



Hélcio Corrêa

70

UMA ANÁLISE ATUAL DA SITUAÇÃO DA CAPACIDADE CIVIL E DA CULPABILIDADE PENAL DOS SILVÍCOLAS BRASILEIROS

A CURRENT ANALYSIS OF THE BRAZILIAN INDIGENOUS PEOPLES' CIVIL AND CRIMINAL CAPACITY

Márzio Ricardo Gonçalves de Moura

RESUMO

Afirma que o tema da capacidade civil e da culpabilidade penal do índio se encontra longe de pacificação, exemplificando os limites e condicionantes da atuação do índio na sociedade.

Procede à análise do tema com base no novo contexto institucional, criado a partir da entrada em vigor do Novo Código Civil (2002) e da Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de 2004, bem como a evolução da doutrina penal ocorrida desde a edição da Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio).

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; índio – emancipação; estatuto; tutela; Funai; identidade cultural; capacidade civil; culpabilidade penal.

ABSTRACT

The author considers that the issue of Brazilian Indian' civil and criminal capacity is far from being harmonious and he exemplifies the limits and conditions of Indian performance within society.

He analyzes the matter based on the new institutional context created from the new Civil Code (2002) in force, as well as the OIT Convention 169 – concerning indigenous and tribal peoples, of 2004 – and also the evolution of criminal doctrine with the passing of Law No. 6,001/73 (Indian Statute).

KEYWORDS

Constitutional Law; Indian – emancipation; statute; protection; Brazilian National Indian Foundation (Funai); cultural identity; civil, criminal – capacity.

1 INTRODUÇÃO

Parece-nos inegável que o Brasil tem uma dívida histórica para com os seus índios. Esses habitantes primeiros da *terra brasilis*, desde a época dos colonizadores, têm sido vítimas do descaso e da ignorância estatal. A se considerarem os séculos de negligência, o fato de não estarem completamente extintos é surpreendente. Isto, no entanto, não é um problema circunscrito ao Brasil. De fato estima-se que havia ao todo na América pré-colombiana (ou seja, antes da chegada de Colombo, ocorrida em 1492) um total de 88 milhões de habitantes nativos¹. Deste total era possível que até 10 milhões habitassem especificamente o Brasil. Hoje vivem no país cerca de 460.000 índios².

Pode-se dizer que o grande marco institucional no resgate dessa dívida foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. Por ela, as comunidades indígenas tiveram garantido, em nível constitucional, seu direito à posse e ao usufruto das terras que tradicionalmente ocupassem. Nenhuma exploração de potenciais hídricos e de minérios nestas terras poderá ser executada sem que haja autorização do Congresso Nacional e participação nos resultados econômicos dos empreendimentos. Como instrumento de defesa desses e de outros direitos e interesses, a Constituição estabeleceu que o índio é parte legítima para ingressar em juízo, devendo, no entanto, o Ministério Público intervir em todos os atos do processo. Para o Ministério Público, a bem da verdade, a Constituição, desde sua promulgação, estabelece que faz parte das suas funções institucionais a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas (art.129,V, da CF).

Apesar de tudo que se tem dito e feito em relação ao índio, a sociedade ainda tem muitas dúvidas de como ele se insere na sociedade brasileira do ponto de vista de direitos e obrigações. As questões principais referem-se à capacidade civil e penal. O que discutiremos a seguir procurará exemplificar os limites

e condicionantes da atuação do índio na sociedade como portador de personalidade jurídica que é.

2 CAPACIDADE CIVIL DO ÍNDIO

Da simples inspeção do contido no art. 12 da Constituição Federal, verifica-se que, quanto à nacionalidade, o índio é brasileiro nato. No entanto, o exercício dos direitos civis e políticos pelo índio depende da verificação de condições especiais estabelecidas no ordenamento jurídico (art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 6.001/73), em razão da sua presumida hipossuficiência. Portanto, cabe ao governo promover ações específicas que assegurem aos povos indígenas o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população e que promovam a plena efetividade dos seus direitos sociais, econômicos e culturais, respeitando a sua identidade social e cultural, costumes e tradições, instituições³.

Apesar de tudo que se tem dito e feito em relação ao índio, a sociedade ainda tem muitas dúvidas de como ele se insere na sociedade brasileira do ponto de vista de direitos e obrigações.

A personalidade civil, no Direito brasileiro, é adquirida com o nascimento com vida. Isto já era assim desde a vigência do Código Civil de 1916 (CC/16) e continua sob a égide do Novo Código Civil (NCC). A partir do nascimento com vida, toda e qualquer pessoa passa a ser automaticamente capaz de direitos e deveres na vida civil. Nesse aspecto o Código não faz nenhuma distinção entre o "homem branco" e o índio. Ambos, desde que nascidos com vida são dotados de personalidade e capacidade jurídicas.

A capacidade que se adquire com o nascimento é, no entanto, uma capacidade de direito e não de fato. Na verdade, o que a pessoa nascida viva obtém é uma expectativa genérica de capacidade para os atos da vida civil. A verdadeira capaci-

dade ou capacidade de fato ou de exercício é, nos dizeres de Silvio de Sauvo Venosa, *a aptidão para pessoalmente o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações* (VENOSA, 2006) ou, ainda, como quer Maria Helena Diniz, *é o poder de ação no mundo jurídico* (DINIZ, 2006).

Resta claro, então, que somos todos genericamente capazes para a realização de atos e negócios jurídicos na seara do mundo civil. No entanto, o exercício dessa capacidade dependerá da forma e extensão desta, conferida a cada um pelo código civil. Há aqueles que o código considera absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, como os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (art. 3º do NCC). Isto não significa dizer que aqueles que se enquadrem nestas condicionantes não possam ser sujeitos de direito e

ter obrigações civis. Quer dizer, apenas, que não poderão exercer sua capacidade pessoalmente, dependendo de representante para tal. Estabelece, ainda, o código a possibilidade de uma capacidade relativa de algumas categorias de pessoas quanto a certos atos ou a maneira de seu exercício. Neste caso, o código enumera como relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos, que gastam de forma abusiva dilapidando inconsequentemente seu patrimônio (art 4º do NCC). Aqueles que não se enquadrarem na enumeração taxativa (*numerus clausus*)

do código serão considerados, por exclusão, plenamente capazes, salvo se for índio.

O CC/16 estabeleceu categoricamente que os silvícolas se enquadravam na categoria dos relativamente incapazes. Houve por bem ainda estabelecer que estariam submetidos à uma legislação especial. Já o NCC, ao regular a questão da capacidade, esquivou-se de tratar da questão do índio e limitou-se a dizer que a capacidade destes seria objeto de regulação mediante legislação especial (parágrafo único, art. 4º). Dessa forma, subsume-se que os parâmetros determinativos da capacidade ou incapacidade para os atos da vida civil constantes dos arts. 3º e 4º do NCC aplicam-se apenas ao “homem branco”. Pelo NCC não é possível obter qualquer pista de qual seja a capacidade civil dos índios.

Para compreender a extensão da capacidade civil do índio é preciso, antes, considerar que a lei faz diferenciação entre os próprios índios denominando-os de: isolados, semi-integrados e integrados.

Quanto à mencionada lei especial, não se tem notícia de que alguma lei tratando da capacidade indígena tenha sido promulgada após a entrada em vigor do NCC em 12 de janeiro de 2003. Daí, com base no princípio *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*, entendemos que o anacrônico “Estatuto do Índio” (Lei n. 6.001/73), ainda que anterior ao código, se presta a disciplinar o tema vez que é lei especial ainda em vigor. Nele, será válido tudo aquilo que não conflite com a Constituição de 1988. De fato essa é a lei nacional a regular os temas referentes à questão indígena, haja vista que não há outra. Tramita desde 1992 no Congresso Nacional o Projeto do Estatuto das Sociedades Indígenas que deveria substituí-la e compatibilizar toda a questão indígena ao novo ordenamento constitucional.

2.1 ESTATUTO DO ÍNDIO (LEI 6.001/73)

Ficou claro que a determinação da capacidade civil do índio depende, até o momento, do que estabelecer o seu estatuto ainda em vigor.

Para compreender a extensão da capacidade civil do índio é preciso, antes, considerar que a lei faz diferenciação entre os próprios índios denominando-os de: isolados, semi-integrados e integrados. Na visão da lei, serão considerados isolados os índios que viverem em grupos desconhecidos ou dos quais se possuírem poucos e vagos informes obtidos por meio de contatos eventuais. Serão considerados em vias de integração aqueles que se encontrarem em contato intermitente ou permanente com grupos de “homens brancos” estranhos ao seu meio. Verifica-se, neste caso, a assimilação de algumas práticas e modos de existência comuns ao povo brasileiro, do qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento. Conservam, no entanto, parte das condições de sua vida nativa. Para que sejam tidos como integrados deverão estar incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Vejamos como isto se materializa na prática quanto à capacidade civil.

No caso de haver índios e comunidades indígenas ainda não integrados ou em integração à comunhão nacional, a lei requer que estes fiquem sujeitos a regime tutelar. Para aqueles considerados integrados e portanto emancipados, a capacidade civil é plena e será regida completamente pelas disposições do Código Civil.

A titularidade da tutela é da União, que a exercerá por intermédio da Fundação Nacional do Índio – Funai, instituída pela Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967. Esta lei define como competência da Funai exercer os poderes de representação ou assistência jurídica inerente ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais. Esse regime tutelar estabelecido pela lei não pode ser confundido com o instituto da “tutela” constante no Código Civil, uma vez que nele não há previsão para o caso indígena. A “tutela do índio” está muito mais a significar a proteção genérica daquele que a lei considera mais fraco. Nada obstante, a lei estabeleceu que devem-se aplicar, no que couberem, os princípios e normas da tutela de direito comum (art. 7º da Lei 6.001/73). Ou seja, onde, por paralelismo, a proteção puder se dar mediante a aplicação dos elementos constantes da tutela civil, isto deverá ser feito. Dessa forma, vejamos como fica a questão da representação e da assistência em face dessa “tutela especial”.

O Capítulo II do Estatuto traz, em seu título, a expressão “Da Assistência ou Tutela” pela Funai. Pelo Código Civil, compete ao tutor representar o menor, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte (art. 1.741, I do NCC), até que complete 18 anos. Nesse período da vida do menor justifica-se a assistência e não a representação por que a lei lhe confere o *status* de relativamente capaz. Nessa situação, a função do tutor é apenas a de suprir seu consentimento, ou seja, ratificar ou não a decisão do seu assistido. E o índio? Ele será representado ou assistido pelo seu tutor? O estatuto não faz nenhuma diferenciação de idades para o índio, para efeitos de aquilatação de sua capacidade civil. Ela é feita considerando-se apenas o nível de integração do indígena à comunhão nacional. A impressão que se tem, à primeira vista, é a de que, para a lei, o índio ou é absolutamente incapaz ou totalmente capaz. No entanto, tal impressão se desfaz ao analisarmos o *caput* do art. 8º, *verbis*: *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.* A assistência mencionada aqui é aquela do Código Civil exercida pelo tutor nos termos do art. 1.747, I. Daí, parece claro que a lei, ao exigir a assistência e não a representação, posiciona o indígena não integrado ao patamar de relativamente incapaz.

A reforçar esse entendimento de incapacidade relativa, colacionamos o art. 37 do Estatuto, que trata da defesa das terras indígenas, *verbis*: *Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio.*

Em rigor, todos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena, quando não tenha havido assistência, seja em juízo ou fora dele, do ór-

gão tutelar competente, são nulos. A lei, no entanto, mitiga essa exigência ao estabelecer que o ato será válido se o índio demonstrar consciência e conhecimento do ato praticado, e da extensão dos seus efeitos. Essa validade, no entanto, está condicionada também a que o ato não seja prejudicial ao indígena.

Pode a Funai atuar como representante do índio na forma da tutela civil? Sim, quando no cumprimento de sua atribuição básica de proteção do índio e de seus interesses, por iniciativa própria, ajuíze ações nesse sentido. Atua aí como verdadeira representante do índio, falando por ele, ainda que em nome próprio.

Os atos de tutela exercidos pela Funai, sejam no *munus* de representante ou de assistente, podem ser alvo de controle do Judiciário e do Ministério Público. Entendemos que a interveniência da Funai não se restringe ao contato do índio com o não índio. Haverá situações em que um índio poderá procurar a assistência da entidade tutelar para a solução de conflito com outro índio, seja do mesmo grupo ou de grupo diferente. Espera-se que isso ocorra somente quando todos os mecanismos internos de distribuição de justiça na comunidade fracassarem. Nesse caso o tutor poderá intervir como árbitro exercitando uma outra faceta da atribuição de assistência ao índio.

O tema da capacidade processual do índio, no entanto, não se esgota aqui. Necessitaremos ainda tecer considerações acerca do art. 232 da Constituição Federal, o que faremos a seguir.

2.2 EMANCIPAÇÃO DO ÍNDIO

Quanto à possibilidade de emancipação, o estatuto estabelece que qualquer índio pode requerer ao juiz competente a sua liberação do regime tutelar descrito, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que atendidos os seguintes requisitos (art. 9º do Estatuto do Índio):

- I - idade mínima de 21 anos;
- II - conhecimento da língua portuguesa;
- III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;
- IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

O atendimento dos requisitos pelo índio, no entanto, não vinculam a decisão do juiz, que decidirá após ouvidos o Ministério Público e a Funai.

No tocante à exigência legal da idade mínima de 21 anos, comungamos com o entendimento da doutrina (VENOSA, 2006) de que, com o advento do NCC, esse limite foi reduzido para 18 anos. É razoável supor-se assim pois, nada obstante o caráter de especialidade do Estatuto do Índio, o limite de 21 anos de seu texto não teria sentido de prevalecer, visto que sua instituição nesse patamar se deu em respeito ao limite existente no CC/16. Novo código, novo limite. Ademais, é de se lembrar que ao exercício da tutela da Funai sobre o índio devem-se aplicar, no que couberem, os princípios e normas da tutela de direito comum que são especialmente atentos aos limites de idade do tutelado. Daí, ao completar 18 anos estará o índio habilitado a requerer sua emancipação, desde que atendidas as demais exigências legais. Para a decisão, o juiz ouvirá a Funai e o Ministério Público. Esta, entretanto, não é a única forma de o índio conseguir sua emancipação.

O Estatuto permite ainda outras duas formas de emancipação: (a) pela própria Funai e (b) pelo Presidente da República.

No primeiro caso, satisfeitos os requisitos da lei para a emancipação judicial estabelecido no Estatuto, o índio fará requerimento escrito à Funai, que avaliará a oportunidade e conveniência de atendimento do pedido. Decidindo-se pela concessão da emancipação, a Funai exará a declaração formal de que o índio foi considerado integrado. A efetividade dessa emancipação, no entanto, condiciona-se a posterior homologação judicial e inscrição do ato no registro civil, ou seja, sem essas formalidades finais, o ato do órgão administrativo não adquire eficácia.

Em rigor, todos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena, quando não tenha havido assistência, seja em juízo ou fora dele, do órgão tutelar competente, são nulos.

No segundo caso, o Presidente da República poderá declarar, mediante decreto, a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, desde que requerida pela maioria dos componentes do grupo e comprovada, em inquérito realizado pela Funai, a sua plena integração na comunhão nacional. Quanto aos requisitos legais para a emancipação, exige-se, apenas, que os requerentes os

preencham, não toda a comunidade.

A emancipação é o rito de passagem do índio para a capacidade civil plena e a conseqüente liberação da tutela. No entanto, o índio não deixa de ser índio. A integração adquirida não pode ter o condão de aliená-lo da sua essência. O índio integrado deve ter a liberdade de manter suas raízes, crenças, tradições e costumes e o direito de ser respeitado por todos (CAVALCANTI, 2005). A essência do índio não é perdida com a integração, pois ser integrado não significa aderir irrestritamente aos modos do homem "branco". Significa apenas que o emancipado tem consciência e conhecimento suficientes para se haver sozinho num mundo diferente do seu.

Nessa linha é de se notar que a Convenção n. 169 da OIT de 2004 e a Constituição Federal reforçam o entendimento de que o índio tem direito à sua diferença, à manutenção de sua identidade. Portanto, a emancipação não pode significar a destruição dessa identidade, mediante a submissão total da cultura do índio à cultura oficial vigente.

2.3 A CONSTITUIÇÃO E A CAPACIDADE PROCESSUAL DO ÍNDIO (ART. 232)

A capacidade processual, que é a capacidade de estar em juízo pessoalmente, é diretamente ligada à capacidade civil do indivíduo. Como já vimos de análise anterior, o Estatuto considera o índio não integrado relativamente incapaz, necessitando ser representado ou assistido pela Funai em todos os atos da vida civil, inclusive em juízo.

O art. 232 da Constituição diz que *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.*

O que dizer disso? Pode o índio a partir dessa disposição constitucional agir como se capacidade civil plena tivesse, podendo estar pessoalmente em juízo

não mais necessitando de representação ou assistência da Funai quando na defesa de seus direitos e interesses? Entendemos que nem sempre, como pretendemos demonstrar.

Da simples leitura desse artigo parece que o índio pode estar em juízo sem a assistência ou representação da Funai em qualquer situação. Entretanto, parece-nos inadequado que um índio não integrado e por isto supostamente deficiente no entendimento da língua, usos e costumes da comunhão nacional pudesse litigar em juízo sem qualquer tipo de apoio do órgão tutelar, uma vez que sua atribuição institucional de defesa do indígena permanece intacta no novo ambiente constitucional. Em face disso afigura-se mais adequado concluir que de fato o índio pode estar em juízo sem a interveniência da Funai, desde que isso possa ser feito sem dano próprio. Melhor dizendo, entendemos que esta capacidade processual adquirida em sede constitucional somente poderá ser exercida pessoalmente quando a ausência de intervenção do órgão tutelar não represente prejuízo ao índio. Se o órgão consegue demonstrar que o estágio de desenvolvimento do indígena não lhe permite litigar sem prejuízo próprio, deve a Funai assisti-lo ou representá-lo, conforme o caso. Isso não se configura uma faculdade, mas um dever legal. Assim, parece-nos claro que o fato de a CF estabelecer que o MP deva acompanhar todos os atos do processo não significa que a Funai esteja automaticamente excluída. Ao contrário, deve participar, sob pena de descumprimento de suas funções institucionais estabelecidas na lei. Ademais, sempre foi ela o órgão reconhecido tanto pelo índio quanto pela sociedade como o defensor dos direitos indígenas, o que faz com que sua atuação seja mais constante que a do próprio Ministério Público.

74

[...] parece-nos inadequado que um índio não integrado e por isto supostamente deficiente no entendimento da língua, usos e costumes da comunhão nacional pudesse litigar em juízo sem qualquer tipo de apoio do órgão tutelar [...].

No tocante ao índio integrado, pensamos que também é possível a intervenção da Funai, pois como dito anteriormente, o índio emancipado permanece ligado às suas tradições, usos e costumes. Daí, concordarmos com o entendimento expresso por Antônio Cavaliere Gomes em competente parecer que aborda o tema: *O índio integrado, em tal caso, no pleno exercício de seus direitos civis, deve constituir um advogado para representá-lo ou, caso não possua condições financeiras, procurar assistência judiciária gratuita, como o fazem todos os demais cidadãos, respeitando-se, assim, o postulado da igualdade previsto no art.5º, caput da Carta da República. Deixemos claro que este entendimento vale apenas para ações que não envolvam a condição de indígena do índio integrado. Se o índio, mesmo já totalmente integrado, ver ferido algum dos chamados "direitos indígenas", se sofrer, por exemplo, discriminação em função de sua condição étnica, a Funai e, conseqüentemente, a P.F.E.-Funai, bem como o Ministério Público, não só poderão como deverão se manifestar* (GOMES, 2005).

2.4 CONVENÇÃO N. 169 DA OIT SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS

Em 19 de abril de 2004, o governo brasileiro editou o

Decreto n. 5.051, que promulgou a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

Essa convenção procura basicamente ser um instrumento de afirmação da identidade indígena. Todo o ordenamento jurídico nacional acerca do tema deverá considerar em sua formação e aplicação que devem ser respeitadas as aspirações desses povos quanto a assumir o controle de suas próprias instituições, formas de vida, desenvolvimento econômico e manutenção e fortalecimento de suas identidades, línguas e religiões.

A convenção não espousa o entendimento do Estatuto do Índio quanto à necessidade de integração do indígena à comunhão nacional. Para ela o índio deve poder ser aceito como cidadão sem precisar fazer concessões quanto à sua identidade cultural, conforme se observa do art. 2º, *verbis*: *1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida* (Convenção n. 169/OIT).

Quanto ao Estatuto, entendemos que continua válido a despeito de a convenção referida fazer parte agora do ordenamento legal nacional. Ainda que se possa entender como anacrônicos os dispositivos do estatuto quanto à vinculação da capacidade civil ao grau de integração do índio⁴, eles são absolutamente necessários para protegê-lo. Justamente por terem uma cultura, valores e hábitos tão diferenciados é que se precisa garantir que seu entendimento dos modos dos "brancos" seja suficiente bom para que possam se haver sozinhos sem a tutela da Funai. Nesse sentido corrobora a convenção em seu art. 12: *Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes* (Convenção n. 169/OIT).

3 CULPABILIDADE PENAL DO ÍNDIO

Na moderna teoria do crime, há aqueles que defendem sua conceituação a partir de uma concepção tripartida e outros de uma bipartida. Para os adeptos da concepção tripartida, será crime todo aquele fato que for, ao mesmo tempo, típico (previsto em lei), antijurídico (ilícito) e culpável (passível de aplicação de pena). Para os partidários da bipartição, para ser crime basta que o fato seja típico e antijurídico. A culpabilidade seria mero juízo de reprovação a ser aplicado à certeza de ter ocorrido o crime

(CAPEZ, 2006, p. 112-113). Independente de qual teoria adotada, o que importa aqui é a análise da culpabilidade, pois é ela que indicará se haverá punição efetiva mediante aplicação da pena.

Para que um crime possa ser considerado culpável e seu agente punido, depreende-se do Código Penal (CP) que esse agente, ao tempo do fato, deverá: ser imputável, ter tido potencial consciência da ilicitude que cometeu e ter podido agir de forma diversa da que efetivamente agiu (exigibilidade de conduta diversa) (CAPEZ, 2006, p. 306).

Vejam os cada um desses elementos componentes da culpabilidade:

a) Quanto à imputabilidade: A imputabilidade seria *a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle de sua vontade* (CAPEZ, 2006, p. 306). De modo geral, todo agente é imputável, a menos que esteja presente uma das causas excludentes (causas dirimentes) da culpabilidade previstas no arts. 26 e 28, § 1º, do CP: doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

b) Quanto à potencial consciência da ilicitude: Para a determinação deste elemento da culpabilidade *o que importa é investigar se o sujeito, ao praticar o crime, tinha possibilidade de saber que fazia algo errado ou injusto, de acordo com o meio social que o cerca, as tradições e os costumes locais, sua formação cultural, seu nível intelectual, resistência emocional e psíquica e inúmeros outros fatores.* (CAPEZ, 2006, p. 324)

c) Quanto à exigibilidade de conduta diversa: Se as circunstâncias não permitiam que o sujeito agisse de forma diferente, então seu ato não poderá considerar-se culpável. Seria culpável o ato se, ao tempo deste, havendo a possibilidade de conduta diversa mais aceitável socialmente, o agente optasse por não adotá-la.

Não se espera conduta diversa quando estão presentes causas dirimentes (excludentes) da exigibilidade dessa conduta. São elas: se o fato for cometido

mediante coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (art. 22 do CP). Tais não são, entretanto, as únicas causas possíveis. Há a possibilidade de outras serem consideradas válidas a depender do caso concreto. Para tanto, basta que a situação seja tão anormal que não permita outra conduta diferente da adotada pelo agente.

3.1 EFETIVA POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO DO INDÍGENA

Como vimos anteriormente, uma das excludentes da imputabilidade penal é o desenvolvimento mental incompleto. No entanto o índio é uma pessoa normal e seu desenvolvimento mental não é incompleto⁵. O que ocorre é que o não integrado ou não tem convivência social com os "brancos" ou a tem de forma insuficiente. Daí presume-se haver certa imaturidade mental e emocional do indígena que o impediria de compreender a natureza de ilicitude de seus atos. Evidentemente com tempo e exposição estes terão *condições de chegar ao pleno desenvolvimento com acúmulo das experiências hauridas no cotidiano.* (CAPEZ, 2006, p. 308)

[...] para determinar se o índio é imputável ou não, há de se perquirir acerca de sua capacidade de compreensão da ilicitude do ato à época do delito. De modo prático, isso pode ser obtido mediante perícia antropológica, que atestará o nível de integração do indígena.

Conforme leciona Roberto Lemos, *para a aferição da imputabilidade penal dos indígenas não importa se o índio mantém contato perene ou esporádico com membros da cultura preponderante, é necessário apenas aferir se o índio possuía ao tempo do fato, de acordo com a sua cultura e seus costumes, condições de entender o caráter ilícito previsto da lei posta pelos não-índios* (SANTOS FILHO, 2006). O estatuto do índio estabelece que a pena do indígena, no caso de condenação por infração penal, deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola (art. 56). É claro que a atenuação deverá condicionar-se ao grau de integração. A Resolução n. 169 da OIT estabelece ainda que, na aplicação de sanções penais, o juiz deverá levar em

conta as características econômicas, sociais e culturais dos indígenas.

Daí, fica claro que, para determinar se o índio é imputável ou não, há de se perquirir acerca de sua capacidade de compreensão da ilicitude do ato à época do delito. De modo prático, isso pode ser obtido mediante perícia antropológica, que atestará o nível de integração do indígena. Nada disso poderá ser efetivado, no entanto, sem que se atenda ao disposto na Resolução n. 169 da OIT, que requer que *as autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto* (art. 9º, 2).

Para completude do quadro de culpabilidade, é necessário, como já visto, que, além de imputável, o agente tivesse tido a potencial consciência da ilicitude do fato, e sua conduta pudesse ter sido mais adequada à situação. Entendemos que no caso de o agente ser índio, a análise do elemento de potencial consciência da ilicitude do fato já é feita quando se analisa a questão da imputabilidade. Quanto à possibilidade de conduta diversa, esta depende em parte da consciência da

ilicitude do ato e sua análise é feita, em grande parte, em sede de imputabilidade. Para a análise se completar, é preciso definir se as condicionantes culturais e sociais do agente o impediriam de ter conduta diversa.

Condenado o índio, dever-se-á dar preferência a penas que evitem o encarceramento. Se tal não for possível, as penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se permitido, em regime especial de semi-liberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado (art.10, 2 da Res. 169/OIT e art. 56, parágrafo único da Lei 6.001/73).

4 CONCLUSÃO

O tema da capacidade civil e penal

do índio encontra-se longe de ser pacificado. Na seara civil, há aqueles que defendem uma completa libertação do índio da incapacidade relativa a partir do advento da Constituição e, mais tarde, da Resolução n. 169 da OIT. Não comungamos com esse entendimento, uma vez que há indígenas nas mais variadas etapas de desenvolvimento. Há tribos que sequer foram contatadas.

Assim, assumir que todo indígena, indiscriminadamente, pode ser considerado capaz, atendido apenas o requisito da idade de 18 anos para a maioridade civil, é negar efetividade ao princípio constitucional da proteção e respeito às suas diferenças. Não custa lembrar o brocardo que define o princípio da isonomia: *há que se tratar igualmente os iguais e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades*. Daí entendermos que o grau de aculturação do indígena é fundamental para a sua emancipação, haja vista a necessidade de proteção à sua integridade cultural, física e emocional.

Em sede penal, não resta dúvida de que o índio possa ser punido. Sua culpabilidade, no entanto, dependerá, primordialmente, de julgamento a ser exercido sobre sua imputabilidade. Se ao tempo do fato o desenvolvimento do índio não lhe permitia compreender a natureza ilícita do fato, entendemos que, para efeitos penais, ele deverá ser considerado inimputável. Cabe ao julgador, com auxílio de perícias ou outros meios idôneos, aferir a imputabilidade do indígena levando em conta a natureza de suas diferenças.

No caso de índios emancipados, entendemos que sua emancipação deva ser considerada como forte indicadora de imputabilidade penal. No entanto, a emancipação funcionaria apenas como um indicativo, mas não como elemento determinante na perquirição da imputabilidade. Por paralelo, é como ocorre no Direito Civil quando se emancipa um menor. Ele passa a ser absolutamente capaz para todos os atos da vida civil, porém, até completar 18 anos, continua a ser considerado inimputável. Não pode ser diferente para o índio. Sua emancipação não pode ser mecanismo de automática imputabilidade penal.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 out. 2007.
- BRASIL. *Código civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 out. 2007.
- BRASIL. *Decreto n. 5.051*, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre povos indígenas e tribais. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 out. 2007.
- BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do índio*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 out. 2007.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.
- CAVALCANTI, Fábio da Costa. *A capacidade e a culpabilidade penal dos indígenas em face da Constituição de 1988*. Disponível em: <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_mar%2005/fabio_indigenas.pdf>. Acesso em: 22 out. 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.6.
- GOMES, Antonio Cavaliere. *Parecer 001/2005 PFE-FUNAI/RJ – Defesa de Índios e Comunidades Indígenas*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/procuradoria/docs/Parecer%20Antonio%20atribui%20F5es%20PFE%20funai.doc>>. Acesso em: 13 out. 2007.
- SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios e imputabilidade penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1171, 15 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8924>>. Acesso em: 17 out. 2007.
- VENOSA, Sílvio de Sauvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.

Artigo recebido em 16/12/2008.

NOTAS

- 1) Brasil de 1500 a 1822, disponível em: http://www.vestibular1.com.br/revi-sao/brasil_1500_1822.doc. Acesso em: 27/10/2007.
- 2) O Índio Hoje, disponível em: www.funai.gov.br. Acesso em: 27/10/2007.
- 3) Convenção n. 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, promulgada pelo Dec. n. 5.051, de 19/04/2004.
- 4) Roberto Lemos dos Santos Filho critica uma “ultrapassada visão integracionista” que envolve o Estatuto do Índio, como se o ideal, o correto e inexorável fosse os índios deixarem de ser índios, e, de forma paulatina, passassem a viver de acordo com a “doce, humana e pacífica” cultura dos não índios. (SANTOS FILHO, 2006).
- 5) Nesse sentido: Dalmo de Abreu Dallari: *os índios brasileiros estão em diferentes estágios em relação ao conhecimento dos hábitos da sociedade nacional. Como exemplo, há índios com cursos universitários e índios que sequer falam o português. Existem índios que estão no meio do caminho. São situações diferenciadas e que merecem ser consideradas distintamente... o índio é mentalmente normal, o que ele tem é cultura diferente, e por vezes não entende o significado de determinada regra, como um estrangeiro pode também não entender [...]* (APUD SANTOS FILHO, 2006) e Roberto Lemos Santos Filho: *Os índios não possuem desenvolvimento mental completo ou retardado, na verdade, por vezes, seus valores, sua própria forma de viver e de conduzir suas ações diferem dos padrões admitidos como corretos pela cultura hegemônica* (SANTOS FILHO, 2006).

Márcio Moura é analista judiciário do Supremo Tribunal Federal e professor universitário de Direito em Brasília – DF.