

## **O DIREITO PENAL E O ÍNDIO: DESAFIOS HISTÓRICOS SOB A NOVA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

Julianne Holder da C. S. Feijó<sup>1</sup>

### RESUMO

A relação entre o Direito Penal e o indígena é questão tormentosa que assombra os juristas brasileiros desde a época colonial, dois grandes problemas se viram sem uma adequada solução até os dias de hoje: a imputabilidade penal do índio criminoso e o reconhecimento das normas consuetudinária praticadas historicamente pelas comunidades, englobando, inclusive a aplicação de penalidades. Diante deste contexto, o presente ensaio se debruçará no resgate histórico da legislação indigenista brasileira, revelando a evolução da questão desde o período imperial até à Constituição Federal de 1988, que operou uma transformação sem precedentes no universo do direito indigenista, assegurando aos silvícolas sua reprodução física e cultural ao mesmo tempo em que lhes reconhece como membros do povo brasileiro, detentores dos mesmos direitos e obrigações conferidos a qualquer outro.

Palavras-chave: Índio. Constituição de 88. Direito Penal. Imputabilidade penal. Direito consuetudinário.

### ABSTRACT

The relationship between criminal law and the indigenous is tormenting question that haunts Brazilian jurists from the colonial era, two major problems themselves without an adequate solution to the present day: the criminal responsibility of the perpetrator Indian and the recognition of customary norms practiced historically by communities, encompassing, including the imposition of penalties. Given this context, this paper will look at the historical review of Brazilian indigenous law, revealing the evolution of matter from the imperial period to the Federal Constitution of 1988, which operated an unprecedented transformation in the universe indigenous rights, ensuring forestry reproduction physical and cultural at the same time recognizing them as members of the Brazilian people, holders the same rights and obligations conferred to any other.

Keywords: Indian. Constitution 88. Criminal Law. Criminal responsibility. Customary law.

---

<sup>1</sup> Professora da Universidade Federal Rural do Semi-árido (UFERSA); Vice-coordenadora do curso de Direito da UFERSA; Doutoranda pela Universidade de Brasília (UNB); Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); Graduada pela UFRN.

## INTRODUÇÃO

A relação entre o Direito Penal e o indígena<sup>2</sup> é questão tormentosa que assombra os juristas brasileiros desde a época colonial, a verdade é que a diversidade cultural existente no Brasil causou tamanha estranheza entre os portugueses que aqui chegaram que os levou à inabilidade para conduzir a questão. Dois grandes problemas se viram sem uma adequada solução até os dias de hoje: a imputabilidade penal do índio criminoso e o reconhecimento das normas consuetudinária, praticadas historicamente pelas comunidades indígenas que englobaria, inclusive, a aplicação de penalidades, rivalizando o *jus puniendi* estatal.

Por muito tempo predominou no imaginário humano a crença evolucionista de que a humanidade se desenvolveria por etapas, da primitividade à civilização, em um processo inexorável. Comunidades ditas tribais, dentre elas as indígenas, eram concebidas como primitivas, selvagens, cujo único caminho possível seria o da civilização, em abandono das tradições e cultura seculares.

Esse quadro somente viria a se modificar com a Constituição Federal de 1988 que, inspirada em valores pluralistas e multiculturais, reformulou a política indigenista nacional ao mesmo tempo em que estruturou um sólido sistema de proteção à diversidade cultural do País, garantindo às comunidades tradicionais que contribuíram, e ainda contribuem, para a formação da identidade do povo brasileiro, o direito à perpetuar suas tradições e costumes seculares. O índio, a partir de 1988, obteve o direito constitucional a ser índio, a reproduzir seu estilo de vida tradicional, o que acarretou mudanças profundas no tratamento jurídico da questão indígena no Brasil.

Diante deste contexto, o presente ensaio se debruçará sobre os reflexos que essa modificação no paradigma constitucional causou na responsabilização do índio criminoso, enfrentando a temática da imputabilidade penal, bem como do reconhecimento, pelo Estado brasileiro, das normas costumeiras das diversas comunidades indígenas que compõe o mosaico sócio-cultural brasileiro.

## 1. A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO INDÍGENA: EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS

Destaques-se, *ab initio*, que tanto o Código Criminal do Império, Lei de 16/12/1830, como o seu sucessor, o primeiro Código Penal republicado, de 11/10/1890 (Decreto 847), calaram quanto à responsabilidade criminal dos indígenas. O atual Código Penal, de 07/12/1940 (Decreto 2.848), muito embora aparentemente seja omissivo quanto aos silvícolas, em sua exposição de motivos (SOUZA FILHO, 1990, p. 13), anterior à reforma de 1984, menciona os indígenas como indivíduos com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, destinando-os as regras aplicáveis aos semi-imputáveis ou inimputáveis (MIRANDA, 1994, pag. 38).

---

<sup>2</sup> Sem negligenciar as diferenças conceituais existentes entre os termos *índios, silvícolas, aborígenes, autóctones, gentios, incólas* dentre outras formas expressões, utilizaremos todas elas como sinônimas, apenas para fins didáticos.

Em verdade, o tratamento deferido pela legislação criminal ao indígena (a inimputabilidade) apenas refletia decisões políticas anteriores quanto a questão de sua (in)capacidade civil, não estando em dissonância com o Ordenamento Jurídico da época. De fato, o Código Civil de 1916 considerava o índio relativamente incapaz para praticar, por si só, os atos da vida civil de modo que o submetia ao regime tutelar, exercido por um órgão especial do Governo<sup>3</sup>, voltado ao suprimento de sua suposta incapacidade. Nada mais natural, por tanto, que fosse também considerado inimputável, penalmente incapaz, perante a legislação criminal.

Entretanto, tanto o Decreto 5.484/1928, que regulava a situação dos índios nascidos em território nacional, como o seu sucessor, o Estatuto do Índio – EI, (Lei 6.001/1973), tratavam do regime especial de cumprimento da pena dos indígenas criminosos, revelando que a intenção da legislação especial era considerar o silvícola penalmente responsável, o que deveria ter resolvido a questão. Mas não foi o que aconteceu, conforme veremos adiante.

Ademais, as alterações introduzidas pela Constituição Federal de 1988, que transformou profundamente a política indigenista do País, revelou a insustentabilidade do regime de incapacidade, civil e criminal, do autóctone, conforme demonstraremos nos itens seguintes.

### **1.1 O INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A nossa Carta constitucional, inspirada em valores plurais e multiculturais, estruturou uma seção dedicada à cultura (arts. 215 e 216), estendendo sua proteção às manifestações das culturas populares indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos formadores do processo civilizatório nacional, reconhecendo expressamente que as formas de expressão e manifestação cultural desses grupos consubstanciam o patrimônio cultural brasileiro, merecedor de proteção pelo Estado brasileiro.

A Constituição ainda foi a primeira a destinar um capítulo exclusivamente voltado para a disciplina dos direitos indígenas e a que mais se alongou sobre o tema, construindo um sólido sistema de proteção à identidade cultural dos autóctones. Assim, a Constituição Federal estipulou uma série de direitos e garantias em prol da conservação da singularidade cultural indígena (SILVA, 2005, pag 852), perfilhando em seu art. 231 e parágrafos, o direito dos índios em manter sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, colocando fim ao vetusto paradigma da integração cultural do índio à sociedade envolvente, presente na legislação brasileira desde a época colonial, para solidificar a proteção da diversidade cultural brasileira (FEIJÓ, 2011, Pag. 8).

Tamanha transformação operada no ordenamento jurídico pátrio rompeu com toda uma tradição jurídica, e política, no cenário do direito indigenista, reclamando uma revisão de entendimentos consagrados pela doutrina e jurisprudência bem como uma releitura da legislação pertinente, de modo à adequá-la aos novos padrões constitucionais, dando efetividade aos direitos de uma minoria tão fragilizada pro séculos de dominação cultural.

---

<sup>3</sup> Esse regime tutelar seria exercido pelo órgão responsável pela política indigenista nacional, de início o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), posteriormente a Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

## 1.2 DA INIMPUTABILIDADE PENAL AO ERRO DE PROIBIÇÃO

Na Concepção analítica finalista de crime, adotada pelo nosso Código Penal (NUCCI, 2006, pag. 118.), temos um crime quando o fato é típico, antijurídico e culpável (nessa ordem). Não existindo qualquer desses elementos não haverá crime. O terceiro elemento, a culpabilidade, é um juízo de reprovação da conduta do agente que reúne a análise de 3 circunstâncias: A imputabilidade (se o agente era maior de 18 anos e mentalmente são no momento da conduta); A potencial consciência sobre a ilicitude do fato (não havendo esta consciência o agente pode recair em erro de proibição - art. 21); A exigibilidade de conduta diversa. Não estando presente qualquer dessas circunstâncias o fato não é culpável, afastando, pois, a própria existência do crime.

Sendo a imputabilidade um dos elementos que compõe a culpabilidade, e sem esta não há crime, perquirir a responsabilidade penal do indígena significa analisar a sua imputabilidade penal<sup>4</sup>, ou seja, o conjunto de condições pessoais que geram a capacidade do agente para que lhe seja juridicamente atribuível a prática de um fato punível (NUCCI, 2006, p. 253).

A culpabilidade é um juízo de reprovação, que recai sobre o agente por ter atuado de forma contrária ao direito, quando podia agir em conformidade com o mesmo, já a imputabilidade é a aptidão para ser culpável, ou melhor, é a aptidão pessoal para que sua conduta sofra reprovação. Deste modo, é imputável o indivíduo que reúne os dois elementos que a configura, quais sejam: higidez biopsíquica e maturidade legal. Pela maturidade, entende-se o desenvolvimento físico-intelectual que permite ao agente relacionar-se em sociedade de forma independente, equilibrada e emocionalmente segura. O nosso Diploma Penal consagra a maturidade com base em uma presunção legal, aos 18 anos de idade, sem a possibilidade de perquiri-la caso a caso.

A higidez biopsíquica engloba a saúde mental propriamente dita (critério biológico), e a capacidade do agente de entender o caráter ilícito de sua conduta (critério psicológico), se autodeterminando conforme esse entendimento; ou seja, o agente podia agir de forma diversa, mas não o fez, preferindo, consciente e voluntariamente, delinquir. Reunido os dois pressupostos, maturidade e higidez biopsíquica, o agente é penalmente imputável, apto a sofrer as conseqüências penais de seus atos.

Não é por outro motivo que o artigo 26 do Código Penal (CP) isenta de pena o agente que, por doença mental<sup>5</sup> ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do seu ato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, afastando a culpabilidade e, conseqüentemente, o próprio crime.

Por outro lado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de

<sup>4</sup> O ilícito penal (fato típico e antijurídico) não serve para fins de averiguar a responsabilidade criminal do silvícola, de modo que esta discussão reporta-se à terceira fase da teoria do crime: a culpabilidade, depois que já constatado o ilícito penal.

<sup>5</sup> Guilherme Nucci nos fornece uma listagem de doenças da mente capazes de afastar a imputabilidade penal do agente: esquizofrenia, epilepsia, paranóia, psicose, alcoolismo, demência, senilidade, dentre outras (2006, pag. 254-255).

acordo com esse entendimento (parágrafo único). Neste caso a perturbação mental não afasta inteiramente a compreensão da ilicitude do agente, lhe era exigível atingir tal entendimento de modo a portar-se conforme o ordenamento jurídico. Dessa forma, haverá crime (fato típico, antijurídico e culpável) com redução de pena.

Quanto ao índio, sua responsabilidade criminal sempre esteve conectada ao grau de *civilização* do aborígene, o quanto ele estava aculturado. Relacionava-se sobremaneira ao modo como o Estado Brasileiro tratava a capacidade civil do índio: Desde a época da Coroa Portuguesa, o índio era considerado incapaz para os atos da vida civil enquanto não fosse *civilizado*.

Melhor dizendo, enquanto o silvícola não fosse incorporado ao modo de vida da sociedade dominante (paradigma da integração), em um verdadeiro processo de *civilização*, era considerado um ser primitivo, sem desenvolvimento mental completo e, por tanto, incapaz de conduzir por si só sua própria vida e administrar seus bens. Enquanto mantivesse esse *estado de primitividade* receberia um tratamento especial do Estado: a Tutela.

Somente alcançada a *civilização*, quando abandonava a condição de índio, era que adquiria a plena capacidade civil. Tornava-se um legítimo cidadão brasileiro para deixar de ser índio. Por cinco séculos a capacidade civil plena e a condição de índio foram conceitos excludentes e antagônicos, incapazes de pertencer a um mesmo indivíduo. Esta situação se modificou em 1988 com a atual ordem constitucional.

Ora, se o índio era um ser *primitivo* e não civilizado, incapaz de conduzir por si só o seu destino e de seus bens, por óbvio não possuía a compreensão necessária para distinguir entre uma conduta criminosa e outra aceita pela sociedade ou, pelo menos, não alcançava plenamente este entendimento. A solução encontrada pela legislação brasileira foi considerar o índio *não integrado* com desenvolvimento mental incompleto ou retardado a fim de atestar sua inimputabilidade penal.

A jurisprudência, bem como a doutrina criminalista<sup>6</sup>, vem há muito justificando a inimputabilidade do silvícola com base no art. 26 do CP, equiparando-o ao doente mental, considerando-o um inimputável por possuir desenvolvimento mental incompleto ou retardado em virtude de sua inadaptação à vida *civilizada*. A tese possui respaldo oficial: A exposição de motivos do atual Código penal (1940), antes da reforma de 1984, expressamente estendia a aplicação do artigo 26 aos silvícolas e surdos-mudos, conforme nos ensina Carlos Frederico marés (2008, pag. 110-111).

Tremendo equívoco, lamentável preconceito. Não é porque os índios possuem usos e costumes diversos dos nossos, que isto implica em sua enfermidade mental, não é a adaptação aos padrões da *vida moderna* que identifica um indivíduo como mentalmente são.

O índio que apresenta pouco ou nenhum contato com a sociedade envolvente ao praticar um fato típico e antijurídico, apesar de imputável (caso seja maior de 18 anos e mentalmente são), não pratica um crime por ausência de culpabilidade, tendo em vista não compreender o caráter ilícito de sua conduta. Um indivíduo mentalmente são não

<sup>6</sup> GRECO 2010, pag. 378; MIRABETE, 2005, pag. 211; NUCCI, 2006, pag. 255. Rogério Greco ainda cita Nelson Hungria, 2010 pag. 378.

poderá ser equiparado a um doente mental apenas porque vive em uma sociedade estruturalmente diferente da nossa, com costumes e tradições peculiares, estranhos a nós como os nossos usos estranham a eles, do contrário estaríamos diante de um preconceito institucionalizado que nossa Carta Constitucional não ousou recepcionar.

Dessa forma podemos concluir que o índio criminoso, sendo maior de 18 anos e mentalmente são será penalmente imputável, restando averiguar a presença, ou não, da potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa. Sem esses elementos não haverá culpabilidade e, dessa forma, não haverá crime, quiçá penalização da conduta. Indo mais adiante, caso reste comprovado que o indígena não alcança a consciência sobre a ilicitude do fato, teremos a presença do erro de proibição previsto no artigo 21 do estatuto penal<sup>7</sup>, que poderá ser escusável, afastando a culpabilidade e o próprio crime, ou, em sendo inescusável, muito embora não exclua o delito, resultará em causa de diminuição da pena.

Admitir a inimputabilidade do indígena com fulcro no art. 26 do CP geraria uma situação bastante complicada ao se imaginar que o juiz, ao admitir a inimputabilidade do silvícola, prolata uma sentença absolutória imprópria, absolvendo-o muito embora impondo uma medida de segurança (GRECO, 2010, pag. 382.). Seria descabido que um índio, mentalmente sadio, apesar de desconhecedor de nossas leis, usos e costumes seja submetido a uma internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico ou mesmo que seja enviado para um tratamento ambulatorial.

Diferentemente do que ocorre no art. 26, o erro de proibição não incide em virtude de uma enfermidade mental do indivíduo, mas configura-se em face de um erro, um juízo equivocado sobre o que lhe é permitido fazer na vida em sociedade, um engano plenamente justificável ante a impossibilidade de o sujeito conhecer a ilicitude de seu comportamento.

Como dito alhures, para que haja a culpabilidade do agente é indispensável que este seja imputável penalmente, ou seja, que reúna os requisitos da maturidade e da higidez biopsíquica, compreendendo o caráter ilícito de sua conduta, sendo exigível que se portasse de forma diversa, em conformidade com o Ordenamento Jurídico. Se o sujeito não atingiu essa consciência acerca da antijuridicidade de seu comportamento, não há culpabilidade, muito embora exista uma conduta típica e antijurídica (MIRABETE, 2005, p. 200).

Obviamente que a culpabilidade do indígena deverá ser apreciada caso a caso, inclusive com laudo antropológico se necessário for (FREITAS, 2013). Caso se ateste que o índio criminoso possui o pleno conhecimento das normas que regem a *sociedade moderna*, não poderá se esquivar da responsabilidade penal apenas pela condição de índio. De fato, o

---

<sup>7</sup> Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

estatuto do índio (Lei 6.001/73) destina o título VI à regulação das normas penais atinentes aos indígenas, deixando bem claro que o índio é penalmente responsável<sup>8</sup>.

A partir do estatuto legal infere-se que a capacidade penal do índio extrai-se, como a de todos os outros brasileiros, do Diploma Penal, perquirindo sua responsabilidade de acordo com a possibilidade de atingir o entendimento acerca da ilicitude de sua conduta e de agir conforme este entendimento, mediante perícia adequada caso necessário, não bastando a condição de silvícola para que se conclua por sua irresponsabilidade penal. Tanto é assim que o Estatuto do Índio determina, no parágrafo único do art. 56, o regime de cumprimento da pena do índio criminoso, aduzindo que na aplicação da pena o juiz observará o grau de integração do silvícola, atenuando a penalidade a este imposta (BARRETO, 2008, pag. 41).

Por oportuno, registre-se que a atual Carta assegurou ao índio o direito a reproduzir seus costumes e tradições, abandonando definitivamente o fantasma da *civilização* forçada, ao qual o Estado brasileiro lhes impingiu por séculos. O índio não precisa mais se integrar, se civilizar, a fim de gozar qualquer direito extensível aos demais membros do povo brasileiro, de modo que os termos *índio integrado* e *não-integrado*, além de desagregador e preconceituoso, ficaram no passado, não recepcionados pela atual Ordem Constitucional, não fazendo qualquer sentido sua utilização.

Outra questão de relevo é a prática, por determinados grupos tribais, de condutas repugnantes aos olhos do direito Pátrio, muito embora integrantes de um contexto cultural, tais como o infanticídio ou o estupro de vulneráveis (a partir da presunção de violência existente nas relações sexuais com menores de 14 anos).

Analisando a problemática de forma fria e cirúrgica, deixando de lado valores morais historicamente construídos no bojo da sociedade em que nos encontramos inseridos, temos que referidas práticas, quando respaldadas em contextos culturais históricos, encontram-se amparadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, com esteio no artigo 231 da CF que assegura às comunidades indígenas o direito de praticar seus costumes<sup>9</sup>, crenças e tradições em uma reprodução física e cultural.

Ao assegurar a reprodução cultural dos silvícolas, a Carta constitucional reconheceu suas práticas culturais e rechaçou qualquer interferência cultural forçada por parte dos não-índios. Dessa forma temos que o direito brasileiro permite, tolera, certas condutas que, fora do contexto cultural indígena, configuraria crime. Assim, poderíamos concluir que tais indivíduos estariam acobertados por uma excludente da culpabilidade, o exercício regular de um direito, afastando, assim, a própria existência do crime. Da mesma forma que acontece com um aborto praticado em razão de estupro ou para salvar a vida da gestante.

No entanto, tais conclusões devem ser tomadas com cautelas, dado que cada caso merece uma análise específica de modo a evitar que indivíduos mal intencionados se escudem em

---

<sup>8</sup> Aliás, o Decreto 5.484, de 27 de junho de 1928, que regulava a situação dos índios nascidos em território nacional, tratava da penalização do índio criminoso, demonstrando sua responsabilidade criminal aceita pelo Ordenamento Jurídico.

<sup>9</sup> Por oportuno, saliente-se que a carta Régia de 09/03/1718, ainda no Império Português, considerava as nações indígenas fora da Jurisdição da Coroa Portuguesa, o que acabava por reconhecer o direito interno das comunidades (SANTOS FILHO, 2006, pag. 25).

normas constitucionais para praticar atrocidades contra os direitos humanos que a Constituição não ousou avaliar.

### 1.3 DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA

O primeiro diploma legal brasileiro à regular um regime especial de cumprimento de pena para o indígena criminoso fora o Decreto 5.484, de 27 de junho de 1928, que tratava da situação dos índios nascidos em território nacional. O referido Decreto fazia distinção entre índios integrados à sociedade há menos de cinco anos, que possuíam regramento especial, dos índios integrados há mais de cinco anos, que se submetiam ao regime comum, muito embora suas penas devessem ser reduzidas à metade, nunca se aplicando a prisão celular, a qual deveria ser substituída pela prisão disciplinar. Mais uma vez nos deparamos com a malsinada *integração*.

Segundo esse regulamento, indígenas integrados há menos de cinco anos que cometessem crimes seriam recolhidos às colônias correccionais ou estabelecimentos industriais disciplinares, pelo tempo que o inspetor entendesse necessário, nunca por mais de cinco anos, institucionalizando estabelecimentos prisionais especiais para os índios (SOUZA FILHO, 1990, pag. 159). Carlos Marés (2008, pag. 112-113) nos esclarece que essa previsão legal rapidamente se transformou em um instrumento de opressão e tortura aos indígenas, passando o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), órgão responsável pela política indigenista da época, a controlar com mão de ferro e duvidosa legitimidade o julgamento e punição dos índios criminosos, tudo às margens do Poder Judiciário, extra-oficialmente<sup>10</sup>.

O malfadado Decreto 5.484/28 fora substituído pelo Estatuto do índio, Lei 6.001/73 de 19 de dezembro de 1973, que da mesma forma que o seu antecessor estabeleceu um regime especial de cumprimento da pena para indígena criminoso, sobre o qual nos debruçaremos à seguir, posto que ainda vigente. Observe que o Decreto 5.484/1928 conviveu com o atual Código Penal, de 1940, que, entretanto, não o revogou posto que não regulou a situação do índio criminoso, permanecendo as disposições penais do referido Decreto (SOUZA FILHO, 2008, PAG. 112). Existia, apenas, sua exposição de motivos que tratava o indígena como inimputável.

O Estatuto do índio (Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973), no parágrafo único de seu artigo 56, prevê um regime especial de semiliberdade para o indígena que for condenado pelo cometimento de infração criminal, recomendando, ainda, que a pena seja cumprida em estabelecimento da FUNAI (Fundação Nacional do Índio), em localidade perto da residência do criminoso. Saliente-se que o referido dispositivo abre a possibilidade legal de o silvícola cumprir sua pena em estabelecimento comum, destinado aos não índios, ao determinar que *As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade*.

Repise-se que a previsão legal de um regime de cumprimento de pena para os indígenas, ainda que mais brando do que o ordinário, demonstra que a intenção do legislador fora reconhecer a imputabilidade do índio praticante de infração criminal (BARRETO, 2008,

<sup>10</sup> Como exemplo dessas *instituições penitenciárias especiais*, cita a Fazenda Guarani, no Estado de Minas Gerais.

pag. 41). Inclusive, saliente-se, que ao tratar da punição do silvícola por prática criminal, em nenhum momento o Estatuto do Índio exigiu qualquer grau de integração do mesmo como fator determinante de sua responsabilidade penal.

Considerando que a distinção entre índios isolados, integrados e em vias de integração, feita pelo artigo 4º da mencionada Lei, não fora recepcionada pela atual Ordem Constitucional, uma vez que se estriba no paradigma de assimilação cultural e necessária *civilização* dos indígenas, temos que o parágrafo único do artigo 56, ao admitir a imputabilidade penal do índio sem tal exigência, se coaduna com os ditames constitucionais onde o índio não precisa se incorporar à cultura dominante para que goze os mesmos direitos e deveres extensíveis a qualquer cidadão brasileiro.

Dando seqüência, o *caput* do artigo 56 do EI prevê ainda uma atenuante específica destinada a qualquer índio condenado criminalmente, independentemente da natureza do delito ou de qualquer outra circunstância que não a condição de índio. A doutrina se divide quanto a aplicação dessa atenuante, se seria obrigatória, em qualquer caso de réu indígena<sup>11</sup>, ou se seria subsidiária, aplicada apenas se não houvesse outra incidente na espécie. Deixada as polêmicas de lado, muito embora o EI não tenha feito nenhuma restrição à aplicação dessa atenuante específica, o que conduziria à sua incidência automática em qualquer condenação criminal de silvícola, o fato é que sua aplicação acaba por desvirtuar o propósito pretendido pelo Ordenamento Constitucional Pátrio.

Ao consagrar garantias constitucionais em prol da reprodução física e cultural dos autóctones o Constituinte de 88 almejava proteger a diversidade cultural brasileira, bem como garantir a dignidade humana de grupos étnica e culturalmente diferenciados da comunidade envolvente, mercedores de proteção especial a fim de fazer valer em seu favor o princípio da isonomia. Não quis o legislador conceder vantagens despropositadas, claramente preconceituosas e sem qualquer ligação com a proteção à identidade cultural indígena.

Não seria isonômico conceder tratamento diferenciado à indivíduos que praticaram o mesmo delito apenas por uma condição pessoal de um deles, sem qualquer fundamento racional. O direito penal tutela bens juridicamente relevantes para a coletividade e quem conscientemente lesou um desses bens deverá responder criminalmente, desde que reúna os critérios para tanto: imputabilidade penal, consciência da ilicitude do fato e possibilidade de se comportar de maneira diversa.

Não temos um direito penal do indivíduo. Um homicida ou um estuprador, por exemplo, não deve ficar em semiliberdade ou ter sua pena reduzida simplesmente por ser índio. Antes de tudo ele cometeu um crime, lesando bem jurídico relevante, não merecendo qualquer privilégio<sup>12</sup>. Obviamente que estamos a falar daquele indígena imputável e consciente de seu comportamento criminoso, o qual deveria cumprir pena tal qual qualquer membro do povo brasileiro nas mesmas circunstâncias. Não atingida a consciência quanto a ilicitude da conduta, aí sim, recairíamos no erro de proibição onde o próprio crime seria afastado ou a pena diminuída, por disposição do art.21 do Código

<sup>11</sup> Carlos Frederico Marés defende que a simples condição de índio faz incidir a atenuante do art. 56 do EI citando entendimentos contrários (Op. Cit. 1990, pag. 160). Da mesma forma, A. Gursen Miranda (1994, pag. 38).

<sup>12</sup> Vide decisão do STJ neste sentido: RE Nº73.285 –PB, Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, STJ. Julgado em 08 de Nov. de 2005. Ainda: STJ, HC 30.113/MA, Rel. Min. GILSON DIPP, 5T, julgado em 05/10/2004.

Penal, sendo viável, na semi-imputabilidade, um regime diferenciado de cumprimento da pena, cuja fixação levaria em consideração o grau de familiaridade do réu com a cultura dominante.

#### 1.4 DA INTERVENÇÃO DA FUNAI

Com arrimo no Código Civil de 1916 (art. 6, IV e parágrafo único), que previa a incapacidade civil relativa dos silvícolas, o Estatuto do Índio estabeleceu o regime tutelar a ser exercido pela União através do órgão especial de assistência ao índio, antes o SPI, hoje a FUNAI (art. 7, §2 da Lei 6.001/1973). Esse regime tutelar baseava-se no vetusto paradigma da assimilação cultural, onde a condição de índio seria algo transitório, fadado à extinção (SOUTO MAIOR, 2011), já que todo silvícola iria necessariamente se civilizar, se incorporando à sociedade envolvente, deixando, pois, de ser índio (FEIJÓ, 2014, pag. 12).

Segundo esse regime tutelar, todos os atos praticados por índios não integrados deveriam ter a assistência do órgão indigenista<sup>13</sup>, sob pena de nulidade do ato praticado (art. 8 da Lei 6.001/1973)<sup>14</sup>. Essa necessária intervenção cessaria na medida em que o autóctone fosse se *integrando*, cessando com sua completa civilização. Por outro lado, caso demonstrasse consciência e conhecimento acerca do ato praticado o silvícola ficaria liberado dessa assistência necessária (parágrafo único do art. 8).

Pois bem, com respaldo nesses dispositivos legais se fez comum entre os tribunais pátrios a declaração da nulidade da ação penal movida contra indígena sem a necessária intervenção da FUNAI, da mesma forma que negava o pedido de intervenção do órgão quando o índio processado demonstrasse estar *integrado*.

Entretanto, conforme já detalhado, a Constituição Federal de 1988 pôs fim ao malfadado paradigma assimilacionista consolidando a proteção à diversidade cultural das minorias étnicas, dentre as quais a indígena, resguardando seu direito fundamental de perpetuar suas tradições e costumes seculares sem o fantasma da *civilização* forçada. Com isso uma série de transformações se iniciou na esfera do direito indigenista pátrio, dentre elas a questão da incapacidade civil indígena.

De fato, com a CF de 88 o índio passa a ostentar sua plena capacidade para os atos da vida civil, não se fazendo mais necessária a assistência da FUNAI para integrar eventual incapacidade civil (FEIJÓ, 2014, pag 14). Por força do art. 232<sup>15</sup> da Carta o índio passa a poder estar em juízo por si só, caso em que a não intervenção da FUNAI não terá mais o condão de acarretar a nulidade da ação penal movida contra réu indígena. Por outro

<sup>13</sup> Inclusive, o art. 1, parágrafo único, da Lei 5.371, de 05 de dezembro de 1967, que instituiu a FUNAI, estabelece a competência da Fundação para exercer os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio.

<sup>14</sup> Lei 6001/1973: Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei. (...)

§ 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

<sup>15</sup> Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

lado, se a assistência da FUNAI não se faz mais necessária, dado a aquisição da plena capacidade civil do autóctone, o fornecimento de assessoramento jurídico pela mesma ao silvícola criminoso se faz um direito subjetivo deste que, em sendo solicitado, não poderia ser negado sob o argumento de sua *integração*.

Primeiramente porque dentre as funções da Fundação temos a prestação de apoio técnico, por parte de seu órgão especializado, através de consultoria e assessoramento para assuntos jurídicos, quando em questão os interesses dos índios, seja individuais seja coletivos (Art. 11-B,§6 da Lei 9.028 de 12 de abril de 1995), o que não se confunde com a assistência processual para fins de integração da incapacidade civil.

Em segundo lugar porque a classificação de índios integrados, não-integrados e em vias de integração (art. 4 da Lei 6.001/1973), encontra-se totalmente ultrapassada em face da atual Ordem constitucional, onde não se objetiva mais a *civilização* dos aborígenes, mas a sua reprodução física e cultural, perdendo sentido denominar um índio de integrado ou não integrado, sendo todos índios<sup>16</sup>.

## **2. PROTEÇÃO À IDENTIDADE CULTURAL X SOBERANIA NACIONAL: A QUESTÃO DO RECONHECIMENTO DO DIREITO COSTUMEIRO**

No atual modelo constitucionalista de Estado ao qual nos encontramos inseridos, a idéia da coexistência em um mesmo território de sistemas jurídicos diversos é algo inexoravelmente rechaçado. No Estado contemporâneo construiu-se como verdade inofismável a idéia monista de que o direito é único e onipresente, emanado de uma Carta Constitucional que paira intangível, inquestionável e soberana sobre todas as regras sociais de comportamento (SOUZA FILHO, 2008, pag. 117). Entretanto, a realidade dos diversos Países sul-americanos e sua variada rede de etnias indígenas, com regras de conduta social próprias, parece desmentir esta concepção.

A questão do reconhecimento pelo Estado da existência de um *sistema jurídico* entre os povos indígenas é polêmica antiga, que remonta à época das invasões européias. A verdade é que paralelamente às normas jurídicas que norteiam nosso Ordenamento existe uma infinidade de regras que organizam e mantêm coesas as diversas formações indígenas espalhadas não só no território brasileiro, mas por toda a América Latina.

Reconhecendo esta realidade, a Coroa portuguesa, em 09 de março de 1718, editou uma Carta Régia que excluía as nações indígenas brasileiras de sua jurisdição (SANTOS FILHO, 2006, Pag. 24-25), em uma clara, e oficial, aceitação de validade e aplicabilidade das normas consuetudinárias das comunidades indígenas. Hodiernamente, a Convenção 169 da Organização Internacional do trabalho (OIT)<sup>17</sup>, em seu art. 9, item 1, tem admitido que as comunidades índias apliquem suas normas sociais de maneira subsidiária, desde que não se contraponham à Ordem Jurídica Nacional, admitindo a realidade fática muito embora não reconheça a existência de um efetivo direito.

<sup>16</sup> Confirma decisão do supremo neste sentido: Pet 3388, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181.

<sup>17</sup> Incorporada ao Ordenamento Pátrio através do Decreto 5.051/2004.

A imposição de um sistema jurídico exógeno à comunidade indígena contrasta com os preceitos constitucionais, contidos no art. 231, que asseguram aos índios o direito à sua organização social, usos e costumes, uma vez que os obriga a seguir regras sociais diversas de seu modelo tradicional, desconfigurando sua estrutura cultural (FEIJÓ, 2009, pag. 132).

Neste contexto, interessante dispositivo é o artigo 57 do estatuto do índio, que prevê a possibilidade da própria comunidade tribal aplicar as sanções que entender necessárias à disciplina e punição de seus membros, desde que tais penas não sejam de morte nem possuam caráter infamante ou cruel, pois do contrário estar-se-ia ferindo as garantias fundamentais asseguradas na Constituição. É o que a doutrina convencionou chamar de *jurisdição indígena*, posto que retira do Estado o *jus puniendi*, quanto aos delitos praticados entre os membros da comunidade tribal.

De fato, ao reconhecer a legitimidade da comunidade para punir seus membros faltosos, o El guarda coerência com as disposições de seu artigo 6º que prevê o respeito aos costumes internos quando em pauta questões de sucessões, família e propriedade, revelando a sensibilidade com que tratou a matéria. Por oportuno, relevante é o conteúdo da Carta de Direitos do Cidadão, ratificada no México, que recomenda ao Poder Judiciário dos Países signatários, dentre eles o Brasil, a integração de mecanismos de solução de conflitos conforme aos direitos consuetudinários das populações indígenas.

Com efeito, a Carta da República reconhece aos índios sua organização social, costumes e tradições; nada mais coerente, portanto, que seja atribuído ao próprio grupo a função de reprimir penalmente os seus membros, conforme as normas tradicionais da comunidade. Agir o legislador de outro modo, seria esvaziar o sentido da norma constitucional. Retirar dos indígenas a possibilidade de punir seus próprios membros faltosos, conforme seus usos e costumes, é desestruturar seu sistema cultural, é intervir arbitrariamente nos hábitos da comunidade.

Exemplo clássico da jurisdição indígena é o caso do índio Basílio, que matou outro indígena pertencente à sua tribo. Após cometer o crime, o acusado foi julgado pela própria comunidade tribal, recebendo a seguinte pena: cavar a cova e enterrar o corpo da vítima, ficando em degredo de sua comunidade e de sua família pelo tempo que a tribo entendesse suficiente. Submetido o réu ao Júri Popular, após o pronunciamento de uma antropóloga<sup>18</sup>, o representante do Ministério Público requereu sua absolvição por entender que o índio Basílio já havia cumprido a pena devida, imposta por sua comunidade, conforme seus costumes e tradições. Por unanimidade de votos, os jurados agraciaram o acusado com a exoneração da pena. O problema é que o índio Basílio passou 14 anos preso, aguardando julgamento pelo Tribunal do Júri, quando poderia, desde logo, ter sido reconhecida a competência de seu povo para julgá-lo, nos moldes do art. 57 do estatuto do índio<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> A antropóloga Alesandra Albert esclareceu que, segundo a tradição milenar da etnia *Macuxi*, a qual pertencia o réu, um índio que mata outro é submetido a um conselho, formado por indivíduos de reconhecida autoridade e de grande expressão política, escolhidos pela própria comunidade; sendo o réu um *tuxaua*, indivíduo que exerce uma função político-representativa, é costume da tribo que seja ele julgado perante seus companheiros *tuxauas*. Quem conta o caso do índio Basílio com riqueza de detalhes é BARRETO, 2008. p. 119.

<sup>19</sup> Recentemente, o Juiz Aluizio Ferreira Vieira, da Comarca de Bonfim, Roraima, nos autos da ação penal nº Nº 0090.10.000302-0, Declarou, em sentença proferida em 3 de setembro de 2013, a incompetência da Justiça Brasileira para processar e julgar o réu Denílson Trindade Douglas, indígena denunciado por homicídio

Apesar da louvável atitude do *Parquet*, em reconhecer a idoneidade da tribo em punir seus componentes, conforme seus usos e tradições, o fato é que os tribunais vêm se revelando intolerantes às regras internas dos grupos tribais, chamando para si a competência de crimes praticados entre índios dentro das reservas<sup>20</sup>, desvirtuando as normas constitucionais de proteção ao sistema cultural aborígine (FEIJÓ, 2009, Pag. 134).

Existe, inclusive, uma súmula<sup>21</sup> do Superior Tribunal de Justiça que afirma a competência da Justiça Estadual comum para julgar os delitos praticados por índios ou contra índios desde que tais delitos não estejam conexos aos direitos constitucionalmente assegurados aos silvícolas (relacionados à proteção de suas terras e identidade cultural) quando a competência será da Justiça Federal, por força do art. 109, IX da CF.<sup>22</sup>

Exigir do índio que se determine conforme as normas *civilizadas* além de utópico significa uma afronta direta à Carta Constitucional e sua proteção à reprodução cultural das comunidades indígenas, tendo em vista que, em seu art. 231, assegura aos índios o direito à sua organização social, sua cultura, língua e tradições. Obrigar o autóctone a comportar-se segundo nossas regras de conduta, máxime quando esteja em sua aldeia, significa forçá-lo a abandonar seus costumes em detrimento dos nossos, numa clara inconstitucionalidade<sup>23</sup>.

Por outro lado, reconhecer legitimidade à comunidade para julgar e punir seus criminosos, conforme normas costumeiras, cria um problema insuperável quanto à Soberania do Estado Brasileiro, único detentor do poder de elaborar normas aplicáveis no território nacional e único com poderes para dirimir conflitos de natureza criminal, através da atuação do poder Judiciário, sua função julgadora. Reconhecer a *jurisdição indígena*, rompe com um dos baluartes do Estado de Direito: a separação das funções do Estado, ao permitir, através de ato emanado do Legislativo (Lei), que outra entidade exerça a clássica atividade do Poder Judiciário.

Poder-se-ia alegar que a utilização da arbitragem consiste também na solução de conflitos por instituição diversa do Poder judiciário, estabelecida por ato do Poder Legislativo (Lei) com reconhecida legitimidade e aplicação, merecendo a *jurisdição indígena* galgar o mesmo prestígio e reconhecimento. Contra esse argumento, suscita-se que a arbitragem se volta exclusivamente para questões patrimoniais e contratuais, na seara dos direitos disponíveis, enquanto que o artigo 57 do EI autoriza a solução de conflitos envolvendo direitos indisponíveis, inafastáveis da apreciação do Judiciário.

---

qualificado, por ter sido este já devidamente julgado e punido pelos membros de sua comunidade. A íntegra do *decisum* pode ser visualizada em: *Índio Punido pela Comunidade: Ausência do direito de punir do Estado*. Marcelo Semer. Notícia veiculada em 07 de junho de 2014. Disponível em: <<http://blog-sem-juizo.blogspot.com.br/2014/06/indio-punido-pela-comunidade-ausencia.html>> . Acesso em 29 out. 2014.

<sup>20</sup> Assim já decidiu o STF: HC 81827/MT. 2ª Turma. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 28/05/2002. DJ 23/08/2002; RE 419528 / PR – PARANÁ. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em : 03/08/2006. DJ DJ 09-03-2007; RHC 85737/PE. 2ª Turma. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 12/12/2006. DJ 30/11/2007; RHC 84308/MA. 1ª Turma. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 15/12/2005. DJ 24/02/2006; HC 81827/MT. 2ª Turma. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 28/05/2002. DJ 23/08/2002.

<sup>21</sup> Súmula 140: *Compete à Justiça comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.*

<sup>22</sup> Maiores detalhes quanto à competência para julgar delitos envolvendo indígenas vide: FEIJÓ, 2009.

<sup>23</sup> Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, como sempre avançada em questões envolvendo a condição indígena, reconhece a aplicação do direito costumeiro das tribos indígenas: TRF 1ª Região. AC 2000.01.00.067444-1/GO, Rel. Des.ª Selene Maria De Almeida. 5ª T. 04/09/2009.

A questão é delicada. De um lado temos que a própria Constituição assegurou a reprodução cultural dos índios, abandonando a necessidade de assimilação e *civilização* dos mesmos, o que deveria excluir qualquer intervenção exógena na comunidade com fins de imposição cultural [e impor normas jurídicas externas é uma forma de dominação cultural que a Carta não ousou avalizar]. Por outro lado, a CF não previu expressamente a legitimidade tribal para aplicar, em matéria penal, suas normas consuetudinárias em detrimento do Direito Oficial, como fez outros Estados Nacionais<sup>24</sup>, de modo que poderíamos, inclusive, questionar a recepção das disposições do EI na Ordem constitucional vigente.

A questão está longe de ser deslindada e, enquanto nossa Suprema Corte não enfrenta a questão, talvez a melhor opção seja reconhecer legitimidade à aplicação do direito costumeiro quando o ato praticado pelo indígena a ser punido esteja afrontando norma consuetudinária, ferindo as regras de comportamento interno esperadas pela sociedade indígena e, sobretudo, tenha tal ato sido praticado dentro das terras indígenas ou em algum contexto da comunidade. O direito costumeiro deve ser reconhecido quando aplicado pela comunidade dentro de seu território. Veja que o caso do índio Basílio, relatado supra, demonstra a viabilidade da hipótese.

Deixa-se ao Poder judiciário o processo, julgamento e punição daqueles delitos previstos na legislação brasileira oficial, não integrantes da cultura aborígene ou caso a comunidade não sancione o indivíduo faltoso. Dessa forma estaríamos assegurando aplicação às normas constitucionais de proteção à diversidade cultural, o que inexoravelmente aponta para o respeito às normas costumeiras da comunidade, sem afastar por completo a atuação do poder judiciário.

### 3. CONCLUSÕES

Tentando deslindar delicadas questões que envolvem o direito criminal e o indígena, nos debruçamos sobre a legislação histórica nacional a fim de identificarmos os principais aspectos políticos que influenciaram o tratamento jurídico conferido ao autóctone desde o Brasil imperial, aonde a compreensão equivocada acerca do culturalmente diferente conduziu à adoção de medidas muitas vezes aviltantes e desiguais numa clara negação, porém despropositada, de direitos e dignidade à uma minoria étnica nacional.

Negava-se a plena capacidade civil, e com isso a responsabilidade criminal, do indígena apenas pela sua condição pessoal (de índio) como se fosse algo objetivamente constatado. Condiçava-se o pleno gozo das faculdades civil à assimilação do silvícola pela comunhão envolvente, à *civilização*, em abandono de seu estilo de vida tradicional. Ou o indivíduo era um índio, vivendo em *primitividade*, ou era um perfeito cidadão brasileiro integrado e aculturado. Não havia um meio termo.

---

<sup>24</sup> A Constituição colombiana autoriza às autoridades dos povos indígenas o exercício da jurisdição dentro de seus territórios. A Constituição Paraguai de 1992 parece ter encontrado uma solução conciliatória entre o dilema soberania X direitos indígenas: Previu que nos conflitos jurisdicionais se levará em conta o direito consuetudinário dos povos indígenas (SANTOS FILHO, OP. Cit. 2006, pag 52), dessa forma o Juiz de Direito aplicaria a norma consuetudinária, revestindo-a de legitimidade.

Desta incapacidade civil decorria conseqüentemente a imputabilidade penal. O silvícola não integrado era compreendido como um doente mental, com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, de modo a não responder criminalmente pelos seus atos. Entretanto, normas constantes nos estatutos de regência (Decreto 5.484/28 e depois a Lei 6.001/73), ao disciplinar regime especial de cumprimento de pena para o autóctone criminoso parecia indicar que a verdadeira vontade nacional era atribuir plena responsabilidade penal ao índio delinqüente.

Com isso concluímos pela imputabilidade penal do silvícola e sua plena responsabilidade criminal, afastando qualquer relação entre diversidade étnica e doença mental, demonstrando que, no máximo, um indígena que não vive em contato com a sociedade envolvente poderia ser exonerado de sua responsabilidade criminal quando presente o erro de proibição, por falta de compreensão acerca da ilicitude de sua conduta, ou quando presente qualquer excludente aplicável a qualquer membro do povo brasileiro.

Enfrentamos, ainda, a questão do reconhecimento, pelo Estado brasileiro, das normas consuetudinárias dos diversos grupos tribais. Sem descurar da questão da soberania nacional e da separação dos poderes, demonstrando que aceitar a aplicação do direito costumeiro das comunidades significa dar efetividade à vontade constitucional que estruturou um sólido sistema de proteção à diversidade cultural brasileira, tendo assegurado inúmeros direitos aos povos indígenas no afã de promover essa reprodução física e cultural de minorias étnicas. Negar aplicabilidade às normas consuetudinárias de grupos indígenas é negar sua reprodução cultural, sua dignidade, fazendo letra morta dos dispositivos constitucionais que garantiram aos índios a reprodução de suas tradições, religião e costumes.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: Vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830 – Código Criminal do Império. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em 21 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto 847 de 11 de outubro de 1890 – Código Penal. Disponível em <[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo\\_norma=DEC&data=18901011&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s)>. Acesso em 21 de out. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto 5.484 de 27 de junho de 1928. Regula a situação dos índios nascidos no território nacional. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5484-27-junho-1928-562434-publicacaooriginal-86456-pl.html>>. Acesso em 21 de out. 2014.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 1 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 1809-1873.

FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva. **O direito penal e o indígena: Aspectos acerca da imputabilidade penal e da competência judiciária.** Revista jurídica In Verbis. Ano XIV, 25º Ed. Natal-RN: Janeiro-junho 2009. Págs. 127-139.

\_\_\_\_\_. A capacidade civil indígena. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça.** Vol. 8, nº 28. Jul/Set. 2014. Pag. 209-228.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **Índios do Brasil.** Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acesso em 04 maio. 2012.

FREITAS, Vladimir Passos de. Responsabilidade penal dos indígenas é pouco discutida. In: **Consultor Jurídico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-30/segunda-leitura-responsabilidade-penal-indigenas-discutida>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral.** Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: parte geral.** Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, A. Gursen de. (Coord.). **O direito e o índio.** Belém: Editora Cejup, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio – Tratamento Jurídico-Penal.** Curitiba: Juruá, 2012.

ROCHA, Ana Flávia (Org.). **A defesa dos direitos socioambientais no judiciário.** São Paulo: Instituto socioambiental (ISA), 2003.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista.** Curitiba: Juruá editora, 2006.

SEMER, Marcelo. **Índio Punido pela Comunidade: Ausência do direito de punir do Estado.** Notícia veiculada em 07 de junho de 2014. Disponível em: <<http://blog-sem-juizo.blogspot.com.br/2014/06/indio-punido-pela-comunidade-ausencia.html>>. Acesso em 29 out. 2014.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Populações indígenas ou tradicionais.** In: Direito do meio ambiente e dos recursos naturais. V. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – RT, 2006. P. 138/219.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ordenação constitucional da cultura.** São Paulo: Malheiros, 2001.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 1 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 1809-1873.

SOUTO MAIOR, Ana Paula Caldeira. **Imputabilidade Penal**. 2011. In: Instituto Socioambiental (ISA) – Povos Indígenas do Brasil. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/temas-recentes/imputabilidade-penal>>. Acesso em 29 out. 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. **O direito envergonhado** – o direito e os índios no Brasil. Revista IIDH, vol 15. Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1990. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/RO6852-5.pdf>>. Acesso em 17 jul 2014.