

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ/SR  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**YAN LUCAS DE SOUZA FERNANDES**

**DO DIREITO À DIFERENÇA:  
Uma análise dos aspectos de responsabilidade penal dos  
povos indígenas no Brasil**

**SANTA RITA  
2021**

**YAN LUCAS DE SOUZA FERNANDES**

**DO DIREITO À DIFERENÇA:  
Uma análise dos aspectos de responsabilidade penal dos  
povos indígenas no Brasil**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba como requisito complementar para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Dr. José Neto Barreto Júnior.

**SANTA RITA  
2021**

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

F363d Fernandes, Yan Lucas de Souza.

Do direito à diferença: uma análise dos aspectos de  
responsabilidade penal dos povos indígenas no Brasil /  
Yan Lucas de Souza Fernandes. - Santa Rita, 2021.  
54 f.

Orientação: José Neto Barreto Júnior.  
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Responsabilidade penal. 2. Povos indígenas. 3.  
Direito à diferença. I. Barreto Júnior, José Neto. II.  
Título.

UFPB/CCJ-SANTARITA

CDU 34

**Yan Lucas de Souza Fernandes**

**DO DIREITO À DIFFERENÇA:  
Uma análise dos aspectos de responsabilidade penal dos povos indígenas no  
Brasil**

Trabalho de conclusão de curso submetido à Banca Examinadora designada pelo Curso de Graduação de Direito da Universidade Federal da Paraíba como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.  
(Orientador)

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.

Santa Rita, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021.

Dedico àqueles que me apoiaram ao longo da vida, facilitando a minha caminhada. Em especial, aos meus pais Maria Helena de Souza e José Edmilson Fernandes de Oliveira e aos meus agora falecidos avós: Elias Lopes de Souza e Eliza Maria de Souza, que descansem em paz.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos funcionários do Departamento de Ciência Jurídica de Santa Rita, que tanto nos aturou nessa jornada de cinco anos de curso.

À Coordenação do Curso de Direito de Santa Rita, especialmente aos professores Giscard e Ronaldo, por toda compreensão, estando sempre dispostos a ouvir nossas demandas e auxiliarem no possível e no impossível.

Aos meus professores que sempre estiveram comigo nesta longa jornada de aprendizado e conhecimento, sempre atentos e prestativos às necessidades da turma.

A todos os meus colegas de turma, com os quais tive a felicidade de compartilhar essa fantástica trajetória da minoridade à maioria intelectual.

Ao grupo Pretores, com o qual tive a honra de dividir trincheiras ao longo de toda batalha travada contra a ignorância e em prol da ciência jurídica, merecendo destaque especial o famoso café do Abraão, que me manteve acordado e altivo nas noites frias e nas tardes de marasma; à inigualável companhia da Caroline, singular em todos os aspectos; ao humor sensato e à hospitalidade de Luiz e; à alegria e simpatia de Jéssica.

À valiosa orientação do professor Ronaldo Alencar, cuja prestatividade e diligência muito me ajudaram na finalização deste trabalho, que tanto angustia e vulnerabiliza os alunos em final de curso.

E por último e não menos importante, àquela que me tem servido de alicerce emocional nos dias de luta. Que me tem dado a confiança de seguir adiante apesar de toda adversidade encontrada. À minha prestigiosa namorada, Priscila Cibele de Menezes Flôr.

“De que modo reverteremos a histórica subordinação da diversidade cultural ao projeto de homogeneização que imperou – ou impera – nas políticas públicas, o qual teve na escola o espaço para consolidação e disseminação de explicações encobridoras da complexidade de que se constitui nossa sociedade? ”

Ricardo Henriques  
Secretário de Educação Continuada,  
Alfabetização e Diversidade do Ministério  
da Educação (Secad/MEC)

## RESUMO

Não precisa ser problematizada a responsabilidade penal daqueles que praticam crimes contra membros de etnias indígenas, pois o direito penal e processual penal foram feitos por e para esses mesmos homens. Os institutos consagrados pelas ciências criminais dão conta de responsabilizar o “homem branco”, isto é, o “não-índio”, o “civilizado”. A responsabilidade penal dos povos indígenas, contudo, é bastante discutível. E é o que se faz nesse trabalho, o qual, tendo por objeto de estudo a relação entre o direito penal pátrio e o as populações indígenas, objetiva aferir a possibilidade de se responsabilizar criminalmente sujeitos de direito nessa condição. Adotando-se as metodologias da revisão bibliográfica e da análise documental e de casos práticos, fixou-se os objetivos específicos de compreender a relação entre o direito penal pátrio e o cenário de multiculturalismo criado pela Constituição de 1988 e ao mesmo tempo promover uma reflexão tanto sobre a possibilidade de ressignificação dos tradicionais institutos do direito penal, quanto dos procedimentos atualmente aplicados na busca por essa responsabilização, estabelecida a fundamentação teórica na sólida crítica às teorias assimilacionistas e integracionistas que ainda hoje impregnam a legislação que regula o tema. Em suma, a relevância do trabalho e da pertinência do tema se demonstra através das hodiernas manchetes que nos informam dos cotidianos confrontos entre indígenas e não-indígenas, por terra, riqueza, poder e subsistência.

**Palavras-chave:** Responsabilidade penal. Povos indígenas. Direito à diferença.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. DO DIREITO À DIFERENÇA .....	12
2.1 Histórico do tratamento jurídico dos povos indígenas .....	13
2.2 Novo tratamento constitucional .....	20
3. DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS POVOS INDÍGENAS .....	24
3.1 Da Questão da Imputabilidade .....	25
3.2 Resignificando as Possibilidades de Enquadramento .....	32
4. DAS DIFICULDADES DE RESPONSABILIZAÇÃO .....	39
4.1 O Processo e a Efetivação do Direito Penal.....	40
4.2 Entre a Efetivação e a Não Agressão .....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	49
REFERÊNCIAS.....	52

## 1 INTRODUÇÃO

No dia 09 de novembro de 2020, um dos principais indigenistas do nosso país foi morto na zona rural de Seringueiras, em Rondônia. Talvez sua morte tivesse se somado aos mais de 60 mil homicídios anuais e passado despercebida do resto do país, se não fosse pela trágica circunstância de ter sido Rieli Franciscato morto por uma flechada no peito, deferida por indígenas de uma tribo isolada do interior de Rondônia. Ele tentava evitar o conflito entre indígenas e os não-indígenas no município de Seringueiras-RO<sup>1</sup>.

O malfadado episódio levantou vários questionamentos quanto à imputabilidade dos indígenas envolvidos com essa morte. Afinal, indígena ou não, somos todos brasileiros, e o estado de direito vigente em nosso país exige que todos sejamos tratados iguais.

A Constituição do Brasil de 1988 dedicou no seu Título VIII, intitulado Da Ordem Social, um capítulo inteiro para os povos indígenas, onde em apenas dois artigos reconhece e tutela a organização social, os costumes, as terras, as tradições, as línguas e as crenças dos povos indígenas (art. 231). A inclusão desse artigo na Constituição atualmente vigente muda toda a sistemática da disciplina da imputação criminal concernente aos povos indígenas, isso porque no momento em que as tradições, costumes e crenças de cada povo indígena passa a ser reconhecido pelo Estado, deverá ser, obrigatoriamente, levado em consideração no momento em que se tenta imputar qualquer responsabilidade criminal a um indivíduo pertencente à população indígena, devendo se somar à disciplina penal que nos é familiar o tratamento a esses povos criado em razão da nova sistemática constitucional.

Historicamente vigorou no Brasil a lógica segundo a qual os indígenas eram povos selvagens e, portanto, incapazes de compreender a “civilização”, razão pela qual se deveria considera-los inimputáveis, ou seja, mentalmente incapacitados de entender a possível reprovabilidade de seus atos. Hoje, sobretudo depois da Constituição Cidadã, essa forma de pensar passou a ser vista como preconceituosa, de modo a ser substituída por outra, para a qual o indígena é, aprioristicamente,

---

<sup>1</sup> Diêgo Holanda e Mayara Subtil. Rieli Franciscato: saiba quem era e veja a repercussão da morte de um dos principais indigenistas do país. **Globo**. Rondônia. 10 de setembro de 2020. Disponível em: [Rieli Franciscato: saiba quem era e veja a repercussão da morte de um dos principais indigenistas do país | Rondônia | G1 \(globo.com\)](#). Acessado em: 09 de julho de 2021.

plenamente capaz e imputável, estando, sim, sujeito à persecução criminal, caso incorra em fato típico, antijurídico e culpável.

Diante de eventual necessidade de responsabilização criminal de algum indígena, tendo como pressuposto a nova sistemática constitucional e o tratamento diferenciado – e muito bem – debitado a essas populações, surge uma enorme dificuldade de tratamento pelo nosso sistema penal – elaborado para ser aplicado a indivíduos “suficientemente integrados a sociedade” de modo às normas penais, tais como postas, fazerem-lhe algum sentido.

É imperioso reconhecer que há uma imensa dificuldade em enquadrar adequadamente eventuais condutas como aquela que levou à morte o indigenista Rieli Franciscato – fora homicídio? Legítima defesa putativa ou de fato? Talvez ausência de potencial consciência da ilicitude? Uma vez que para chegar a uma mínima conclusão seria preciso proceder a um inquérito, a uma investigação, o que fica extremamente prejudicado não apenas em razão de eventual problema geográfico ou administrativo, mas porque para investigar é preciso ir até à tribo indígena; é preciso falar com os indígenas, colher depoimentos, fazer perícias, etc. Ou seja, é preciso submeter o indígena aos procedimentos que são ínsitos ao nosso processo penal, aos nossos costumes, nossas crenças, nosso modo de viver, o que, às vezes, poderá ser incompatível com o regramento constitucional, guardião da inviolabilidade daqueles povos.

O presente trabalho, portanto, pretende responder a seguinte pergunta: É possível promover a adequada responsabilização de um indígena sem que para tal seja necessário afrontar a nova sistemática constitucional, que reconheceu e tutelou a cultura, costumes e organização social dos povos indígenas?

Para responder a essa pergunta, o trabalho foi dividido em três capítulos, onde no primeiro se buscou tratar dos retrospectos normativos relativamente aos povos indígenas em nosso país, fazendo-se uma ponte entre as legislações passadas e os presentes, sobretudo no que diz respeito à lógica que as perpassou e as perpassa; no segundo capítulo, tratou-se especificamente do tema da responsabilização criminal dos povos indígenas, abordando os institutos de direito penal e processual penal, a fim de tentar enquadrá-los nas situações de persecução penal de indígena de uma forma mais condizente com o novo espírito constitucional; já no terceiro e último capítulo se levantou questionamentos acerca dos

instrumentos de persecução penal e de materialização do direito penal propriamente dito, quando empregados nas situações limites deste trabalho.

Quando a metodologia, a ideia de trabalhar esse tema adveio da notícia da morte do famoso indigenista Rieli Franciscato, no ano passado, pelas mãos de um ou mais indígenas, dentro de uma reserva, em Rondônia. Da notícia à reflexão, busquei auxílio nos manuais de direito penal, como nas obras de Cleber Masson e de Nucci, e logo fui levado a obras como “Povos Indígenas e a Lei dos “brancos”: do direito à diferença”, da Ana Valéria Araújo, e “Índios e Imputabilidade penal”, texto do juiz federal Roberto Lemos dos Santos Filho, onde encontrei minhas principais fontes de pesquisa e de onde tirei minhas mais substanciais reflexões.

## 2 DO DIREITO À DIFERENÇA

No dia 5 de outubro de 1988, os povos indígenas que ocupam historicamente o território brasileiro puderam sentir o gosto da justiça histórica. Metidos em um processo de luta pela própria sobrevivência, iniciado com a colonização portuguesa desse território, em 22 de abril 1500, viram-se as populações indígenas de toda sorte de etnias em meio a um contexto de vilipêndiação de seus costumes, de assassinato da sua cultura e subjugação da sua organização social.

Embora o cenário tenha se alterado com o passar dos tempos, das gerações e dos novos ares jurídicos – ares de reconhecimento –, fora apenas com a Constituição de 1988, fruto de conturbado processo constituinte, que puderam os índios saborear os frutos do pleno reconhecimento da sua cultura. Tal reconhecimento, assentado pela primeira vez em Título próprio em uma constituição brasileira, ampliou de maneira sem precedentes em nossa história a forma pela qual o indígena é juridicamente encarado.

Reconhecia-se, pela primeira vez, o direito de o índio ser índio, sem que com isso precisasse abdicar da cidadania brasileira, ou vice-versa. O ser-índio, com a nova sistemática constitucional, deixou de ser um aspecto negativo, que precisava de solução, erradicação, integração, para ser reconhecido como apenas diferente. Não é ruim, apenas distinto. Não apenas diferente, mas também válido. A validação desse diferente modo de ser proporcionou e continua proporcionando que os povos indígenas mantenham sua organização social histórica; que mantenham sua língua, suas terras, seus valores e seus costumes, constituindo-se as centenas de etnias ainda existentes em verdadeiras nações.

A esse reconhecimento deferido pela nossa república se costuma chamar de direito à diferença. É a partir do reconhecimento desse direito que o mesmo Estado que o reconheceu não pode se omitir das repercussões do reconhecimento. Do contrário, seria o próprio inócuo. As repercussões desse reconhecimento promovido pela constituinte de 1988, no que diz respeito à cultura, tradições, costumes e organização social das tribos indígenas, segue reverberando sistema jurídico pátrio adentro, alcançando inclusive os conflitos normalmente encontrados no espectro de aplicação do direito penal e processual penal brasileiros.

## 2.1 HISTÓRICO DO TRATAMENTO JURÍDICO DOS POVOS INDÍGENAS

Os conflitos entre índios e “homens brancos” no Brasil não foram e nem são poucos. Tão pouco começaram ontem. A história de fundação do Brasil se confunde com a história da relação entre portugueses e povos nativo-americanos. Desde que as caravelas portuguesas tocaram a Terra de Veraz Cruz que ali se instaurou uma relação complicada entre indígenas e “homens civilizados”, pautada em sucessivos conflitos por terra.

Quando se fala em conflito, nesse contexto, pode-se muito bem querer aludir a crimes, como o massacre ocorrido na Reserva Roosevelt, em 2004, quando 23 indígenas da etnia Cinta Larga massacraram 29 garimpeiro, que extraíam diamantes ilegalmente da reserva indígena<sup>2</sup>; e também a incidentes, como foi o caso do terrível assassinato do indigenista Rieli, morto com uma flechada no peito enquanto acompanhava ao longe índios isolados que tinham saído da sua reserva, em Seringueiras (RO)<sup>3</sup>.

Seja pelo mais variado repertório de motivos, é imperativo reconhecer que os conflitos acontecem e o Estado deve dirimi-los, inclusive, quando necessário, responsabilizando criminalmente os responsáveis.

Fora algumas questões de natureza processual, não parece haver muitos segredos sobre a responsabilização criminal do dito “homem branco”, quando este comete um crime contra um indígena. O direito penal, tal como o conhecemos, nasce na civilização, pelas mãos de homens “civilizados” e para a defesa dos valores desses mesmos homens. É para ele – o “homem branco, civilizado” – que se destinam as nossas normas penais, bem como qualquer outra de mesma origem.

Da perspectiva da dicotomia que o recorte desse trabalho propõe, isto é, a dicotomia entre a nossa sociedade e as múltiplas sociedades indígenas, o direito penal é, essencialmente, o direito penal do não-índio. Ocorre que cada uma das sociedades indígenas localizadas em nosso território geográfico possui sua própria cultura, suas próprias línguas, seus próprios costumes e, portanto, suas próprias

---

<sup>2</sup> Magda Oliveira. Índios acusados de assassinar 29 garimpeiros começam a ser ouvidos. Globo. Rondônia. 15 de março de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2016/03/indios-acusados-de-assassinar-29-garimpeiros-comecam-ser-ouvidos.html>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

<sup>3</sup> Fabiano Maisonnave. Indigenista da funai morre em RO após ser atingido por flecha de índios isolados. Folha de São Paulo. Rondônia. 9 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/09/indigenista-da-funai-morre-em-ro-apos-ser-atingido-por-flecha-de-indios-isolados.shtml> Acesso em: 21 de junho de 2021.

normas, inclusive normas de “natureza penal”. Entretanto, em que pese a consciência dessa pluralidade normativa, o direito penal aplicável aos conflitos mencionados anteriormente é nosso direito penal; o direito penal do homem branco, “civilizado”, herdado da ciência jurídica europeia e forjado nos nossos valores sociais e culturais, não nos valores sociais e culturais das diversas sociedades indígenas que participam – forçosamente – da nossa sociedade política. Daí dizer-se que o direito penal é, essencialmente, o direito penal do não-índio, embora isso não seja suficiente para deixar de aplica-lo aos indígenas, por ocasião dos conflitos dessa natureza.

O Brasil, desde sua fundação política, é uma nação complexa. Complexa porque formada a partir da união – muito embora por vezes involuntárias, vide os africanos escravizados – de povos de várias sociedades e culturas. Essa complexidade tornou a sociedade brasileira um suco de várias cores, etnias, religiões, costumes, línguas e, principalmente, um suco composto de várias nações. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística<sup>4</sup>, concernente ao Censo dos anos 2000, havia no Brasil quase 220 povos indígenas, falantes de 180 línguas distintas, residindo no território nacional. Cerca de 734 mil indivíduos, todos cidadãos brasileiros, embora pertencentes a diferentes “nações”. E todos sujeitos a um único direito penal, ressalte-se, o nosso – em que pese que “o nosso”, por força da imposição e à revelia dos valores alheios, também é o “deles”.

Para Belford<sup>5</sup>, a legislação sobre a qual se pautou as relações entre a jovem nação e os indígenas que já ocupavam esse território muito antes da chegada dos portugueses se baseou em três grandes paradigmas, podendo ser resumidas no paradigma do extermínio; no paradigma da integração; e neste no qual nos encontramos, com o advento dos novos ventos trazidos pela Constituição de 1988, reconhecendo direitos fundamentais dos povos originários e ampliando os mecanismos de garantias desses direitos.

Se por um lado foi a 22 de abril de 1500 que as caravelas de Pedro Álvares Cabral chegaram no território que hoje conhecemos como Brasil, foi apenas em 1º de abril de 1680 que Portugal achou por bem reconhecer algum direito aos índios

---

<sup>4</sup> IBGE. *Sinopse preliminar do censo demográfico*, 2000. Rio de Janeiro. Disponível em: [IBGE | Biblioteca | Detalhes | Sinopse preliminar do censo demográfico : 2000](#) Acesso em: 21 de jun de 2021.

<sup>5</sup> BELFORT, LUCIA FERNANDA INÁCIA. *A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica*. 139f Dissertação Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

que aqui habitavam toda a vida. Tratou-se de um documento chamado de Carta Régia, o qual dizia respeito ao direito de posse das terras em que residiam os povos originários desde muito antes da colonização portuguesa. De 22 de abril de 1500 até 1º de abril de 1680, os povos originários enfrentaram 180 anos de um estado de anomia jurídica por parte dos seus colonizadores, isso se não quisermos dizer um estado de arbitrariedade.

Carneiro da Cunha<sup>6</sup>, por outro lado, afirma que o primeiro documento a reconhecer qualquer direito ao povo indígena que aqui vivia foi a Carta Régia de 1611, outorgada pelo Rei Felipe III, ainda no período conhecido pela união ibérica. Tal documento garantiria aos índios o direito à sua terra e a liberdade de trânsito entre ela e as cidades, porém, como salienta o professor, tais direitos não eram devidamente garantidos, mas apenas previsto pela Carta.

Para Bessa<sup>7</sup>, tais documentos – as cartas forais e de doação – expedidos pelo rei de Portugal e destinadas aos donatários que aqui ocupavam as capitanias hereditárias não se tratavam de mera orientação, mas de norma cogente e que deveria orientar e regular a interação dos portugueses com os indígenas que aqui viviam. Além disso, muito embora tais cartas professassem as intenções como sendo de pacificar os conflitos entre portugueses e indígenas e de levar a esses últimos uma condição melhor frente a nova realidade portuguesa instaurada nessas costas, o que as políticas orientadas pelas cartas expedidas por Portugal criou foram as condições favoráveis à escravização e extermínio daqueles povos. Esse é o período consagrado pelo paradigma do extermínio.

Aqui, é importante destacar que não obstante a ausência de reconhecimento de direitos dos povos indígenas por parte dos colonizadores portugueses, é razoável crer que os povos originários sempre possuíram as suas próprias “normas jurídicas”, ainda que não fossem escritas e muito menos ao modo europeu – como na dicotomia criada na Europa entre as famílias do Common Law e do direito Romano-Germânico.

O assunto a respeito da posse e da propriedade da terra é, no contexto da colonização portuguesa das tribos indígenas americanas, muito importante para o assunto da responsabilidade criminal desses povos do qual estamos tratando. Isso

---

<sup>6</sup> CARNEIRO DA CUNHA, M., *Os Direitos Do Índio*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1987. pág. 58.

<sup>7</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 9 ed ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

porque a propriedade e a posse das terras ocupadas pelos indígenas constituem as principais responsáveis pelos infinitos conflitos entre os próprios indígenas de etnia distintas e entre indígenas e não-indígenas<sup>8</sup>. Dessa forma, a tarefa de compreender os conflitos que eventualmente gerará a responsabilização criminal envolvendo os povos indígenas brasileiros, seja no polo ativo ou no polo passivo da relação, perpassa por compreender suas reais motivações.

Depois da publicação da Carta Régia de 1680, que reconhecia o direito dos povos indígenas às terras em que residiam desde há muito da chegada dos colonos portugueses, viu-se no Código Civil de 1916, mais de 200 anos depois, o surgimento de outra questão de suma relevância no tema do tratamento jurídico dos povos indígenas e que exerceria influência sobre o ordenamento jurídico até hoje: a imputabilidade civil dos índios.

Até meados do fim do século XIX, os direitos dos povos indígenas se resumiam ao direito quanto às terras ocupadas por aquelas povoações. Com o código civil de 1916, no entanto, surge a tônica que norteará o tratamento jurídico desses povos até o advento da constituição de 1988. Esse período que se inicia em 1916, perpassado pela muito influente constituição de 1934, fica conhecido como o paradigma da integração<sup>9</sup>.

O período de integração é bastante importante para o presente estudo pois seus resquícios ainda se fazem presentes e seguem influenciando parte da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, a despeito da mudança de ares constitucionais. Tratou-se de período de visões curiosamente antagônicas, onde se promovia o avanço e aprofundamento no reconhecimento de certos direitos dos povos indígenas – como o direito à terra até então já ocupada – e também a promoção de uma perspectiva altamente destrutiva da identidade desses povos. Notadamente marcado pelo ufanismo nacionalista da era Getúlio Vargas – em uma época em que chegamos a ter, inclusive, uma constituição (1937) inspirada na constituição fascista polonesa -, a ordem do dia era a integração de todos os brasileiros no entorno de uma forte identidade nacional, o que indubitavelmente incluía os indígenas que, assim como hoje, apesar de ocupar território historicamente brasileiro, etnicamente

---

<sup>8</sup> SPÓSITO, Fernanda. *As Guerras Justas na Crise do Antigo Regime Português: análise da política indigenista de D. João VI*. Revista de História 161 (2º semestre de 2009), p82-112.

<sup>9</sup> BELFORT, LUCIA FERNANDA INÁCIA. *A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica*. 139f Dissertação Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006

se organizavam em suas próprias nações, cultuando costumes, línguas, tradições e valores próprios. Tudo isso se desenrolava sobre cobiçadas terras brasileiras.

Mas antes de avançar com os documentos que marcaram esse período, é preciso destacar o precursor do movimento, o Código Civil de 1916, que lançou as bases que não só influenciaria a capacidade civil daqueles povos, como deixaria também sua marca quase que indelével na responsabilização criminal. O art. 6º da já revogada lei civil diz o seguinte: “são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: (...) IV- Os silvícolas”. Silvícolas, segundo o dicionário online de português, é tanto um adjetivo como um substantivo. Enquanto adjetivo, é a qualidade daquele que vive nas florestas; enquanto substantivo, é a pessoa que vive na selva e, portanto, é selvagem.

A nomenclatura escolhida, portanto, para ingressar no rol do direito denota a visão que se tinha acerca das populações indígenas, tanto culturalmente quanto juridicamente. O índio é um selvagem, nesse contexto, e por isso são relativamente incapazes de exercer determinados atos – ou exercê-los de determinada forma – da vida civil.

O art.6ª do Código Civil de 1916 ainda trazia um parágrafo único que nos interessa e que estabelecia que “os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regimentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país”.

Embora o regime tutelar permaneça, porque, de certa maneira, permanece a legislação da época, a qual nos relega a lógica de seu tempo, desde a constituição federal de 1988 há uma resignificação dessa situação tutelar. Não mais se espera por parte do Estado que tente integrar fisicamente os indígenas à civilização, o que levaria à cessação da tutela, vez que essa só existiria diante da “menoridade intelectual” dos indígenas frente à nossa. Entende-se hoje esse ato como sendo um ato de violência contra os direitos humanos daqueles povos<sup>10</sup>. A integração a qual falamos hoje é uma integração de direitos, de acesso às garantias constitucionalmente protegidas. O aludido artigo do já não mais vigente código civil é importante porque mostra as raízes do sentimento de integração forçada dos indígenas, tendente a destruição daquelas etnias, calcadas na crença de que o

---

<sup>10</sup> Povos Indígenas e a Lei dos “Branco”: o direito à diferença / Ana Valéria Araújo et alii - Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p40.

indígena por não compartilhar conosco dos mesmos elementos “civilizacionais”, são por isso menos capazes.

Após, o códex de 1916 e da constituição federal de 1934, que mudaram de vez o padrão do tratamento jurídico, inaugurando um novo paradigma na relação entre os ditos silvícolas e os homens civilizados, o texto normativo que mais se destaca é a lei 6.001/73, denominada de Estatuto do índio, o qual aprofundou os direitos e garantias dos indígenas, para além da questão da posse e da propriedade das terras por eles habitadas. Todavia, não obstante esse aprofundamento promovido pelo Estatuto, a mentalidade expressa no referido documento jurídico não era muito diferente daquela que orientou a Carta Régia do século XVII:

[...] o Estatuto do Índio anunciava o seu propósito logo no primeiro artigo: “integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva”. Em outras palavras, o objetivo do Estatuto era fazer com que os índios paulatinamente deixassem de ser índios<sup>11</sup>.

Foi a partir do Estatuto do Índio – recepcionado pela Constituição de 1988 – que a perspectiva através da qual os povos indígenas eram enxergados pela nossa sociedade foi ficando juridicamente mais evidente para as novas gerações. Uma perspectiva segundo a qual os indígenas são povos a serem colonizados, porquanto não guardam conosco uma mesma identidade socio-cultural. Pelo menos ainda não, enquanto não são devidamente “integrados” e “assimilados” à sociedade brasileira – ou, na própria letra da lei, integrados à comunhão nacional.

Essa mentalidade correu todo o período colonial, imperial, e fora herdada pelas primeiras repúblicas brasileiras, até culminar na Lei 6.001, que apesar de densificar, como fora dito, os direitos dos povos indígenas brasileiros, fê-lo a partir de uma perspectiva colonialista; brasileiros, sim, mas que precisam ser “assimilados de forma harmoniosa e progressiva”.

Nesse sentido, nos é possível compreender que essa perspectiva assimilacionista expressa na Lei 6.001/73, na medida em que tomava o próprio indígena como algo em extinção, conforme iria sendo “integrado” à sociedade, considerava os direitos dos povos indígenas como sendo direitos temporários; com prazo de validade.

---

<sup>11</sup> *Terras Indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento*. In: RICARDO, Fany (org.), 2017.

Ademais, o Estatuto do Índio se dedica ostensivamente a tratar da questão das terras ocupadas pelos povos indígenas, que, por não ser objeto deste trabalho, serão deixadas de lado. Importante é, no entanto, observar que desde o início da colonização até a Constituição de 1988, mesmo com o reconhecimento e garantia de direitos importantes à subsistência cultural dos povos originários, sempre esteve na agenda do estado brasileiro a colonização e consequente “etnocídio” desses povos, tendo como exemplo as Guerras Justas, ocorridas entre o final do século XVII e o início do século XIX, que culminou com a destruição e escravidão de vários povos indígenas, bem como os diversos massacres contra tribos indígenas, promovidos no bojo do período de chumbo da ditadura militar brasileira, segundo o relatório final da Comissão da Verdade<sup>12</sup>.

Mais importante do que observar os marcos históricos normativos no Brasil em relação à população indígena, é observar a lógica por trás desses marcos. Como os povos indígenas sempre viveram nesse território, desde que os portugueses aqui se estabeleceram existe documentos com força jurídica produzidos na intenção de normatizar e regular as relações entre indígenas e não indígenas, essa é uma verdade.

Há uma dificuldade ínsita na tarefa de se debruçar sobre a questão da responsabilidade penal dos povos indígenas no Brasil ao longo de toda a sua história, na medida em que não há uma oferta farta de relatos sobre o direito penal das épocas mais longínqua, como o período colonial. O código penal, como o conhecemos, só vem surgir bem próximo do final da primeira metade do século passado, em 1941. O direito penal que se praticava na colônia e no império era bem distinto do moderno direito penal praticado, sobretudo no que toca à responsabilidade de quem quer que seja.

Todavia, não obstante essa dificuldade manifesta, a lógica por trás das normas que nos chegam desse período, sobre os direitos dos povos indígenas, nos dá uma ideia de como o povo daquela então recém-criada nação os enxergavam. As normas que surgiram na Antiga e na Nova República não inventaram uma lógica

---

<sup>12</sup> Relatório I – TOMO II – Parte II – Violações aos Direitos dos Povos Indígenas. Disponível em: [Direitos dos povos indígenas | Verdade Aberta \(al.sp.gov.br\)](http://Direitos%20dos%20povos%20indigenas%20|%20Verdade%20Aberta%20(al.sp.gov.br)). Acessado em: 11 de julho de 2021.

nova, mas sim, na medida em que avançavam com certos direitos, não deixavam de reproduzir a antiga lógica, qual seja, a lógica colonialista ou assimilacionista<sup>13</sup>.

## 2.2 NOVO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL

Com a redemocratização do país, que havia mergulhado em um regime militar que durara 21 anos, surgiu um novo pacto constitucional. Dentro desse novo pacto, como já era de costume nas constituições brasileiras desde a constituição de 1937, a questão indígena deveria ser tratada. Restava saber se se reproduziria a mesma lógica dos tempos da colonização, do império e das repúblicas antecedentes e que perdurara até então ou se o tratamento para com os indígenas seria atualizado, conformes os novos ventos antropológicos, jurídicos e humanos.

À época, o Congresso Constituinte não parecia muito favorável à aprovação de matéria afeita aos direitos indígenas na Constituição, de modo que podia até se falar em um cenário “antiindígena”<sup>14</sup>. De todo modo, coordenada pela União das Nações Indígenas, fora lançada uma coalizão nacional composta de várias organizações de apoio, a fim de, através da campanha Povos Indígenas na Constituinte, mobilizar índios e simpatizantes de todo país para a causa da inserção dos direitos indígenas na constituição que então se fazia.

Pela primeira vez na nossa história constitucional, os indígenas fizeram suas vozes serem ouvidas em um documento jurídico de tamanha relevância, isso porque, como afirma a pesquisadora Ana Valéria Araújo, “Não é preciso repetir que o Capítulo dos Índios na Constituição foi o resultado de intensa mobilização, durante o processo constituinte, por parte dos índios e de setores da sociedade civil”<sup>15</sup>.

Foi pela mobilização dos próprios indígenas, que efetivamente levaram suas pautas até Brasília, que se criou pela primeira vez em uma constituição brasileira um capítulo inteiramente dedicado àqueles povos. Cabe especial destaque para o indígena Ailton Krenak, pertencente à etnia crenaque, que participou como constituinte naquela ocasião, protagonizando no Congresso Nacional, em 1987, um emblemático discurso em defesa da inserção do referido capítulo na Carta Maior, onde, enquanto proferia de forma emocionada palavras de ordem contra os

---

<sup>13</sup> CUNHA, Manoela Carneiro: *Os Direitos do Índio, ensaios e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

<sup>14</sup> ARAÚJO, Ana Valéria. *Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença*. Brasília, MEC/UNESCO 2006.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 42.

refratários dos direitos indígenas, lambuzava a própria face com tinta preta extraída do jenipapo.

Não é de se estranhar que a Constituição de 1988, depois de toda a mobilização por parte da sociedade civil e dos próprios indígenas – a quem mais interessava – para se fazer ouvir as vossas vozes há muito silenciadas, representa a virada da compreensão e do tratamento jurídico cedido, a partir daquele momento, aos povos indígenas. Nunca antes os índios tiveram participação ativa na legislação do nosso país. A legislação que também seria sua legislação, a despeito da diferença social, cultural, organizacional e religiosa. Pela primeira vez se fizeram ativamente partícipes do processo legislativo. E isso fez toda a diferença.

Enquanto desaparecia aos poucos a ideia do índio enquanto um não-civilizado em trânsito, isto é, em processo de se civilizar, surgia pela primeira vez nessa esfera de poder a ideia do índio cidadão. Mas há uma sutileza nesse raciocínio. Embora se possa pensar que o índio-cidadão se assemelhe com o “índio civilizado”, na medida em que o índio “civilizado” – tal qual o índio cidadão – tem todos os seus direitos civis e políticos garantidos, assim como o acesso a políticas públicas compartilhadas pelos demais, há uma diferença central e inconciliável: o índio-cidadão continua a ser índio. Ou seja, conserva as qualidades que lhe fazer ser o que é. O índio “civilizado”, na concepção integracionista, é submetido a um processo por meio do qual ele tem de abandonar seu modo de vida e, conseqüentemente, as notas essenciais de sua cultura, como seus costumes quase sempre ligado à terra, à natureza, aos animais, em uma ligação incomparável, mesmo com aquela do “homem do campo”.

O processo de civilização que se extrai das perspectivas assimilacionistas que perpassam as legislações passadas, ao contrário, tendem a obliterar as qualidades que constituem o componente indígena desses sujeitos. O índio assimilado – ou como expresso no art.4º, inc.III, do Estatuto do índio: “incorporado à comunhão nacional” – tem apenas uma memória do que é ser índio, uma vez que todo o arcabouço jurídico do qual ele não participou da feitura e que eventualmente lhe contradiz os milenares costumes lhe são oponíveis. O índio assimilado, portanto, mais se assemelha a um índio juridicamente colonizado do que ao índio-cidadão inaugurado na Constituição de 88.

Sobre a nova era de pensamento inaugurada pela Constituição Cidadã, afirma Ana Valéria:

A Constituição de 1988 estabeleceu uma nova forma de pensar a relação com os povos indígenas em nosso território, reconhecendo serem eles coletividades culturalmente distintas, os habitantes originais desta terra chamada Brasil, por isso mesmo, detentores de direitos especiais<sup>16</sup>.

A perspectiva anterior – assimilacionista – também tratava de considerar os indígenas como pertencentes a coletividades culturalmente distintas, contudo, esse entendimento não levava à conclusão pela necessidade de direitos especiais – a fim de manter o respeito ao diferente. Ao contrário, concluía-se pela necessidade de assimilação, sob a desculpa de integrá-los a tal “comunhão nacional”.

A Constituição de 1988 mantém a premissa acertada, mas subverte totalmente a conclusão. Os indígenas não precisam ser integrados a nada a não ser aos seus próprios direitos, por meio de um tratamento diferenciado, que seja mais adequado à sua situação. A partir daqui estava inaugurado, em relação aos povos indígenas, o direito à diferença. Não mais precisavam se adequar gradualmente à civilização, nem acessar os seus direitos na medida dessa integração (integração essa que era considerada uma espécie de medida da capacidade de exercer os seus direitos):

Ao afirmar o direito dos índios à diferença, calcado na existência de diferenças culturais, o diploma constitucional quebrou o paradigma da integração e da assimilação que até então dominava o nosso ordenamento jurídico, determinando-lhe um novo rumo que garanta aos povos indígenas permanecerem como tal, se assim o desejarem, devendo o Estado assegurar-lhes as condições para que isso ocorra<sup>17</sup>.

Com a constituição tutelando o direito à diferença, o indígena não mais precisa se sentir pressionado para “integrar” a civilização, muito menos ser integrado à força. O direito à diferença é, outrossim, o direito de ter sua própria cultura, seus próprios costumes, talvez até suas próprias normas jurídicas.

Esse novo paradigma constitucional, portanto, vai além da velha noção do indígena como um sujeito de direitos apto a gozar do nosso ordenamento jurídico, na medida da sua integração à civilização; abrem-se as portas para o reconhecimento de um país verdadeiramente pluriétnico e multicultural, que não se conforma em apenas uma nação, mas em muitas. Resgatando os dados do IBGE,

---

<sup>16</sup> Id.

<sup>17</sup> Ibid., p. 47.

estamos falando de cerca de 180 etnias distintas, muitas das quais sequer falam português<sup>18</sup>.

Enquanto as legislações que antecederam nossa atual constituição – a exceção do Estatuto do Índio – basicamente se limitavam a discutir a questão da posse e da titularidade das terras ocupadas pelas populações indígenas, a nossa constituição, em apenas um artigo (especificamente o art. 231, caput) fez mais juridicamente pelos povos indígenas remanescentes e futuros do que todos os diplomas anteriores.

Ipsis litteris:

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.

A República Federativa do Brasil tutelou, em seu Texto Maior, a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas que residem em sua circunscrição territorial e isso não é desprezível. As consequências devem ser sentidas em todas as matérias de direito que envolvam essas populações, inclusive com consequências drásticas na eventual responsabilização criminal desses indivíduos. É nisso que consiste o direito à diferença.

---

<sup>18</sup> Apesar de óbvia a informação de que a maioria dos indígenas tem a sua própria língua, ela tende a nos impactar quando a analisamos mais detidamente. Sobretudo quando pensamos que talvez possamos nos comunicar melhor com um japonês, habitante de Tóquio, do que com um membro da tribo awá-guajás, situado a noroeste do estado do Maranhão.

### 3 DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS POVOS INDÍGENAS

Os indígenas não são mais considerados inimputáveis simplesmente por ostentarem essa condição. Da incapacidade absoluta, por ser simplesmente “selvagem”, acompanhando a progressão legislativa, passou-se à incapacidade relativa, tendo como parâmetro o grau da integração do indígena à nossa comunidade. Quanto menos indígena e mais civilizado fosse, mais capaz era considerado; quanto mais se afastava do ideal da nossa civilização, menos capaz podia ser.

A capacidade civil tem sua influência no direito penal. A capacidade, para Maria Helena Diniz, é a “aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos e contrair deveres na vida civil”<sup>19</sup>. Que, apesar de não poder ser negada por completo aos indivíduos, a lei pode impor restrições ao seu exercício. Embora ambos os conceitos não se confundam, torna-se imperiosa a observação de que a capacidade a qual o Código Civil faz referência no seu primeiro artigo tem bastante influência sobre o conceito de imputabilidade penal. Assim sendo, se há uma modificação no entendimento acerca da capacidade civil, pode ser que haja na imputabilidade penal. Ao menos é o que se espera.

No caso da responsabilização criminal de sujeitos pertencentes a populações indígenas, toda a discussão parece ter sido concentrada em torno da capacidade do indígena entender seu ato potencialmente delitivo e de determinar-se conforme esse entendimento. O preconceito que se tinha acerca desses povos, de que eles não eram capazes dessa compreensão – ou, na contramão, de que eram capazes porque bebiam Coca-Cola ou usavam calça jeans, como se fazer uso desses objetos os tornassem “integrados” à nossa sociedade – fazia com que os operadores do direito, e a sociedade no geral, recorresse quase que automaticamente à conclusão pela inimputabilidade.

Com a monopolização da responsabilização criminal dos povos indígenas nas mãos da imputabilidade, houve um verdadeiro esquecimento dos demais institutos, dentro e fora do campo da culpabilidade, que poderiam nos oferecer uma responsabilização criminal mais acurada, conforme o caso concreto.

---

<sup>19</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil* - 34. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p.168-169.

### 3.1 DA QUESTÃO DA IMPUTABILIDADE

A legislação infraconstitucional atual não nos deixa dúvidas sobre como os povos indígenas devem ser tratados, isto é, qual o enquadramento e tratamento que devem receber. Com dito em capítulo anterior, o Estatuto do Índio, lei 6.001/73, não foi revogada pela Constituição, de modo a continuar vigente. E, definitivamente, o problema do presente trabalho não é a falta de enquadramento dos povos indígenas diante de eventual necessidade de responsabilização criminal.

O problema do presente trabalho é o patente descompasso entre a legislação infraconstitucional e o atual mandamento constitucional sobre o tema. Enquanto a Constituição Cidadã reconhece toda a complexidade de ser um indígena, de pertencer aos povos originários dessa terra e, portanto, nutrir valores e costumes completamente distintos aos nossos, a legislação infraconstitucional parece não saber lidar bem com essa informação, levando ora a ignorá-la completamente (art.7, caput, da L6001/73) e ora a respeitá-la minimamente (parágrafo único do art.1º, da L6001/73).

Muito do problema da responsabilização criminal dos povos indígenas acabou herdado da já ultrapassada lógica que nos foi legada através do Estatuto do Índio, isto porque todo o documento jurídico do qual tratamos no capítulo passado faz referência em todo o texto à integração dos povos indígenas à “comunhão nacional”. Perspectiva essa conhecida como assimilacionista.

Nessa perspectiva, há os índios já assimilados e que, portanto, podem se submeter às nossas leis – aí incluso a pena, por óbvio - como qualquer não-indígena; há o indígena em processo de assimilação, de forma que a aplicação da lei dependerá do nível de entendimento do indígena às relações sociais e à normativa que a regula; e, por último, há o índio que a lei considera como isolado. Este último não se submetendo adequadamente às nossas leis, por incapacidade absoluta de compreender adequadamente as relações sociais – e consequente regime normativo que a regula – a qual fora eventualmente submetido. Tudo isso na perspectiva da lei 6.001/73.

Dessa maneira, o índio isolado seria, em tese, inimputável; o índio “em vias de integração”, a depender da situação, poderia ser semi-imputável e assim por diante. Essa visão, entretanto, acabou viciando a forma como olhávamos para os

povos indígenas. Ser indígena era, via de regra, ser inimputável. O processo de integração à “comunhão nacional” era o elemento normativo que mudava aos poucos essa realidade, de forma que a imputabilidade crescia na medida que o indígena se integrasse na sociedade. Quanto mais integrado, menos dúvidas se tinha sobre a imputabilidade do sujeito.

Essa confusão entre ser indígena e ser inimputável foi sustentada pelo código civil passado. Revogou-se o código civil de 1916 que dava o aporte para essa compreensão, mas não se revogou os artigos de lei que bebiam dessa fonte, o que nos força à ressignificação de dispositivos que façam menção à essa lógica legislativa e antropologicamente ultrapassada.

O Código Civil de 2002 aboliu o “ser indígena” como causa eventual de incapacidade, seja ela relativa ou absoluta, o que retirou o sustentáculo jurídico e interpretativo de dispositivos normativos que tinham por base essa lógica, o que influencia, sem dúvidas, a responsabilização criminal, na altura da imputabilidade, vez que a capacidade civil e a imputabilidade compartilham, até certa altura, a mesma lógica. Lá, a capacidade de entender e participar da vida civil; aqui, de entender o caráter ilícito de uma conduta e determinar-se segundo esse entendimento.

Nessa esteira, faz-se necessário uma adequada conceituação do instituto da imputabilidade e de onde ela se localiza na sistemática da responsabilização criminal de um sujeito de direito. A começar pelo Código Penal Brasileiro que trata da questão da imputabilidade em título específico e em sucintos três artigos, que apesar de não nos trazer uma definição exata do que seja a imputabilidade, ofereceu-nos em seu art. 26 os elementos necessários para buscarmos uma melhor compreensão sobre o tema, sobretudo no enquadramento dos indígenas.

Eis a dicção do art. 26 do CP: “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”.

Brevemente é preciso que se diga que, analiticamente, o crime é o fato típico, ilícito e cometido por agente culpável<sup>20</sup>. Dentro dessa sistemática tripartida, a imputabilidade do agente é um dos elementos da culpabilidade. A responsabilização

---

<sup>20</sup> MASSON, Cleber. *Direito Penal* Vol.1 Parte Geral: Editora método, 2016. 11ª ed.

criminal não se confunde com a culpabilidade, muito menos com a imputabilidade; todavia, é através da imputabilidade de agente que cometeu um fato típico e antijurídico que se chega à responsabilização criminal. A imputabilidade, portanto, é uma das peças que constituem a *conditio sine qua non* para que o Estado possa responsabilizar criminalmente alguém, indígena ou não.

Dito isto, voltemo-nos à definição de imputabilidade. Para o doutrinador Cleber Masson, indiretamente o art. 26 do Código Penal define a imputabilidade como sendo “a capacidade mental, inerente ao ser humano de, ao tempo da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”<sup>21</sup>. Ou seja, trata-se da capacidade de, primeiro, entender que o que se está fazendo é legalmente errado (também chamado de caráter intelectual) e, segundo, ter como decidir fazer diferente (também chamado de caráter volitivo). Esses dois elementos formam juntos a capacidade sem a qual o sujeito seria inimputável, na forma da lei. Se o sujeito de direito tiver uma, mas lhe faltar a outra, será inimputável.

O artigo 26 do Código Penal traz, além dos caracteres intelectual e volitivo que o ser humano deve possuir para ser imputável, outros dois elementos que, pode-se dizer, são causas do afastamento da imputabilidade devido a influência negativa que exercem exatamente sobre as características sobre as quais já falamos. Isto é, tanto a doença mental quando o desenvolvimento mental incompleto ou retardado podem afastar qualquer dos caracteres intelectivos e volitivos que o sujeito de direito deve possuir para ser considerado imputável.

Assim, o artigo 26 do CP nos oferece além da definição de imputabilidade, duas – ou três, a depender da perspectiva – possíveis excludentes dessa mesma imputabilidade. É exatamente nessas excludentes que costumeiramente se veem enquadrados os povos indígenas.

Guilherme de Souza Nucci, quando da conceituação do que seria o desenvolvimento mental incompleto ou retardado ao qual faz referência o dispositivo supracitado do Código Penal, diz o seguinte:

Trata-se de uma limitada capacidade de compreensão do ilícito ou da falta de condições de se autodeterminar, conforme o precário entendimento, tendo em vista ainda não ter o agente atingido a sua maturidade intelectual e física, seja por conta da idade, seja porque apresenta alguma

---

<sup>21</sup> MASSON, Loc. Cit.

característica particular, como o silvícola não civilizado ou do surdo sem capacidade de comunicação<sup>22</sup>.

É interessante observar a ligação que o autor faz entre o agente não ter atingido sua “maturidade intelectual” por conta de alguma “característica particular” e citar como exemplo o “silvícola não civilizado”. Aqui, há claramente uma presunção juris tantum da imaturidade intelectual de etnias em razão de não participarem da nossa civilização. Imaturas porque não civilizadas. Embora ninguém duvide que os povos indígenas que permanecem isolados e intocáveis pelos “homens brancos” sejam de fato imputáveis – apesar de ser um imperativo que a imputabilidade seja determinada em meio às vicissitudes do caso concreto – certamente não é por falta de “maturidade” ou desenvolvimento intelectual por parte dos indivíduos daqueles povos.

Transparece a má escolha de palavras. Os povos indígenas, portanto, dentro dessa lógica, quanto menos integrados estão à “comunhão nacional”, mais incompleto é o seu desenvolvimento intelectual e maior a sua imaturidade. Colocando nesses termos, desponta o conflito de visões a que nos conduz a lei infraconstitucional com o direito à alteridade consagrado na legislação constitucional e alinhada aos novos ares antropológicos e do direito internacional.

Nucci ainda faz uma ressalva, dizendo que nem sempre o índio deve ser considerado inimputável ou semi-imputável que seja, sobretudo quando integrado à civilização, dependendo de uma análise de cada caso concreto<sup>23</sup>. Bom, parece-nos esse o caminho adequado desde o início: submissão a uma análise de cada caso concreto, a despeito do suposto grau de integração do indígena.

Nélson Hungria<sup>24</sup>, comentando esse mesmo artigo do código penal, no que concerne ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado, afirma que fazem parte desses grupos não apenas os “deficitários congênitos do desenvolvimento psíquico ou oligofrênicos”, citando como exemplo os “idiotas, imbecis e débeis mentais”, ou os que possuem “carência em certos sentidos”, citando os surdos-mudos, mas também os silvícolas que porventura não fossem “adaptados”, talvez em menção à dita integração à comunhão nacional, da qual faz referência a lei 6.001.

---

<sup>22</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado – 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.282.

<sup>23</sup> Id.

<sup>24</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, v.I, t.II, p.336.

É preciso constatar que o elemento normativo “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” extraído do dispositivo 26 do Código Penal Brasileiro recebe uma interpretação bastante extensiva. Nele cabe desde os casos de patologia de natureza mental até caso de deficiências físicas. Não se está discordando que um surdo-mudo possa acabar metido dentro desse enquadramento legal; mas sim da aparente presunção que os doutrinadores criam para esses casos. É razoável crer que a falta de dois dos principais sentidos humanos como a audição e a capacidade de falar possam gerar na vida de uma pessoa um entrave à adequada educação e, portanto, do razoável entendimento do que é certo ou não. Trata-se de uma barreira que sem dúvida força o sujeito a ter uma vida muito mais dura do que os demais que não possuem tais “carências”, como disse o grande doutrinador. Por outro lado, até que se prove que essa condição pessoal ceifou sua capacidade de compreensão da ilicitude de suas condutas ou lhe tirou a capacidade de determinação face à conduta eventualmente antijurídica, não há de se incorrer em preconceitos dessa natureza.

Sobre o caso, comentando essa passagem em específico da obra de Hungria, Rogério Greco afirma que “é preciso ressaltar que os surdos-mudos, nos dias de hoje, como regra, tem uma vida basicamente igual à daqueles que não possuem a deficiência da surdo-mudez”<sup>25</sup>. E completa: “A possibilidade de entender e fazer-se entender já não permite alocar os surdos-mudos na categoria de pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado”<sup>26</sup>.

Ora, e não seria esse o caso dos chamados silvícolas? É questionável se nos dias de hoje ainda seja possível sustentar que sujeitos ostentem um desenvolvimento mental incompleto pelo mero fato de conservarem-se afastados do que se consagrou chamar de civilização. Que se sustente a indubitável ignorância sobre nossas leis e nossos costumes, imposta pela ausência de convívio, o que sem dúvida afasta o elemento intelectual da imputabilidade.

Cleber Masson<sup>27</sup> prefere seguir a linha traçada pela lei 6.001/73, quando comenta a inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto, no que diz respeito aos povos indígenas. De forma objetiva, ele diz: “o desenvolvimento mental incompleto abrange os menores de 18 anos e os indígenas”, e completa

---

<sup>25</sup> GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*, 2019, p.163.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>27</sup> MASSON, Cleber. *Direito Penal*, vol.I. p.514.

asseverando que nem todo indígena é inimputável. Que a inimputabilidade dependerá do grau de assimilação dos valores sociais, a ser eventualmente revelado por exame pericial.

Percebe-se uma sensível, porém relevante, distinção aqui. O Estatuto do Índio fala em integração à comunhão nacional, isto porque o texto dessa lei foi aprovado durante um período de prevalência da já mencionada ideologia assimilacionista, onde, em linhas gerais, o índio, para ser cidadão pleno deste país ter de abandonar suas raízes e ser integrado ao modo de vida herdado da civilização europeia – aí incluso a celebração de valores sociais outros que não os seus próprios.

Na explanação de Masson, todavia, ao utilizar a palavra assimilação e não integração, como faz a lei 6.001/73, abre possibilidades de interpretação. Isso porque, embora possam ser ambas usadas para significar a mesma ideia – como o é no sentido de absorção de um povo por outro –, diante da inexistência de sinônimos perfeitos, podem representar também ideias sensivelmente distintas.

Enquanto a dicção integrar parece fazer referência a algo mais físico, isto é, as comunidades indígenas integrar-se-ão à nossa comunidade; a dicção assimilar pode ser compreendida como sinônimo de entendimento, compreensão. Não se trata de tentar integrar uma população que tem seus costumes e valores próprios à nossa comunidade, onde teriam que abdicar aos seus costumes e valores em proveito dos nossos, mas sim fazê-los compreender os nossos, sem necessidade de abdicar dos seus.

Essa ideia de “assimilar os valores sociais”, no sentido de “compreender os valores sociais” acaba sendo condizente com o espírito constitucional, na medida em que os povos indígenas não precisam mais abdicar da sua forma própria de enxergar e se relacionar com o mundo a sua volta, mas tão somente ser apresentado à nossa forma de enxergar o mundo e, diante das relações entre indígenas e não-indígenas, determinar-se segundo esse entendimento de pluralidade cultural. É disso que parece se tratar a inimputabilidade: saber que para nós determinada conduta é criminosa e determinar-se segundo esse entendimento, a despeito de concordar com ela ou não.

Se alguém vai até uma tribo indígena, ela sabe, mesmo que intuitivamente, que lá existem costumes e tradições que deverão acatar para que tenham acesso ao local e lá possam ficar. *Ad argumentandum tantum*, se para tal tivessem de fazer

uso de certa bebida, qualquer conduta que não fosse essa, certamente seria vista pelos membros daquela comunidade como um desrespeito análogo ao sentimento de reprovabilidade que preenche o que temos por bem chamar de culpabilidade, e é exatamente por isso que aquele que tenta acessar esses locais, deve se determinar segundo esse entendimento de sujeição e beber – ou simplesmente não tentar acessar o local. É isso que se espera.

Portanto, a alteração do vocábulo integração por assimilação nos parece mais adequado, na medida em que lhe seja dada uma interpretação conforme à constituição, a fim de conformar a lei infraconstitucional com a norma constitucional, está muito mais condizente com o espírito de nossa época. O que não se altera, no entanto, é a dicção do texto do art. 26 do Código Penal Brasileiro, que continua prevendo como válvula de escape da imputabilidade a doença mental e o desenvolvimento mental incompletos, como se só essas pudessem ser hipóteses suficientemente válidas para afastar o entendimento da ilicitude da conduta que se esteja porventura cometendo e a capacidade de se autodeterminar frente esse entendimento.

Para recorrer ao argumento da inimputabilidade, face ao eventual desconhecimento do indígena da ilicitude de eventual fato praticado, vê-se o operador na situação de afirmar perante juízo que o patrocinado tem o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que passa longe da realidade.

Assim sendo, o indígena pode muito bem ser enquadrado como inimputável, em que pese o flagrante descompasso entre essa conclusão e o fundamento da inimputabilidade, que, em virtude da obtusidade da lei regente, tende a criar uma visão preconceituosa e enviesada da população indígena, que até o presente dia continua contribuindo para uma visão estigmatizante do que é ser indígena e contraproducente no tocante à tentativa constitucional de desenhar uma sociedade brasileira verdadeiramente multicultural.

Conforme prescrito e vaticinado pelo Estatuto do Índio, permanece imprescindível a perícia legal a fim de determinar não o nível de “integração”, mas de assimilação, isto é, de entendimento, sobre os nossos valores, por parte de indígenas que porventura figurem no polo passivo de ações de natureza penal. A investigação e a perícia antropológica são de extrema importância na hora de determinar se o indígena tinha o entendimento do ilícito que cometera e se tinha

condição de se determinar com base nesse entendimento, integrado ou não à “comunhão nacional”, conforme prevê o art. 26 do Código Penal.

### **3.2 Ressignificando as Possibilidades de Enquadramento**

No princípio, havia o preconceito do indígena inimputável ou semi-imputável pelo simples fato de pertencer a uma etnia totalmente diferente da nossa. Depois, passou-se ao entendimento de que não era bem assim; de que não se operava automaticamente a inimputabilidade devido a “natureza” do sujeito. Que era necessário, antes de tudo, atestar a proximidade que sua cultura tinha da nossa, reforçando sempre a necessidade de civilizar os “aculturados” silvícolas. Por agora, com o novo horizonte inaugurado pela Constituição de 1988, que reconheceu a organização social, língua, cultura e costumes daqueles povos, restou a necessidade da perícia tão somente para atestar se o indígena tinha ou não o entendimento a respeito da ilicitude do ato porventura cometido, e se poderia, ao tempo do fato, ter se determinado segundo esse entendimento. Não se perquire mais se ele veste calça jeans ou bebe Coca-Cola.

Alegar a inimputabilidade, no entanto, não é a única possibilidade de defesa jurídica dos membros das populações indígenas. Mesmo daquelas mais isoladas. O que fica evidente com a análise da doutrina ou mesmo da jurisprudência é que, quanto mais afastada estiver a etnia do que chamamos de civilização, mais fácil será para os tribunais acatar o argumento da inimputabilidade, com base no art. 26 do Código Penal e no art. 4º da Lei 6.001/73.

O afastamento da tribo indígena da civilização, com vimos, é chamado pelo Estatuto do Índio de integração. Essa acaba sendo a medida que o exame pericial busca aferir. Faz-se o exame antropológico para saber o quão integrado está determinado indivíduo pertencente a determinado povo indígena. O quanto menos integrado, mais distante; o quanto mais integrado, menos inimputável.

Fato é que parece que toda a discussão em torno de eventual responsabilização criminal de um membro pertencente a uma tribo indígena acaba ficando adstrita à sua integração à comunhão nacional, como tantas vezes já dita, e, conseqüentemente, à imputabilidade, esquecendo-se, no entanto, de que a imputabilidade é apenas parte mínima dos elementos que compõe ou conduzem à responsabilidade penal de alguém.

A imputabilidade de alguém sujeito a um processo de ordem criminal só é questionada de pronto quando são evidentes as razões que ensejam seu reconhecimento. Em parte, o fato de nos perquirimos de pronto sobre a imputabilidade de um indígena envolvido em episódio de natureza criminal denota o estigma a que esses povos estão sujeitos, envoltos em uma aura perene de minoridade.

Quando se está diante de uma acusação de homicídio (art. 121. Caput, Código Penal), a primeira coisa que se tende a perguntar é se houve motivo justo; se haveria a excludente de ilicitude da legítima defesa ou qualquer outra. Não é natural ter como primeira circunstância a se esclarecer o grau de entendimento da pessoa acerca da ilicitude do ato e sua capacidade de se autodeterminar a partir desse entendimento.

A Lei 6.001/73 pouco fala sobre a responsabilização criminal dos povos indígenas. Adstringe-se a um Título (Título VI) composto de dois capítulos (Capítulo I- Dos Princípios e; Capítulo II – Dos Crimes Contra os Índios) onde pouco elabora a responsabilidade criminal dos indígenas. Os arts. 56 e 57 se resumem a meramente tratar de aspectos de execução da pena por parte de indígenas condenados. É de se dizer, portanto, que nesse aspecto a lei é profundamente omissa, o que leva o interprete, naturalmente, a tapar as lacunas da lei por meio de artifícios como a analogia que nem sempre oferecem melhor solução, sobretudo em um assunto tão sensível.

A proposta do novo Estatuto dos Povos Indígenas traz em capítulo semelhante (Título VIII – Das normas penais e processuais), onde trata a questão de forma muito mais robusta e, portanto, menos sujeita ao arbítrio de certas interpretações. Diz art. 209 do referido documento que durante o procedimento criminal instaurado para apurar condutas praticadas pelo indígena, o juiz deverá considerar suas peculiaridades culturais e o respeito a seus usos e costumes. E que, para isso, deverá promover a aferição por meio de realização de perícia antropológica.

Perceba-se que nesse novo documento, muito mais moderno e em conformidade com os ventos da Constituição de 1988, o exame antropológico não visa se certificar sobre matéria de imputabilidade através de um juízo acerca da eventual integração do indígena à nossa civilização. Pelo contrário, o exame pericial visa servir de elemento informativo sobre quais os usos e costumes, quais valores e

peculiaridades culturais são ínsitas aquele sujeito, para que, assim, elas possam ser consideradas antes de qualquer juízo de imputabilidade ou inimputabilidade.

Dessa maneira, é razoável acreditar que mesmo quando estejamos tratando de um indígena pertencente a uma tribo dita isolada, feito o exame antropológico, é plenamente plausível que o argumento que se sagre vitorioso não verse sobre a inimputabilidade do mesmo, mas sobre outros exculpantes, como, por exemplo, a legítima defesa (que diferentemente da inimputabilidade, não é excludente de culpabilidade, mas sim da ilicitude do fato típico).

O caso do indigenista Rieli Franciscato<sup>28</sup> é bastante paradigmático dentro desta temática e merece nossa atenção. Enquanto o coordenador da Frente de Proteção Etnoambiental Uru-Eu-Wau-Wau (pertencente à FUNAI) acompanhava alguns indígenas considerados isolados, que por alguma razão não conhecida tinham saído das suas terras, na região de Seringueiras, no estado de Rondônia, foi atingido no peito por uma flechada, desferida por esses mesmos indígenas. Rieli, que no momento do ocorrido era escoltado por policiais militares, morreu na hora.

Passados os primeiros momentos do acontecido, diante das dúvidas geradas sobre a responsabilidade criminal dos indígenas que participaram do ataque à guarnição da polícia na qual estava o indigenista, jornais de grande circulação<sup>29</sup> entrevistaram a procuradora da república Gisele Bleggi, o advogado Danilo Henrique Alencar e os defensores públicos Eduardo Borges e Fábio Roberto sobre o tratamento legal mais adequado para a situação dos indígenas envolvidos.

Para o advogado ouvido pela reportagem, cada caso deve ser analisado individualmente, e afirma:

Se for constatado que o índio é totalmente isolado, sem qualquer acesso ou sem qualquer intervenção da nossa sociedade, ele sim deve ser isento de pena. Isso não pode ocorrer só pelo fato dele ser índio. A inimputabilidade ocasionada pelo desenvolvimento mental incompleto é diferente do indivíduo ser índio ou não. É necessário verificar sim, no caso concreto<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Domingos Grilo Serrinha. Indigenista brasileiro morto com flecha por índios primitivos que tentava proteger. Correio da Manhã. Portugal. 10 de setembro de 2020. Disponível em: [Indigenista brasileiro morto com flecha por índios primitivos que tentava proteger - Mundo - Correio da Manhã \(cmjornal.pt\)](https://www.cmjornal.pt/indigenista-brasileiro-morto-com-flecha-por-indios-primitivos-que-tentava-protger-mundo-correio-da-manha). Acesso em: 21 de junho de 2021.

<sup>29</sup> Diego Holanda. Caso Rieli Franciscato: saiba o que diz a lei sobre a possibilidade de punição a indígenas. Globo. Rondônia. 11 de setembro de 2020. Disponível em: [Caso Rieli Franciscato: saiba o que diz a lei sobre a possibilidade de punição a indígenas em RO | Rondônia | G1 \(globo.com\)](https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/caso-rieli-franciscato-saiba-o-que-diz-a-lei-sobre-a-possibilidade-de-punicao-a-indigenas-em-ro-rondonia-g1.globo.com). Acesso em: 21 de jun de 2021.

<sup>30</sup> Id.

A fala do jurista fala em isenção de pena, o que nos leva a compreender que a tese que põe à disposição dos ditos silvícolas se trata de uma excludente de culpabilidade, muito embora não deixe claro se se trata de uma questão de mera inimputabilidade, à qual costumam recorrer com certa frequência os doutrinadores, ou outra qualquer, como a potencial consciência da ilicitude ou mesmo a inexigibilidade de conduta diversa. Afinal, todos esses são elementos que compõem a culpabilidade e, a depender da situação, poderia estar presentes.

É importante notar que quando tratamos desses institutos penais, os exemplos vinculados pelos professores e doutrinadores são, salve algumas poucas alterações, os mesmos, até pelo valor da didática que possuem, todavia, essa prática pode levar a um condicionamento equivocado do operador de direito. Sempre que se fala em hipótese de inimputabilidade, cita-se o índio; sempre que se fala de hipótese de exigibilidade de conduta diversa, cita-se o caso do agente público que em obediência hierárquica não manifestamente ilegal executa determinado fato típico. Colocado dessa forma, o operador do direito tende a ligar o indígena à imputabilidade e o agente público à hierarquia. Não seria plenamente possível um cacique com conhecimento do crime de furto e plenos poderes sobre os homens de uma tribo, estes ignorantes do delito, condicioná-los dolosamente à prática desse crime? E se sim, seria essa uma questão de inimputabilidade? Decerto que não.

Seguindo a esteira das próprias definições da Lei 6.001, para o existem índios isolados, integrados e em vias de integração, o indígena sobre um processo de transicional entre não saber nada sobre nossa sociedade e a passar a compreendê-la, sobretudo nos aspectos legais que a regem. Dessa maneira, supondo que o processo, em virtude da sua própria natureza, tende a ser algo progressivo, também é progressivo o entendimento do indígena que se “integra à comunhão nacional”. Assim sendo, é razoável crer na incidência das outras exculpantes dos elementos componentes da culpabilidade, antes mesmo de se cogitar a inimputabilidade do indígena. O erro de proibição, por exemplo, dificilmente seria mencionado no caso da morte do indigenista em Seringas (RO), mas é bastante factível em outros contextos onde um indígena, mesmo já “integrado” incorra em fato típico, em virtude da ausência da potencial ilicitude dos seus atos.

Já os defensores públicos ouvidos pelo jornal seguem entre si uma linha parecida. Para Fábio Roberto:

Para esse índio sofrer qualquer tipo penalização, antes de tudo, vai ter que ter um estudo, uma perícia antropológica para saber se o índio era de fato isolado ou se era um índio que estava integrado e, dentro de uma análise antropológica, estava dentro de uma sociedade como a nossa<sup>31</sup>.

Pela fala do defensor, só existem índios isolados ou integrados “dentro de uma sociedade como a nossa”. De fato, faz-se necessário uma análise antropológica, mas não para atestar qualquer grau de integração, e sim para aferir a cultura e a organização social na qual o indígena está inserido, os valores que cultue e o discernimento que porventura tenha sobre os nossos valores e nossa dita civilização. Esses parecem ser os elementos determinantes para uma boa aferição da presença dos elementares que compõe uma conduta criminosa. Ao menos são parâmetros mais alinhados com aquilo que a Constituição tutela em seu artigo 231 e seguintes.

Já Paulo Borges diz o seguinte:

O índio pode ser responsabilizado criminalmente, desde que tenha, é claro, potencial consciência da ilicitude, sendo essencial, no caso concreto, a instrução processual apurar o grau de entendimento que aquele índio tem sobre a vida social brasileira. Demonstrado que não há potencial consciência da ilicitude por parte daquele indivíduo, é possível a isenção da pena, isto é, a exclusão da culpabilidade<sup>32</sup>.

Pode-se dizer que a fala deste defensor público se encontra mais alinhada ao *animus* constitucional, na medida em que trata a perícia necessária à averiguação – e que ocorre no bojo no inquérito e depois da instrução processual – não como meio de averiguação da imputabilidade, que aqui não é citada, mas como meio de sondar o grau de entendimento do índio sobre o modo de vida do não-índio. Veja-se que não se trata de integração ou assimilação no sentido clássico, usado pela lei 6.001/73, e sim no sentido que já aludimos, de uma compreensão sem abdicação do “ser-índio”. A inimputabilidade, portanto, ainda que possível, é substituída como a primeira alternativa pela potencial consciência da ilicitude, que por ser um elemento da culpabilidade, tal qual a imputabilidade, tende a excluí-la quando ausente, o que leva inevitavelmente à isenção de pena pelo agente infrator.

---

<sup>31</sup> Id.

<sup>32</sup> Id.

E para concluir a participação dos entrevistados pelo G1 neste trabalho, a procuradora da república Gisele Bleggi levanta uma tese que demonstra, mais do que nas outras falas, a tese aqui defendida. Nas palavras da própria procuradora:

Nós forçamos eles a se submeterem às nossas regras, inclusive nosso sistema jurídico é uma agressão contra eles e viola a Constituição Federal. De todo modo, mesmo que eles fossem pessoas que já tivessem contato, naquela situação que eles estão vivendo hoje com invasor, grileiros, eles se sentem ameaçados, então pra mim está completamente justificada a atuação de legítima defesa do grupo<sup>33</sup>.

Para os indígenas que foram integrados, estão em vias de integração ou se encontram isolados, ao molde do Estatuto do Índio, o nosso sistema jurídico (ao menos no que toca a esfera infraconstitucional e anterior à promulgação na atual constituição) pode representar uma agressão à sua existência. Isso porque o indígena sempre viveu alheio ao nosso modo de vida, cultuando sua própria organização social, costumes, crenças, valores e tradições. O próprio choque entre a dita civilização e as sociedades tribais representa uma ameaça ao modo de vida daqueles povos, sobretudo quando há a imposição de normas e procedimentos que claramente não foram criados considerando as peculiaridades especiais ínsitas às etnias dos povos pré-colombianos. Dessa feita, embora não tenha feito em sua fala qualquer menção direta à hipótese de inimizabilidade dos indígenas que ceifaram a vida do Rieli Franciscato, pela tese de legítima defesa levantada, fica claro que não considera a inimizabilidade como uma opção, pelo menos não a primeira.

Conforme as reportagens que relataram o caso, Rieli Franciscato adentrara nas terras indígenas escoltado por policiais militares armados, a fim de investigar a saída incomum de membros dessa tribo isolada de suas terras, diante da suspeita de que os mesmos pudessem estar reagindo a, talvez, alguma ameaça. Talvez a ideia do indigenista fosse interceptar os possíveis agressores antes deles interceptarem os indígenas ou serem por eles interceptados, o que não deu muito certo. Ao invés de encontrarem os invasores ou grileiros – que são muito comuns nessas regiões amazônicas –, acabaram por serem encontrados pela própria tribo que, como bem ressaltou a procuradora, pode muito bem os ter confundidos com os próprios agressores, vez que se tratava de uma comitiva armada.

---

<sup>33</sup> Id.

De toda feita, o que nos importa pra o fim deste trabalho é observar que o estado de confusão dos indígenas que os levou a abrir fogo contra o seu protetor não se deve à hipótese de desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, caput, CP). Ao menos não seria essa a primeira hipótese a se considerar, sobretudo se fundada apenas no fato de se tratarem os agentes de índios aparentemente intocados pela nossa sociedade. A bem da ciência jurídica e da ordem dos fatos, todos os instrumentos jurídicos normalmente usados para eventualmente afastar a ilicitude e a culpabilidade do agente infrator poderiam ser plenamente consideradas, bastando para isso se libertar das amarras que descrevem o índio como, em essência, um sujeito atrasado que precisa de todo modo aprender a ser gente. São gente, são sujeitos de direito plenamente capazes, amadurecidos e desenvolvidos, e a Constituição de 1988 reconhece na plenitude seu modo de vida e organização, devendo a relação entre nós e eles ser regida com igualdade e todo o respeito que as suas peculiaridades exigem.

Dos quatro entrevistados pelo jornal, três<sup>34</sup> citaram, na esteira da doutrina e da defasada legislação, a imputabilidade como obstáculo a uma eventual condenação. Apenas Gisele Bleggi tomou um caminho distinto, citando a legítima defesa e demonstrando a possibilidade de superar essa barreira da inimputabilidade como panaceia em matéria de responsabilização criminal desses povos.

---

<sup>34</sup> Os drs. Danilo Henrique, Eduardo Borges e Fábio Roberto.

#### 4 DAS DIFICULDADES DE RESPONSABILIZAÇÃO

Superados os impasses sobre qual seria o enquadramento legal mais adequado para se buscar a responsabilização criminal de algum indígena, se o bom e velho juízo de imputabilidade, pura e simplesmente; se qualquer das excludentes de ilicitude, eventualmente atipicidade por ausência de elemento subjetivo ou mesmo as demais excludentes da culpabilidade que geralmente não são lembradas por estarem obstaculizadas pela visão da já tão mencionada imputabilidade, resta a conclusão de que a responsabilização criminal não se faz apenas da escolha do melhor enquadramento material.

Decidido se imputável ou não, se típica a conduta ou não e se revestida de ilicitude, é preciso exercer o direito de ação. Ao titular da ação, que será o mesmo responsável por enquadrar a narração dos fatos na norma jurídica penal mais adequada, queda-se a responsabilidade de buscar a responsabilização por meio de processo judicial, isto é, da provocação da justiça. O processo de responsabilização criminal de eventual indígena, no entanto, já tem seu início antes mesmo de o Ministério Público possa oferecer a denúncia.

O processo de responsabilização criminal não começa na adequação do fato à norma; começa em momento pretérito. A notícia-crime é o instrumento por meio do qual se dá ciência às autoridades de um possível fato delitivo, levando à instauração de inquérito. O inquérito, por sua vez, é o procedimento administrativo no qual a notícia passa a ser devidamente apurada e devidamente colhidos os elementos de informação que serão usados pelo titular da ação quando do seu oferecimento, e mais ainda, no processo, como prova de culpa.

É com a instauração do inquérito que se começa o processo de responsabilização criminal. A responsabilização é o fim e também o próprio meio. Nem todo processo de busca pela responsabilização criminal, seja de quem for, indígena ou não, terminará em condenação. Mesmo na absolvição, haverá a responsabilização.

Assim sendo, é preciso compreender que buscar a melhor solução para o problema de responsabilização penal de indígenas não perpassa apenas a discussão sobre os institutos de direito penal que porventura possam ser aplicados ao caso concreto, mas, sobretudo, quais os procedimentos a disposição dos operadores do direito e das autoridades podem ser usados adequadamente a fim de

buscar a viabilização dessa responsabilização criminal, sem que para tanto agride as proteções consagradas pela Constituição de 1988. Esse é o grande dilema, o grande desafio, da busca pela responsabilização criminal.

#### 4.1 O Processo e a Efetivação do Direito Penal

A todo momento de todos os dias o direito civil se efetiva – ou é efetivado – na sociedade sem que seja necessário recorrer ao processo judicial. Às vezes é necessário recorrer ao processo como meio de efetivação do processo civil, mas o normal é que o direito civil se efetive naturalmente por meio nossas ações; por meio dos negócios que hodiernamente celebramos; por meio dos fatos que naturalmente se sucedem e que possuem repercussão no mundo jurídico e; por meio dos atos que eventualmente praticamos.

O direito penal, por outro lado, não tem o condão de se efetivar de uma maneira tão direta, tão autônoma. Se por um lado a doutrina moderna é unânime em afirmar a autonomia entre o direito processual e o direito material, tanto na seara civil quanto na criminal, por outro, a autonomia do processo penal em relação ao direito penal não conhece paralelos. O processo penal se consolidou como o caminho necessário para alcançar-se a pena, consubstanciando-se como a *conditio sine qua non* do exercício do poder de “penar”. Conforme defende Calamandrei<sup>35</sup>, o processo penal traduziria as regras do jogo no qual o Estado busca punir o agente infrator.

Para Aury Lopes, “o direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal<sup>36</sup>”, ou seja, diferentemente do processo civil, que, como dito, se realiza todos os dias sem a necessidade de haver qualquer processo, não há no direito penal moderno qualquer chance de o Estado promover qualquer pena por meio de via “extraprocessual”. É a isso que a doutrina convencionou chamar de princípio da necessidade, ou seja, o processo é o instrumento necessário e indispensável à punição. Quando alguém é submetido a uma ação criminosa, a pena a que o código penal comina não se efetiva sobre o agente criminoso imediatamente, faz-se necessário toda uma série de procedimentos, investigatórios e instrutórios, a fim de

---

<sup>35</sup> CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. Rivista di Diritto processuale, v.5, parte I, Padova, 1950.

<sup>36</sup> LOPES, Aury. Direito Processual Penal. p.33.

se buscar os elementos necessários à condenação. Elementos esses que o próprio direito penal prevê.

Ou seja, há uma relação de necessidade entre o direito penal e o processo penal de forma que a responsabilização criminal de um indivíduo deve passar necessariamente pela aplicação dos rituais previstos no código de processo penal e das leis penais especiais que especifiquem rituais especializados. Assim, “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”<sup>37</sup>.

Se o direito material contido no Código Penal e nas leis penais especiais não dá conta da complexidade multiétnica do nosso país quando o assunto é a responsabilização adequada do indígena, com o devido respeito e consideração aos aspectos de organização, cultura e tradição desses povos, devidamente protegidos pela constituição em seu artigo 231, quem dirá o direito processual penal na sua atividade de ser o realizador desse direito.

A mesma afirmação sobre o direito penal não ser feito nem pensado para os índios também se pode afirmar, ainda com maior certeza, sobre o direito processual penal, que traz toda uma gama de procedimentos, no mínimo, inadequados à realidade do enfrentamento dos crimes que porventura possam ser cometidos no contexto sócio-político ou socioeconômico dos povos indígenas.

Toda uma plêiade de dificuldades e adversidades podem se encontrar atravessadas entre o delito cometido no contexto em que se encontram normalmente os indígenas e o devido processo legal, contido no código de processo penal e nas leis extravagantes que eventualmente tratem do tema.

Um dos principais óbices à efetivação do direito penal nos casos envolvendo indígenas – sobretudo aqueles a que a lei considera isolados ou mesmo em via de integração – se deve às dificuldades encontradas no decorrer das investigações. Antes de se falar em processo penal é preciso falar em investigação, especificamente aqui o inquérito policial. O inquérito policial, na definição de Aury Lopes, é um procedimento administrativo pré-processual, dentro do qual se extrai os elementos de informação necessários a instruir a peça acusatória.

Embora o Ministério Público, titular da ação penal de iniciativa pública, tenha poder de investigação e o inquérito policial não seja indispensável para o

---

<sup>37</sup> Ibid., p.34.

oferecimento da denúncia, na quase totalidade dos casos envolvendo indígenas, faz-se necessário o trabalho dos investigadores. Circunstâncias como a distância entre de certas comunidades indígenas e os centros urbanos mais próximos, chegando mesmo às vezes a estarem isoladas, exigindo dias de viagem de barco ou a pé, floresta a dentro; a ausência de meios de comunicação eficientes, a fim de comunicar o ocorrido às autoridades competentes; a impossibilidade de uma fiscalização efetiva das terras indígenas. Esses são alguns dos fatores que tornam hercúlea a tarefa de lidar com as ocorrências criminais nesse contexto.

Quando a comunidade indígena se situa próxima ou até dentro dos centros urbanos, os óbices materiais como distância, falta de agentes ou dificuldade de acesso e comunicações tendem a ser anuladas pela infraestrutura das próprias áreas metropolitanas. Todavia, não cessa por completo as dificuldades de aplicação do processo penal aos membros dessas comunidades, uma vez que as dificuldades de materialização do devido processo legal a esses sujeitos de direitos não se resumem às barreiras geográficas, mas também às culturais.

É preciso sempre revisitar a compreensão segundo a qual a nossa atual constituição reconhece e protege a organização social, a cultura, as crenças, os valores e os costumes das várias tribos indígenas que ocupam nosso território e que em virtude do descompasso entre a norma constitucional e infraconstitucional, há a necessidade de compatibilização entre uma e outra, vez que a constituição não se estende na matéria da responsabilização criminal dos indígenas, deixando a cargo das normas infraconstitucional a regulamentação e os procedimentos que devam ser considerados adequados.

A lei 6.001/73 tece algumas poucas considerações sobre atenuantes e aplicação da pena no caso de condenação (art. 56), onde serão cumpridas as penas de reclusão e detenção do índio condenado (parágrafo único do art. 56) e a possibilidade do Estado reconhecer a aplicação de sanções de natureza penal por parte das próprias tribos, desde que não se revistam de caráter cruel e infame, vedada a pena de morte em qualquer caso (art. 57). Depois, dedica-se a enumerar alguns crimes contra os índios. Como se vê, nenhuma consideração mais consistente sobre processo ou procedimento penal.

Tomando como premissa que o processo penal fora construído para o não-índio, a sua aplicação ao índio quando não resulta na pura ineficácia, pelo abismo entre as realidades do modo de vida dos indígenas e o nosso modo de vida, pode

resultar numa violência contra os mesmos. É só pensarmos no caso dos ditos índios isolados que porventura se vejam, por exemplo, obrigados a se defenderem e a defenderem suas terras de invasores. Depois do conflito, acionada as autoridades, o inquérito fica gravemente comprometido pelas circunstâncias. Imagine-se que, num hipotético confronto, surja a informação de mortos e feridos dentro de uma reserva indígena isolada. Ao mesmo tempo que se faz necessário o envio de agentes públicos, a fim de se averiguar as informações, se verdadeiras ou falsas, ou para investigar o ocorrido a fim de responsabilizar os responsáveis ou apenas para coibir novas investidas, exsurge quase que imediatamente a real possibilidade de provocar um encontro indesejado com membros da tribo, provocando novos confrontos, análogo aquele que levou à morte do indigenista Rieli Franciscato.

Os exemplos de situações quase que impossíveis para a atuação das forças de segurança atuando em conflitos envolvendo indígenas e não-indígenas são fartos. As mais recentes notícias dão conta do conflito entre índios da etnia yanomamis e garimpeiros ilegais que tentam explorar parte das terras protegidas. Fala-se em três mortos e em seis feridos, entre garimpeiros e índios<sup>38</sup>, tudo a centenas de quilômetros do olhar das autoridades, que ficam impossibilitadas de colher os elementos necessários a qualquer ação penal.

Um caso paradigmático que demonstra o como a responsabilização criminal nesse contexto se vê prejudicada porque prejudicada a atividade administrativa pré-processual de colheita dos elementos necessários à instrução da ação penal é o caso do massacre da Reserva Roosevelt, em abril de 2004, no estado de Rondônia.

Segundo reportagem da Folha de São Paulo, que ouviu João Bravo, uma das lideranças da etnia Cinta Larga<sup>39</sup>, publicada à época dos fatos, no dia 7 de abril de 2004 em algum local desconhecido da região da Grota do Sossego, dentro da referida reserva indígena, um grupo de garimpeiros que trabalhavam na extração ilegal de diamantes foi cercado e capturado pelos Cintas Largas. O líder dos garimpeiros, conhecido como Baiano Doido, e outro dois foram os primeiros a serem mortos, na frente de todos os outros garimpeiros.

---

<sup>38</sup> Fabiano Mainsonave. Tiroteio entre yanomamis e garimpeiros deixa 3 mortos em Roraima. Folha de São Paulo. Roraima. 10 de maio de 2021. Disponível em: [Tiroteio entre yanomamis e garimpeiros deixa 3 mortos em Roraima - 10/05/2021 - Cotidiano - Folha \(uol.com.br\)](https://www1.folha.uol.com.br/roraima/2021/05/10/tiroteio-entre-yanomamis-e-garimpeiros-deixa-3-mortos-em-roraima-10/05/2021-cotidiano-folha.uol.com.br/). Acesso em: 21 de junho de 2021.

<sup>39</sup> Índios explicam os motivos da chacina de 29 garimpeiros. Rondônia. 09 de maio de 2004. Disponível em: [Folha Online - Brasil - Índios explicam os motivos da chacina de 29 garimpeiros - 09/05/2004 \(uol.com.br\)](https://www1.folha.uol.com.br/rondonia/2004/05/09/indios-explicam-os-motivos-da-chacina-de-29-garimpeiros-09/05/2004.uol.com.br/). Acesso em: 21 de junho de 2021.



considerados “integrados” ou em vias de integração passam ser sujeitados ao processo penal pela ausência desses óbices materiais e aquelas etnias mais distantes dos grandes centros simplesmente são esquecidas como se as dificuldades que o direito penal não os pudessem alcançar, em virtude das dificuldades de procedimento.

Sem investigação, sem processo. Sem processo, sem responsabilização. O fato do processo penal não ser feito para os povos indígenas é o que acaba tornando-o muitas vezes inaplicável ao caso concreto. Como no caso dos cintas-largas, onde a responsabilização criminal dos responsáveis encontrou certos entraves, como a dificuldade de acesso ao local dos eventos criminosos, a dificuldade de comunicação entre autoridades responsáveis pela fiscalização e repressão do crime e dificuldades no processo de investigação, que tornou quase que inexecutável a responsabilização adequada dos responsáveis pelo massacre.

#### **4.2 Entre a Efetivação e a Não Agressão**

No geral, não há conflito aparente de normas entre a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal brasileiro, mesmo esse último tendo surgido em 1941. Se houvesse alguma incompatibilidade absoluta, o códex criminal não teria sido recepcionado pela atual constituição. A verdade é que as atualizações promovidas ao longo de todo esse tempo no código penal souberam bem adequá-lo à nova sistemática constitucional inaugurada na aurora da redemocratização.

Por outro lado, quando analisamos especificamente o mandamento do art. 231 da Constituição, que, não cansamos de sublinhar, reconhece definitivamente a organização social, os costumes, as crenças e tradições – dentre outros aspectos da cultura indígena, como língua e terras – os impactos se fazem sentir em toda a legislação que toca essa população, aí inclusa a legislação criminal, a qual já concluímos não ter sido elaborada pensando em abarcar esses povos, ainda que os tenha circunstancialmente abarcado. O Título da Constituição Federal que trata especificamente dos povos indígenas e da substancial ampliação do horizonte dos seus direitos entra diretamente em conflito tanto com as normas específicas do direito penal e processual penal, como com toda a sistemática existente em torno do nosso sistema de justiça.

Conforme demonstrado no capítulo pretérito, a aplicação do direito penal e processual tal como ele se encontra atualmente vigente colide com uma barreira de dificuldades ínsitas à realidade das populações indígenas e ao próprio tratamento constitucional. A colisão aqui não é especificamente entre normas, mas entre a norma infraconstitucional e a realidade dos referidos povos. Como as normas foram criadas pensando em um cenário de “civilização”, os procedimentos parecem completamente deslocados da realidade quando aplicados aos casos envolvendo índios e não-índios.

Quando a Constituição de 1988 passa a reconhecer todo o aspecto essencial da cultura dos diversos povos indígenas assentados historicamente no nosso país, incluso os aspectos de organização social, costumes e tradições, a aplicação dos aspectos mais procedimentais da rotina da administração da justiça, como por exemplo os atos investigativos tendentes a prover o titular da ação de elementos de informação suficientes para o oferecimento da ação acabam colidindo com a proteção constitucional.

Em tese, não há antinomia entre norma constitucional e as leis federais que disciplinam o direito penal e processual penal, mas quando as normas infraconstitucionais são levadas à efeito no contexto das populações indígenas pelas autoridades, a depender da etnia e do “grau de integração” dos indivíduos, nas próprias palavras do Estatuto do Índio, terá de haver o sacrifício de alguma norma ou de algum aspecto dela.

Não se pode pretender implementar o processo penal nos recônditos da floresta amazônica, no bojo de tribo de etnia Korubo do rio Coari, sem que se deixe de respeitar o mandamento constitucional adequadamente. Nessas situações, ou se aplica a norma prevista no código de processo penal, em toda sua rigidez procedimental – o que provavelmente provocaria uma teratologia do ponto de vista do contexto aplicado –, ou se relativiza o procedimento a fim de adequá-lo à realidade da situação, respeitando o mandamento constitucional.

É perceptível que não apenas os procedimentos de investigação, mas também de condução de todo o processo ficam, até certo ponto, prejudicados. *Ad argumentandum tantum*, imaginemos que chega às autoridades policiais uma notícia-crime a respeito de um suposto crime doméstico qualquer que estaria ocorrendo no bojo de uma determinada tribo indígena afastada, porém devidamente flagrado, por acaso, por agentes públicos em atividade de fiscalização do

extrativismo ilegal de madeira. Ora, o Código de Processo Penal nos dá um procedimento a ser adotado, mas o procedimento em questão parece, a priori, passar ao largo da realidade enfrentada e da norma constitucional que reconhece os costumes e tradições das etnias indígenas. Se em qualquer outro contexto o certo seria diligenciar imediatamente até o local a fim de executar um flagrante e deter o agressor, levando a vítima para fazer o exame de corpo de delito, quando deslocamos o cenário para o de uma tribo cujo contato com a nossa civilização é mínimo, o procedimento que até então nos parecia plenamente razoável e adequado passa a ser completamente “heterogêneo”. A depender da etnia, essa atitude por parte das autoridades competentes poderia causar verdadeira crise “diplomática”.

Diante desse quadro, apesar de existir norma vigente e, portanto, apta a regular a o processo por meio do qual se responsabiliza alguém penalmente, fica nítido a necessidade de um novo procedimento, especializado, que dê conta do tratamento adequado que essas situações porventura possam demandar.

Essa necessidade poderia ter sido suprida pelo atual Estatuto do Índio, mas, infelizmente, por ser norma anterior à histórica ampliação constitucional dos direitos dos povos indígenas, o referido ficou bastante aquém das necessidades surgidas pós-constituente de 1988. Não podendo contar nem com as ordinárias normas de processo penal, nem com o Estatuto do Índio, que se limita a tratar de poucos aspectos sobre o tema aqui tratado, talvez se possa cogitar uma lei de natureza penal e processual penal especial para essas populações. Há um código penal militar e um processo penal próprio dos militares. Até uma justiça militar própria. Caberia, portanto um direito penal do índio ou um processo penal indígena, que compatibilizasse a nosso padrão de justiça às necessidades ínsitas dessas populações?

Pode parecer absurda a consideração em um primeiro momento, mas é preciso lembrar que boa parte dos países da América Latina – Peru e Colômbia, sobretudo – que possuem uma boa concentração de etnias indígenas ainda remanescentes, reconhecem em seus sistemas jurídicos eventuais direitos penais existentes dentro das tribos indígenas, ficando tais sistemas adstritos aos membros da etnia e cuja aplicação é reconhecida por aqueles Estados, desde que não redundem em norma contrária aos direitos humanos. O tema transborda pelas delimitações deste trabalho, razão pela qual não o trabalharemos nessa oportunidade, porém, o questionamento é sem dúvida alguma pertinente à temática.

Sem que se pretenda ir tão longe, no entanto, talvez seja possível a mera compatibilização do processo – e dos procedimentos – prescritos pelas nossas leis penais e processuais penais com a realidade indígena tutelada pela nossa atual constituição. A moderna hermenêutica constitucional não pode ser compreendida nos dias de hoje apenas como a atividade por meio da qual interpretamos as normas constitucionais, mas, sobretudo, como técnica de viabilização e preservação de normas infraconstitucionais – até mesmo supralegais – que poderiam facilmente ter sua inconstitucionalidade declarada no caso concreto.

Nesse sentido, dá às normas processuais penais, quando inseridas nesse contexto de multiculturalidade promovida pela Constituição, uma interpretação conforme a constituição significa a preservação do nosso atual modelo, bem como a garantia de maior efetivação do mandamento constitucional. Não se pode criar a armadilha de ter de deixar de aplicar qualquer das normas juridicamente válidas, ou ainda criar todo um novo sistema ou justiça especialmente dedicada à apuração da responsabilidade criminal das populações indígenas “não integradas” ou “em vias de integração” – para ficarmos na dicção da Lei 6.001/73.

Tanto na seara do direito penal – dentro da discussão sobre a inimputabilidade dos povos indígenas –, quanto nos procedimentos poucos efetivos do processo penal – quando inseridos no contexto das centenas de tribos indígenas que compõe a nossa nação –, o caminho para o enfrentamento das dificuldades de efetivação do direito penal e da busca pela responsabilização criminal daqueles que mereçam perpassa a boa técnica da interpretação conforme a Constituição e consequente adequação dos procedimentos à realidade que porventura se tenha que enfrentar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando os portugueses puseram os pés em definitivo neste território, sobre o qual resta assentada nossa civilização, surgiu uma relação conflituosa que perdura até os dias de hoje, entre os “homens brancos” e os povos originários que aqui sempre viveram. Às primeiras normas que surgiram para regular essas atribuladas relações – como as Cartas Régias de 1611 e 1680 – seguiram-se outras, nem sempre no sentido de conferir ou ampliar quaisquer direitos daqueles povos. Muitas vezes essas normas podiam até ter por finalidade a subjugação dos mesmos.

Passado a Colônia, o Império, a Velha República e o Regime Militar, a nova ordem constitucional surgida com a Constituição de 1988 inaugurou uma era de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas nunca antes vista. Declarando abolida a finalidade de integração forçada dos indígenas ainda remanescentes em nosso território, buscou afastar-se da lógica nefasta do assimilacionismo e integracionismo que imperaram nos regimes pretéritos e condicionaram não apenas a forma de tratamento jurídico deferido àqueles povos, mas também a forma como os víamos: atrasados, selvagens, incapazes.

A nova sistemática constitucional, consagradora do direito à diferença, não apenas representa um avanço inigualável do ponto de vista da nossa compreensão de direitos humanos, cidadania, dignidade e estado de direito, como também ajuda a trazer aos índios a justiça histórica que nunca obtiveram dos colonizadores que nunca os reconheceram devidamente em sua organização social, tradição, valores e costumes.

Que apesar de representar formidável avanço da proteção, defesa e preservação da multiculturalidade existente no bojo da sociedade brasileira, o reconhecimento de tais aspectos do modo de vida indígena deve ser devidamente sentido e discutido em todo o seu alcance, sobretudo no que diz respeito às implicações que transbordem na esfera do direito penal e processual penal. A história da relação entre os povos indígenas e os “homens brancos” no Brasil é uma história de conflito, de guerra, de crime. Seja por terra, por poder, por riqueza ou apenas pela própria subsistência. Talvez o direito penal, ao longo desses quinhentos anos de relacionamento, tenha sido mais empregado do que o direito civil para regular essas relações.

Assim, o direito penal tal como fora construído, nos seios da tão celebrada civilização europeia, tecida pelas mãos de italianos e alemães, mas também franceses, ingleses e por que não americanos, esses mais tardiamente, quando aplicado da forma que o é, hodiernamente, entre os não-índios, tende a colidir com a norma constitucional que reconhece, garante e protege o modo de ser indígena.

Como se buscou demonstrar, os institutos de direito penal não foram construídos para alcançarem os povos que não compartilharam conosco da sua criação. Abarcou-os por força das circunstâncias e na base do preconceito. O etnocentrismo – e em até certo sentido o eurocentrismo – que imperou em nossa cultura impediu que reconhecêssemos até ontem (1988) que os povos indígenas não estão atrasados em relação à civilização, muito menos que precisam superar seu próprio modelo de sociedade para finalmente poderem acessar seus direitos de cidadania.

Ao contrário, é da compreensão e do entendimento moderno de que os povos indígenas possuem suas próprias sociedades, estruturadas em torno de valores e costumes próprios, que se tornou imperioso afastar de uma vez por toda da seara criminal os antigos sentidos que se deitava aos conceitos-chave historicamente usados em situações nas quais algum indígena estava envolvido. O preconceito dos nossos antepassados fazia dos indígenas incapazes para o direito civil, cuja repercussão no direito penal era a do reconhecimento da ausência de culpabilidade, devido à presença da inimputabilidade.

Com o reconhecimento do direito à diferença, portanto, afasta-se tal ideia de inimputabilidade presumida pela condição de indígena, colocando-se as coisas nos seus devidos lugares. O direito penal, lido à luz da constituição, a partir do auxílio da moderna hermenêutica constitucional, permite promover verdadeira ressignificação das normas penais e processuais penais e conceder-lhes a aplicabilidade que nunca deixou de se fazer necessária, infelizmente.

Com este trabalho, chegamos à conclusão que, para fins de responsabilização criminal de indígenas, é imperativo ou que se crie nova norma de natureza penal e processual penal, mais adequadas às especificidades no contexto ínsito à realidade indígena e ao novo paradigma constitucional, ou se promova uma nova interpretação do direito penal e processual penal, no que diz respeito à temática dos índios, buscando estender a vida útil dessas normas.

Acreditamos que seja esse último o caminho mais adequado ao momento. Portanto a responsabilidade criminal dos povos indígenas, conforme o novo padrão axiológico estabelecido pela Constituição de 1988, que reconheceu definitivamente o direito dos povos originários a terem sua própria terra, sua própria língua, seus próprios valores, costumes, cultura e organização social, conforme dicção do art. 231, perpassa a necessidade de ressignificar, no que for possível e cabível os institutos de direito penal tradicionalmente utilizados para buscar essa responsabilização, adequando-os ao novo paradigma constitucional. Devendo ser usado semelhante processo nos procedimentos necessários à materialização, e, portanto, efetivação, do direito penal pelo devido processo legal.

## REFERÊNCIAS

- AGENTES da Polícia Federal viajam para procurar corpos de garimpeiros.* Folha de São Paulo. Rondônia. 10 de abril de 2004. Disponível em: [Folha Online - Brasil - Agentes da PF viajam para procurar corpos de garimpeiros - 10/04/2004 \(uol.com.br\)](http://www.uol.com.br). Acesso em: 17 de junho de 2021.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 9 ed ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ARAÚJO, Ana Valéria. *Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença*. Brasília, MEC/UNESCO 2006.
- BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BELFORT, LUCIA FERNANDA INÁCIA. *A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica*. 2006. 139f Dissertação Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- BRASIL. *Comissão da Verdade – Tomo I – Parte II – Violações aos Direitos dos Povos Indígenas*. Disponível em: [Direitos dos povos indígenas | Verdade Aberta \(al.sp.gov.br\)](http://al.sp.gov.br). Acesso em: 17 de junho de 2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994*. 35ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.
- BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. In *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: [L3071 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br) Acesso em: 17 de junho de 2021.
- BRASIL. *Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio*. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 dec. 1973. Disponível em: [L6001 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br) Acesso em: 17 de jun. 2021.
- BRASIL. *Proposta da Comissão Nacional de Política Indigenista: Estatuto dos Povos Indígenas; Ministério da Justiça, Comissão Nacional de Política Indigenista*, 2009, Brasília, DF. Disponível em: [Proposta de texto para o \(funai.gov.br\)](http://funai.gov.br). Acesso em: 17 de junho de 2021
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. In: *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. São Paulo: Rideel, 2020.
- BRASIL. *Código Penal*. In: *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. São Paulo: Rideel, 2020

CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. Rivista di Diritto processuale, v.5, parte I, Padova, 1950.

CARNEIRO DA CUNHA, M., *Os Direitos Do Índio*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1987.

CASO Rieli Franciscato: *Saiba o que diz a lei sobre a possibilidade de punição a indígenas*. Globo. Rondônia. 11 de setembro de 2020. Disponível em: [Caso Rieli Franciscato: saiba o que diz a lei sobre a possibilidade de punição a indígenas em RO | Rondônia | G1 \(globo.com\)](#). Acesso em: 17 de junho de 2021.

CASTRO, Alexandre de. *FUNDAMENTOS PARA UMA CRÍTICA DO ESTATUTO DO ÍNDIO: Raça e História de Lévi-Strauss*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. V.1 n.1/2016: ISSN 1981-3694.

COELHO, Elizabeth Maria Beserra. *O NOVO CENÁRIO DO CAMPO INDIGENISTA: a tensão entre a perspectiva assimilacionista e o respeito à diversidade cultural*. 27º encontro anual da ANPOCS. 2003.

CUNHA, Manoela Carneiro: *Os Direitos do Índio, ensaios e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios*. Revista Informação Legislativa, Brasília, a. 28, n. 111, julho/setembro 1991.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil Brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil* - 34. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GANDAVO, Pedro de Magalhães. *Tratado da Terra do Brasil, História da Província de Vera Cruz, a que vulgarmente chamamos Brasil*. Vol.100, Senado Federal. Brasília, 2008.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11. Ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

HERINGER, Bruno Junior. *A imputabilidade Penal do Índio*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS, nº 73, ano XXV, julho de 1998.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*, v.I, t.II.

*INDIGENISTA brasileiro morto com flecha por índios primitivos que tentava proteger*. Correio da Manhã, Portugal. 10 de setembro de 2020. Disponível em: [Indigenista brasileiro morto com flecha por índios primitivos que tentava proteger - Mundo - Correio da Manhã \(cmjornal.pt\)](#). Acesso em: 17 de junho de 2021

*INDIGENISTA da funai morre em Rondônia após ser atingido por flecha de índios isolados*. Folha de São Paulo. Rondônia. Setembro de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/09/indigenista-da-funai-morre-em-ro-apos-ser-atingido-por-flecha-de-indios-isolados.shtml>. Acesso em: 17 de junho de 2021.

