integracionista da época. Em consequência de tal visão, estabeleceu no art. 4º, os graus de integração dos índios à sociedade, a fim de verificar sua capacidade para compreender as normas vigentes, e, de acordo com a verificação das informações, aplicar as sanções previstas na legislação como consequência de sua violação.

A Constituição de 1988 veio para transformar os direitos indígenas e romper com a política integracionista da época, valorizando o direito à diversidade cultural. Onde o respeito a tal diversidade garantiu a proteção dos valores étnicos, culturais, bem como, territoriais.

O Código Penal brasileiro não traz definição para a culpabilidade, entanto, a doutrina majoritária conceitua o crime como fato típico, antijurídico e culpável, adotando a teoria tripartida do delito.

Assim, na seara penal, não existem normas que confirmam qualquer diferenciação no que concerne aos elementos da culpabilidade, quais sejam: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a inexigibilidade de conduta diversa.

No que diz respeito à culpabilidade indígena, o critério da inimputabilidade com base no art. 26 do Código Penal, se mostra inaceitável, posto que os indígenas sempre foram plenamente capazes e continuam sendo, haja vista sua irrestrita capacidade de desempenhar funções dentro de sua cultura, ainda que diferente da cultura “nacional”.

Ao nos debruçarmos ao estudo crítico da culpabilidade indígena, verificamos a presença de um sentimento preconceituoso e uma negligência por parte do judiciário perante o tratamento adequado da culpabilidade penal dos índios no Brasil nos dias atuais.

Infelizmente, nos dias de hoje, os juízes continuam adotando o critério integracionista para fundamentar seu entendimento de inimputabilidade, argumentando que a integração a cultura majoritária é a condição essencial para assegurar se o indígena é imputável ou não, desconsiderando os mandamentos constitucionais.

Convém salientar que, deve existir por parte dos magistrados, uma efetiva utilização dos laudos antropológicos, a fim de verificar o nível de entendimento dos indígenas em face da legislação vigente, analisando a prática de seus atos de acordo com seus usos e costumes, para que os índios não venham a ser punidos por uma conduta que na sua cultura não é vedada ou serem equiparados a indivíduos que possuem desenvolvimento mental incompleto ou retardado apenas por ser de uma cultura diferente da cultura majoritária.

Assim, é necessária uma maior observância dos preceitos previstos no art. 231 da Constituição Federal, para que possam ser respeitados seus costumes, sua organização social, línguas, crenças e tradições, bem como o princípio constitucional da igualdade e o princípio

do direito à diversidade cultural, haja vista o tratamento adequado e igual para todas as pessoas.

Portanto, torna-se imprescindível a aprovação do projeto do Novo Código Penal, que tramita no Congresso Nacional desde 2012, e a criação de mecanismos no Código de Processo Penal, que venham a estabelecer critérios específicos para diferenciação de indivíduos indígenas e que possibilite sua eficácia, atribuindo maneiras concretas de respeito aos direitos indígenas, assim como instituídos pela Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Adriana Vital Silva de. **Evolução Histórica dos Direitos Indígenas**. 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15677](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15677)> Acesso em: 30 de outubro de 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Vol. 1 - Parte Geral**. 23.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 1940.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Fundação Nacional do Índio - FUNAI. **Índios no Brasil: quem são**. 2014. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao?limitstart=0>>. Acesso em: 29 outubro de 2018.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Fundação Nacional do Índio – FUNAI**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/quem-somos>>. Acesso em: 31 de outubro de 2018.
- \_\_\_\_\_. Procuradoria Geral Federal / Advocacia Geral da União. Procuradoria Federal Especializada - FUNAI. 2013.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário - RE 183.188. 1997**. Relator: Celso de Mello. DJ: 14/02/1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%202051>>. Acesso em: 07 de novembro de 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn 3.352-MC**. Relator: Sepúlveda Pertence. DJ: 15/04/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=657>> Acesso em: 7 de novembro de 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Petição - Pet 3.388**. Relator: Ayres Britto. DJ: 01/07/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%202051>>. Acesso em: 07 de novembro de 2018.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)>. Acesso em: 1 de novembro de 2018.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

CAMPOS, André. **Ditadura criou cadeias para índios com trabalhos forçados e torturas**. 2013. Disponível em: <<http://apublica.org/2013/06/ditadura-criou-cadeias-para-indios-trabalhos-forcados-torturas/>>. Acesso em: 31 de outubro de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal volume 1: parte geral**. 22.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O projeto de Lei do senado no 156, de 2009, que institui novo Código de processo penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 46, n. 183, jul./set. 2009. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194931> >. Acesso em: 08 de novembro de 2018.

CERQUEIRA, Marcelo. **A Constituição na História** - origem e reforma. Editora Revan. 2006. Disponível em <[https://www.historiadobrasil.net/brasil\\_monarquia/constituicao\\_1824.htm](https://www.historiadobrasil.net/brasil_monarquia/constituicao_1824.htm)>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 9-11.

\_\_\_\_\_. “Terra indígena: história da doutrina e da legislação”. In: Manuela Carneiro da Cunha. **Os direitos dos índios: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 19-52.

CUNHA, Maria Manuela C. da (org.) **Legislação indigenista no século XIX: uma compilação: 1808 - 1889**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual de São Paulo (Comissão Pro-Índio). 1992. p. 04.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Editora Forense, 2005.

DUPRAT, Deborah. O direito sob o marco da pluriétnicidade / multicultulturalidade. In: DUPRAT, Deborah (Org.). **Pareceres Jurídicos - Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007. p. 183.

EDUCATERRA. **Carta de Pero Vaz de Caminha**. Disponível em: <[http://educaterra.terra.com.br/volt\\_aire/500br/carta\\_caminha.htm](http://educaterra.terra.com.br/volt_aire/500br/carta_caminha.htm)>. Acesso em: 28 outubro 2018.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14.ed. São Paulo: EDUSP, 2012. p. 40-44.

FREIRE, José Ribamar Bessa; MALHEIROS, Márcia Fernanda. **Os aldeamentos indígenas do Rio de Janeiro**. 1997 Disponível em <[http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/historia/0039\\_09.html](http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/historia/0039_09.html)>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **Memória do SPI: Textos, imagens e documentos sobre o Serviço de Proteção aos Índios (1910-1967)**. Rio de Janeiro: Museu do Índio-Funai, 2011.

\_\_\_\_\_. Livro do Centenário (1500-1900): **Carta da Sessão Magna do Centenário no dia 4 de Maio de 1900**. Associação do Quarto Centenário do Descobrimento do Brasil. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional. 1910, p. 187.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: parte geral**, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2007.  
HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5.ed. vol. I. tomo II. arts 11 a 27. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ITU. **Os índios e os portugueses**. 2008. Disponível em:  
<[http://www.itu.com.br/conteudo/detalhe.asp?cod\\_conteudo=13444&adm=1](http://www.itu.com.br/conteudo/detalhe.asp?cod_conteudo=13444&adm=1)> Acesso em: 28 outubro de 2018.

JESUS, Damásio E. **De Direito penal volume1: parte geral**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LISZT, Franz von. **La idea del fin en el derecho penal**. Granada: Comares, 1995, p. 55.

LOPES, Danielle Bastos. **O Direito dos Índios no Brasil**. 2014. Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 8, P. 90.

MACHADO, Antônio Cláudio da (org.), FERRAZ, Anna Candida da (coord.). **Constituição Federal Interpretada: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo**. 6.ed. São Paulo: Manole, 2015.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado volume 1: Parte Geral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. 5.ed. Brasília:OIT, 2011.

PARAISO, Maria Hilda B. Construindo o Estado da exclusão: os índios brasileiros e a Constituição de 1824. **Revista CLIO – Revista de Pesquisa Histórica**. Volume 28.2, 2010. Disponível em:  
<<http://www.revista.ufpe.br/revistaclio/index.php/revista/article/viewFile/122/89>>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Manole, 2015.

PETEAN, Antônio Carlos Lopes. Preconceito e etnocentrismo nas reflexões de Michel Montaigne e Claude Lévi-Strauss. **Revista Vozes dos Vales: Publicações Acadêmicas**. UFGV Minas Gerais, 2012. Nº 2. Disponível em:  
<[http://www.ufvjm.edu.br/site/revistamultidisciplinar/files/2011/09/Preconceito-e-etnocentrismo-nas-reflex%C3%B5es-de-Michel-de-Montaigne-e-Claude-L%C3%A9vi-Strauss\\_antonio-carlos.pdf](http://www.ufvjm.edu.br/site/revistamultidisciplinar/files/2011/09/Preconceito-e-etnocentrismo-nas-reflex%C3%B5es-de-Michel-de-Montaigne-e-Claude-L%C3%A9vi-Strauss_antonio-carlos.pdf)>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

PIB, Povos Indígenas no Brasil. **O Serviço de Proteção aos Índios (SPI)**. 2017. Disponível em: <[http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/o-servico-de-protecao-aos-indios-\(spi\)](http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/o-servico-de-protecao-aos-indios-(spi))>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. Bauru: Jalovi, 1980. p. 421.

PINTO FILHO, Marco Florencio. **Culpabilidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

REALE JR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 11/2012.

RODRIGUES, Flávio Marcondes Soares. A evolução histórico-legislativa da posse indígena. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2437, 4 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14445>>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores. 33ª edição, 2010.

SOUZA, Manoel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira. **Revista Âmbito Jurídico**, nº 85 - ano XIV. 02/2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8978&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9)>. Acesso em: 31 de outubro 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva 1999.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: editora Juruá, 2008. p. 300; 302-303 e 309-310.

\_\_\_\_\_. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá Editora. 2013. p. 297

ZARZUELA, José Lopes; MATUNAGA, Minoru e THOMAZ, Pedro Lourenço. **Laudo Pericial: Aspectos Técnicos e Jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 235.