

## GT - DIREITO INTERNACIONAL E A SUA EFETIVAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

Modalidade da apresentação: Comunicação oral

### **DOSIMETRIA DA PENA NOS MOLDES DO ESTATUTO DO ÍNDIO**

Abner Pereira Matos<sup>1</sup>

Eduardo Cavalcante Andrade dos Reis<sup>2</sup>

Francisco Vitoriano da Silva Júnior<sup>3</sup>

Raiza Mendes Pinheiro<sup>4</sup>

### **RESUMO**

O presente estudo tem como objetivo a análise do direito fundamental previsto no art. 231 da Constituição Federal de 1988, destinado especialmente aos indígenas, bem como o reflexo dessa garantia basilar no processo penal e na dosimetria da pena, nos crimes cometidos por índios, eis que no Estatuto do Índio existem disciplinas estritamente ligadas ao assunto, impondo ao juiz a observância de atenuantes e até mesmo a tolerância das decisões tribais. Ainda que o referido Estatuto seja anterior à Constituição, verificou-se que tais determinações legais estão em harmonia com o direito fundamental previsto no art. 231 da Constituição, concedendo ao índio, com base no princípio da isonomia, os privilégios já mencionados, tudo com o fim de salvaguardar a autodeterminação dos grupos silvícolas. Ainda, percebeu-se falhas nas previsões do art. 4º do diploma indígena, visto que estabelece graus de integração do índio à sociedade, os quais devem ser observados pelo Juízo no momento da dosimetria. Ocorre que tais graus se baseiam em elementos extremamente superficiais, que não deflagram de fato o nível de integração do silvícola à comunidade civil, gerando indiretamente certa presunção de culpabilidade. Por fim, concluiu-se que o juiz deve se atentar a certos requisitos ao dosar a pena, a saber, a existência de condenação anterior proferida pelo líder indígena, a qual deverá ser tolerada, afastando-se a jurisdição brasileira; caso não haja condenação anterior, que a sanção seja adequada ao índio de acordo com seu real grau de integração, e que seja também atenuada.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Estatuto do Índio. Direito Penal. Dosimetria da pena.

### **1 INTRODUÇÃO**

---

Por guardar estreita relação com a matéria a ser discutida, é interessante fazer breves considerações acerca dos direitos fundamentais. Preliminarmente, pode-se dizer que direito fundamental é aquele que tutela um bem básico e imprescindível aos seres humanos, quaisquer que sejam suas peculiaridades. Contudo, o tema é mais complexo do que aparenta.

---

<sup>1</sup> Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

<sup>2</sup> Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

<sup>3</sup> Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

<sup>4</sup> Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Para Sarlet (2017), a fundamentalidade do um direito parte de aspectos formais e materiais. Do ponto de vista formal, é fundamental o direito que está integrado ao texto constitucional, gozando de privilégio hierárquico, isto é, supremacia frente a outras normas legais. Além disso, se fruto do constituinte derivado, os eventuais direitos fundamentais estão submetidos a determinados limites, a saber, ao procedimento necessário à sua validade e às cláusulas pétreas. Já do viés material, o conteúdo do direito deve orientar o comportamento do Estado e da sociedade, visando resguardar bens jurídicos imprescindíveis para a manutenção da vida digna. Com isso, o poder estatal é limitado, sendo-lhe exigida uma ação ou omissão apta a tutelar de forma efetiva o direito tido como fundamental.

Além daquelas previstas no Texto Constitucional, existem normas jurídicas infraconstitucionais capazes de serem equiparadas aos direitos fundamentais constitucionais, por carregarem conteúdo e significado relativo a um bem jurídico relevante e indisponível. De fato, o art. 5º, § 2º, da Constituição, prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Como se lê, os direitos oriundos das normas constitucionais, ainda que não previstos na Carta, terão caráter fundamental, pois carregam a fundamentalidade material. E também serão fundamentais os direitos provenientes dos tratados internacionais adotados pelo Estado brasileiro. Todavia, frisa-se, o direito, seja infraconstitucional, seja internacional, somente poderá ser intitulado como fundamental se tal privilégio estiver disposto na Lei Maior.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1998, tendo cunho altamente democrático e atendendo aos anseios de muitos setores sociais, trouxe em seu bojo inúmeros direitos fundamentais, que não se esgotam nos previstos no art. 5º, mas estão alastrados por todo o seu texto. Nesse contexto, o art. 231 prevê um direito fundamental específico destinado aos grupos indígenas que habitam no território nacional, reconhecendo sua autodeterminação. Eis o teor da referida norma constitucional:

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.

Trata-se de um direito fundamental, pois, sendo previsto no texto da Lei Maior, defende um bem básico necessário ao ser humano, limitando a postura do Estado (e até mesmo dos particulares). Também é considerado como direito difuso, pois remete aos interesses de um povo, ligados pelas mesmas crenças, línguas, organização, costumes, enfim, pelos mesmos sentimentos. Sendo assim, classifica-se o direito como fundamental de terceira geração, quando afirma o direito à autodeterminação, isto é, à liberdade e poder efetivo de se autogovernar e ser independente.

Nesse compasso, o dispositivo constitucional apresenta proteção a direitos imateriais e materiais, quando, respectivamente, abarca o “modo de vida dos indígenas”, e apresenta disciplina específica quanto às terras ocupadas pelos índios. Inclusive, neste segundo ponto, a Constituição é mais extensa, apresentando regras intrínsecas à tutela das terras. É assim porque é bem sabido que os índios foram alvo de constantes explorações, principalmente em relação aos espaços geográficos ocupado por eles. Diante disso, e por ter o constituinte reconhecido que as terras constituem suporte material necessário ao desenvolvimento das comunidades indígenas, as regras constitucionais sobre esta matéria são mais específicas.

Conquanto, ainda que essa proteção seja mais extensa, os direitos imateriais abraçados pelo art. 231 da Constituição Federal não são menos importantes. Se assim fosse, tratar-se-ia de verdadeira retrocessão jurídica, pois a tutela seria apenas formal, viabilizando ofensas à dignidade humana, no caso, ao “ser índio”. Diante disso, a Convenção n.º 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais, ratificada pelo Brasil e de caráter supralegal no ordenamento pátrio, trouxe proteção específica aos índios, tanto material como imaterial, já que outros diplomas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1945, não davam o devido cuidado aos direitos indígenas, nem às suas peculiaridades, mas somente os reconheciam indiretamente ao erigir direitos pertencentes a “todos os seres humanos”.

Para os fins do presente trabalho, importam ser mencionadas as normas previstas nos arts. 8º, 9º e 10 da Convenção n.º 169 da OIT, expressas da seguinte forma:

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.
3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.
2. 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.

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.
2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Da leitura, é possível estabelecer três parâmetros de aplicação da lei nacional aos indígenas: a) a necessidade de serem observados seus costumes e direito consuetudinário, que serão preservados enquanto compatíveis com os demais direitos fundamentais; b) o respeito aos métodos repressivos penais utilizados por esses povos, desde que a sanção utilizada faça parte dos costumes da tribo; c) a adequação da pena deverá observar as características econômicas, sociais e culturais do índio infrator. O primeiro parâmetro ("a") tem aplicação geral, podendo ser observado em qualquer esfera do direito. Os outros dois parâmetros ("b" e "c") têm

aplicação específica na seara penal, dizendo respeito à tolerância, pelo Estado, das sanções impostas pela comunidade tribal, bem como da individualização da pena, que levará em conta as características intrínsecas aos silvícolas.

Noutro passo, e delimitando o tema a ser apresentado, no âmbito nacional há a Lei nº 6.001/73, o Estatuto do Índio, regula a situação jurídica dos índios, de forma a preservar sua cultura, e promover a sua integração à comunhão nacional, conforme o caso. Logo, trata-se de dispositivo infraconstitucional que também tutela direitos fundamentais, específicos dos indígenas. Dentre as várias garantias destinadas aos índios pelo Estatuto ora comentado, existem aquelas que se atêm à seara penal, evidenciando que até mesmo nessa área do direito os silvícolas fazem jus a um tratamento diferenciado, em respeito às peculiaridades que ostentam.

Sendo assim, pretende-se examinar as disposições do Estatuto do Índio, a fim de verificar como o ordenamento jurídico brasileiro trata da questão penal indígena, de modo a preservar o direito fundamental albergado pelo art. 231 da Carta Magna. Para isso, o foco do estudo será sobre os arts. 56 e 57 da referida Lei, que prevêem os princípios e normas penais, bem como sobre alguns julgados jurisprudenciais, para avaliar o tratamento jurisprudencial acerca da dosimetria da pena cominada aos índios.

## **2 O ESTATUTO DO ÍNDIO**

---

Como bem ressaltado, o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, permite que direitos infraconstitucionais ostentem a primazia dos direitos fundamentais, desde que, decorrentes dos princípios e normas constitucionais, tenham como núcleo a proteção de direito básico e indisponível relevante para a vida humana. Nesse sentido, a Lei nº 6.001/73, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, ainda que anterior à Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo direitos fundamentais que tutelam os direitos básicos e indisponíveis para dos povos indígenas. Entretanto, por ser de 1973, o diploma está defasado. Até houve iniciativa no Congresso Nacional de atualizar a lei, através do PL 2057/1991 (Estatuto das Sociedades Indígenas), que ainda não apresentou avanço significativo. Da mesma forma e recentemente, o PL nº 169/2016

visa modificar o Estatuto, trazendo regramento muito mais complexo que atende as necessidades atuais dos tribais. Percebe-se, contudo, que a questão indígena está atrelada diretamente a questões políticas, sobremaneira quando se trata das terras ocupadas pelos silvícolas, almejadas pelos ruralistas.

## 2.1 QUEM É O ÍNDIO

É fundamental esclarecer o conceito de índio e identificar quem pode defini-lo antes de adentrarmos na questão do tratamento penal aos indígenas, posto que somente mediante essa prévia definição que é possível observar se o Direito está servindo de forma adequada os seus titulares. Assim, o Estatuto define como índio aquele que possui ascendência com o grupo étnico indígena, se reconhece como índio e é identificado pelo grupo como tal. Com efeito, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) explica em seu site oficial<sup>1</sup> que o reconhecimento do indivíduo como silvícola se dá mediante a observação de dois requisitos, quais sejam: autodeclaração e consciência de sua identidade indígena, e o reconhecimento dessa identidade por parte do grupo de origem. O diploma em exame também estabelece uma gradação da caracterização silvícola conforme a sua integração na sociedade, o definindo como isolado, em vias de integração e integrado, o que será estudado posteriormente, em tópico próprio.

## 2.2 DOS PRINCÍPIOS DAS NORMAS PENAIS

Como dito, baseado no art. 231 da Constituição Federal, o presente estudo está focado em apresentar a disciplina penal aplicável aos indígenas. Embora haja, no Estatuto, disciplina legal específica aos tribais, o STF<sup>2</sup> já se posicionou acerca da possibilidade de ser aplicado ao índio o art. 26 do Código Penal (inimputabilidade), desde que seja evidente que o índio não possuía, à época dos fatos, consciência da ilicitude do crime cometido. Todavia, o instituto pode ser afastado caso seja

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/todos-ouvidoria/23-perguntas-frequentes/97-pergunta-3>>. Acesso em: 10 jun 2018.

<sup>2</sup> HC n. 79.530, Galvão, 1ª T., u., 16.12.99, caso Paulinho Payakan; RE 97.065, Falcão, 2ª T., u., 26.10.82.

manifesta a compreensão do silvícola acerca da infração penal. Não sendo o caso de incidência do art. 26 do Código Penal, remete-se ao Estatuto do Índio, que prevê nos arts. 56 e 57 os princípios das normas penais, através do teor abaixo transcrito:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Da leitura, percebe-se que existem duas regras aplicáveis aos indígenas, caso estes pratiquem algum ilícito penal. Paralelo ao art. 56, o juiz aplicará ao índio criminoso uma atenuante, atendendo também ao seu grau de integração. Os graus de integração estão previstos nos incisos do art. 4º, podendo o indígena ser considerado isolado, em vias de integração e integrado. O grau de integração citado na Lei corresponde a uma circunstância judicial, objeto da primeira fase da aplicação da pena (art. 59 do Código Penal). Assim, na primeira fase da dosimetria, será verificado em que grau o silvícola está, conforme art. 4º do Estatuto. Já a segunda peculiaridade traz uma atenuante a ser avaliada na segunda fase da dosimetria, nos moldes do art. 65 do Código Penal.

### **2.2.1 Considerações sobre a aplicação da atenuante**

Iniciando os estudos acerca da atenuante, tem-se que, segundo posicionamento do STJ<sup>1</sup>, ela somente se aplica aos índios em fase de aculturação, isto é, aos que estão em vias de integração. Nesse contexto, acredita-se que a Corte considere o índio nativo como aquele que, distante da sociedade civil, não possui nenhum discernimento sobre a ilicitude do crime. Se assim for, quanto aos crimes,

---

<sup>1</sup> HC n. 88.853/MS, Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, DJ 11/2/2008.



aplica-se analogicamente o parágrafo único do art. 26 do Código Penal (inimputabilidade). Mas, se o indígena já adentrou em processo de integração, participando da comunhão nacional, então adquiriu alguma noção do que é ilícito para a sociedade civil. É nesse caso, conforme entendimento da Corte, que a atenuante do art. 56 poderá ser aplicada. Por outro lado, se totalmente integrado, o indígena já está apto a “discernir o bem do mal”, sendo inviável lhe aplicar a atenuante ora discutida. Além disso, consoante à tese vencedora do HC n. 88.853/MS, baseada na interpretação sistemática, entendeu-se que o diploma de defesa dos silvícolas tem o propósito de preservar-lhes a cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à cultura nacional, e, por isso, suas disposições dizem respeito somente ao índio em vias de integração. Diante disso, importa fazer breves esclarecimentos.

A lei traz, em seu art. 56, um mandamento: a aplicação de atenuante aos índios que cometeram crime. A princípio, não se trata de avaliar o grau de integração, mas de considerar somente a condição de indígena. Nisso, percebe-se o valor da norma contida na previsão do art. 56 do Estatuto, a saber, o reconhecimento de que o povo indígena possui estrutura organizacional, cultura e tradições próprias, de que a comunidade tribal está fincada em valores diversos da sociedade civil, e por isso, terão concepções e modos de vida diferentes, que muitas vezes poderão se chocar com a realidade da sociedade civil. Em suma, é o reconhecimento da autodeterminação dos indígenas. Tendo em vista esses motivos, a aplicação da pena sobre o índio é justificadamente diferenciada.

Apesar de não se tratar de averiguar o grau de integração, mas de considerar o “ser índio”, é claro que o nível de comunhão que o silvícola tem com a sociedade civil irá influenciar na aplicação da atenuante, pois a medida desta não será a mesma para todos os casos, em respeito ao princípio da individualização da pena. Então, o juiz deverá lançar mão dos graus de integração, pois é perfeitamente possível haver índios menos integrados, e índios mais integrados, fatos que influenciarão no *quantum* da sanção.

Agora, na contramão do que foi exposto, ainda que a atenuante tenha sido determinada expressamente, configurando uma garantia ao índio, ela não pode ser



aplicada de forma absoluta. Como dito, a medida da atenuação variará de acordo com o grau de integração, mantendo-se entre elas proporcionalidade inversa. Sendo assim, quanto menor o grau, maior a atenuante, e quanto maior o grau, menor será a atenuação. Todavia, haverá casos em que o grau de integração do índio é tão alto que a aplicação da atenuante não mais se justifica. Isso porque o indígena efetivamente integrado já absorveu a cultura nacional e, mesmo preservando seus usos e costumes, possui plena capacidade e consciência do que a sociedade civil considera como lícito e ilícito. Dessa forma, mesmo tendo origem indígena, se realmente integrado, o indivíduo tem discernimento equiparável ao de um sujeito civil comum e, nessa situação, a aplicação da atenuante acarretaria verdadeira ofensa ao princípio da igualdade, haja vista que os motivos que justificavam a diferenciação não mais prevalecem.

Até esse ponto, a jurisprudência entendeu corretamente, restringindo a aplicação da atenuante aos índios em vias de integração. Assim, considerando o exposto até agora, conclui-se que são três os tratamentos aplicáveis aos indígenas: a) no caso de índio nativo, sem nenhum discernimento acerca dos costumes civis, aplica-se o art. 26, parágrafo único, do Código Penal (inimputabilidade); b) no caso de índio em vias de integração, aplica-se a atenuante, de acordo com o nível de discernimento que o silvícola possui sobre a ilicitude do fato; c) se for integrado, com discernimento civil equiparável ao comum, aplicam-se as disposições do Código Penal.

### **2.2.2 Considerações sobre os graus de integração**

Outra observação a ser feita diz respeito aos graus de integração previstos no art. 4º do Estatuto do Índio. Assim dispõe a Lei:

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e

modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Os critérios elencados acima são bastante genéricos, servindo apenas como guia para o julgador auferir o real grau de integração do índio com base nas provas dos autos. No entanto, muitas vezes os elementos probatórios constantes no processo não são suficientes para tal tarefa. Diante disso, ganha relevância a realização do laudo antropológico, que se mostra como o meio mais adequado de medir o real grau de integração do tribal, bem como sua consciência acerca da ilicitude, visto que se utiliza de metodologia complexa a fim de demonstrar as idiossincrasias de determinado grupo, no caso, os indígenas, de forma a entendê-los como tal. Sobre o tema, Luciano Mariz Maia, vice-procurador da República, leciona o seguinte:

Aplicada ao Direito, a perícia antropológica é responsável pela identificação de um grupo étnico enquanto tal (índios, quilombolas, ciganos, gerazeiros, populações tradicionais, etc.); pela revelação de seus usos, costumes, tradições, modos de ser, viver, se expressar; pela documentação de sua memória e sua ação (reconstruindo sua trajetória de luta e de vida, de resistências e transformações, de deslocamentos e perdas, de insurgências e ressurgências); delimitação de seu território e de espaços de interação com o meio ambiente ou outras comunidades intraétnicas ou interétnicas (nisso indicando a finalidade prática da identificação da ocupação tradicional). [...] Um campo em que o antropólogo também atua, com particular relevância, na seara jurídica, é o da identificação das condições pessoais, subjetivas, de capacidade penal, ou seja, consciência do caráter ilícito da conduta praticada pelo membro de uma etnia, normalmente por um indígena. Nesse campo o jurista ainda tem sido muito autossuficiente, e deficiente na formação de seu entendimento, por valorizar alguns aspectos que dizem menos do que se esperava dissessem. Em geral, por prudência, e para desincumbir-se adequadamente do dever de realizar a defesa dos direitos dos índios no campo penal, o Ministério Público Federal, quando há ação penal contra indígenas, identifica necessidade de realização de perícia antropológica, para documentar o grau de compreensão que o suspeito ou acusado tem do caráter ilícito e culpável de sua conduta (2013 ou 2014, p. 2, 16).

Do excerto, depreende-se que a perícia antropológica busca entender o modo de vida de um grupo étnico, sendo assim capaz de indicar se um indivíduo é ou não integrante daquele grupo, e então o Juiz compreender em qual grau de integração o silvícola se encontra. Logo, a produção do laudo antropológico deveria ser imprescindível nas causas relativas aos direitos dos índios na seara penalista. Porém, não é assim que a jurisprudência entende, pois aduz que a presença de documentação civil, carteira profissional, aparelho celular, título de eleitor, fluência na língua portuguesa, posse de veículo automotor ou participação em jogos de futebol na comunidade são suficientes para considerar o índio como não integrado, sendo ainda permitido afastar a perícia antropológica com base nesses elementos<sup>1</sup>. Eis um exemplo:

Havendo prova inequívoca de ser o índio completamente integrado na civilização, sendo eleitor, habilitado para dirigir veículo, operador em instituição financeira, pode o Juiz prescindir do laudo antropológico para aferir a imputabilidade penal. (HC 9.403/PA, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/09/1999, DJ 18/10/1999, p. 242).

O posicionamento jurisprudencial ora apresentado é equivocado, pois os elementos probatórios citados são extremamente superficiais e não têm o condão de averiguar o quanto o índio está integrado. Como ressaltado, as disposições estatutárias partem do reconhecimento de que os tribais possuem uma consciência e discernimentos próprios, formados através da cultura e tradições indígenas, e que essa consciência difere da consciência da sociedade civil. Dessa forma, os graus de integração refletem o quanto de "consciência civil" o índio absorveu, de modo a compreender os valores nacionais e discernir o que se entende por ilícito. Nesse passo, índios nativos são aqueles que preservam sua consciência integralmente;

---

<sup>1</sup> Nesse sentido: o AgRg no REsp 1373007/BA, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 01/06/2016; o AgRg no RHC 64.041/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 01/02/2016; o HC 263.987/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014; o AgRg no REsp 1361948/PE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 16/09/2013.

índios em vias de integração são aqueles que estão em processo de aprendizagem, assimilando alguns fatores da cultura nacional; e índios integrados são aqueles que absorveram com propriedade a sobredita "consciência civil". Isso não quer dizer que quanto maior for a integração, mais o indígena deixa de ser índio. Essa condição permanece inalterável. Afirma-se que o silvícola adquiriu, cumulativamente, outra consciência, a nacional. Por ser assim, fica claro que um título de eleitor, uma carteira de identidade ou uma participação num jogo de futebol não são elementos que manifestam o quanto o silvícola está, ou não, integrado.

À vista disso, os elementos externos à comunidade indígenas utilizados para determinar o grau de integração são demasiadamente inadequados, por serem superficiais e não transmitirem, materialmente, a complexidade e riqueza da cultura tribal, e o laudo antropológico se mostra como o meio mais fidedigno à averiguação da integração do índio à comunidade civil.

Outro problema identificado na disciplina da integração é sua incompatibilidade com sistemática criminal, visto que o texto legal peca pelo excesso de formalidade. Sabe-se que, no processo penal, vigora o princípio da busca pela verdade material. Por este, o juízo deve investigar de forma a se aproximar da veracidade dos fatos e se apropriar das reais nuances da situação, a fim de proferir uma decisão adequada, já que os bens jurídicos em jogo são indisponíveis.

Assim, enfatiza-se, considerar elementos tão rasos para enquadrar o índio em um dos graus de integração causa grande prejuízo à tutela da autodeterminação indígena, pois aqueles elementos não traduzem, de fato, o quanto o indígena absorveu da cultura nacional, ou se esta foi mesmo absorvida. Somado a isso, não se preocupando com a profundidade que os graus de integração carregam, mas se limitando a aplicar o simples texto legal e a posição majoritária das Cortes (relativa ao afastamento do laudo antropológico quando houver outras "provas" capazes de determinar o grau de integração do índio), surge verdadeira presunção de culpabilidade. Isso porque, e mais uma vez, os elementos de distinção consagrados jurisprudencialmente para determinar o grau de integração do índio não traduzem, de fato, o quanto o indígena está integrado à sociedade civil. Então, através da mera

existência daqueles elementos fúteis, presume-se, sem se investigar seu grau de compreensão, que o índio tem consciência sobre o ilícito cometido, sendo por isso culpável de plano.

### 2.2.3 Sobre a tolerância prevista no art. 57 do Estatuto do Índio

Por fim, o art. 57 prevê uma “tolerante”, pois obriga o juiz a tolerar aplicação de sanções penais e disciplinares próprias da comunidade aborígene, salvo se forem cruéis, infamantes ou de morte. Aqui, salienta-se que, para haver total consonância com a Constituição, deve ser considerado o inciso XLVII, do art. 5º, que veda, além das cruéis e de morte, penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados e banimento.

Para ilustrar a regra acima destacada, em 2016, o direito brasileiro se deparou com caso inédito, no qual foi aplicado o art. 57 do Estatuto do Índio (tolerante). Trata-se da Apelação Criminal 0090.10.000302-0 – TJ-RR, na qual um índio da terra Manoá-Pium, na reserva Raposa Serra da Lua, no Estado de Roraima, foi denunciado pelo Ministério Público pela prática do crime do art. 121, do Código Penal (homicídio simples), contra outro índio. Em defesa do indígena, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a Advocacia-Geral da União (AGU) e Procuradorias Federais do Estado (PF/RR) ingressaram no feito como partes interessadas, levantando a hipótese do art. 57 do Estatuto. Segundo estas, o direito consuetudinário deve prevalecer, pois, como o réu já havia sido punido pela sua tribo, condenação penal acarretaria em *bis in idem*. O tribunal acatou a defesa apresentada, aplicando a tolerante e afastando a condenação penal, pois ficou evidenciado que, baseado na autoridade e costumes da comunidade tribal, o indígena infrator foi punido com o afastamento de sua comunidade por cinco anos, devendo, nesse período, sob a custódia da tribo Wai Wai, comercializar somente com autorização, prestar serviços comunitários às tribos vizinhas, bem como aprender os usos, costumes e língua dos Wai Wai, além de ter-lhe sido imposto a obrigação de construir uma casa à esposa da vítima e não se ausentar do território indígena sem a permissão da tribo.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

Viu-se que o art. 231, da Constituição Federal, é um direito fundamental por excelência, tanto em seu aspecto formal, quanto material, pois, além de estar previsto no texto contitucional, resguarda direito intrínseco e necessário à manutenção da dignidade indígena, imponto o reconhecimento de sua cultura e organização social. Somado a isso, a norma fundamental atrai outro direito ainda maior, considerado de terceira geração: o direito à autodeterminação indígena. Assim, esse grupo é considerado um povo autônomo, passível de organizar suas estruturas internas e ser respeitado pelos demais povos.

Agora, no plano infraconstitucional, percebe-se que o Estatuto do Índio traz regras peculiares, quando os arts. 56 e 57 preveem, respectivamente, uma atenuante a ser aplicada ao índio criminoso, bem como uma tolerante, observada nos casos em que já há condenação penal proferida pela comunidade.

Pela atenuante, chegou-se ao entendimento de que a jurisprudência não está totalmente correta, pois, apesar de afastar a aplicação da regra aos silvícolas integrados em respeito ao princípio da igualdade, ao utilizar os graus de integração previstos no art. 4º, as Cortes acabaram por indiretamente criar uma presunção de culpabilidade, acreditando que os índios nativos sempre serão inimputáveis, e que os indígenas integrados possuem total consciência dos costumes da comunidade nacional. Ainda, os meios utilizados para aferir o nível de consciência do índio é exorbitadamente superficial, quando se sustentam na verificação de meros elementos externos que em nada traduzem o quanto o índio entende o caráter ilícito do crime, ou o quanto o ele absorveu da cultura nacional.

Essa tese firmada jurisprudencialmente fere princípios penais, processuais penais e constitucionais, eis que o ordenamento jurídico brasileiro não admite preseunção de culpabilidade na esfera penal. Assim, em respeito à busca da verdade real, o julgador deve verificar o quanto o silvícola realmente está integrado à sociedade comum, visando aplicar a sanção mais adequada a cada caso concreto. Para isso, o laudo antropológico indígena se mostra a prova mais robusta para demonstrar essas informações de forma apropriada, dada sua complexidade.

Quanto à tolerância do art. 57, percebe-se que o juiz, ao aplicar a pena, deve verificar se há condenação tribal anterior, se esta é medida costumeira e se está adequada aos demais direitos fundamentais. Em caso positivo, aquela condenação deverá ser tolerada, tratando-se de verdadeira exceção à jurisdição brasileira, já que sentenciar o indígena condenado pela tribo acarretaria *bis in idem*. Por outro lado, em caso negativo, aplica-se o art. 56 do Estatuto, adequando a pena de acordo com o grau de integração do índio e atenuando se não se tratar de índio totalmente integrado.

Por fim, de todo o exposto, está luminoso que as disposições constitucionais e infraconstitucionais aqui abordadas estão em consonância com os parâmetros elencados pela Convenção 169 da OIT, reconhecendo-se os costumes tribais, bem como seus métodos repressivos, e considerando suas peculiaridades ao se aplicar a lei penal.

---

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>.

BRASIL. Lei nº 6.001, de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm)>.

MAIA, Luciano Mariz. Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios. [2013 ou 2014]. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/do\\_papel\\_da\\_pericia\\_antropologica\\_na\\_afirmacao\\_dos\\_direitos\\_dos\\_indios.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/do_papel_da_pericia_antropologica_na_afirmacao_dos_direitos_dos_indios.pdf)>. Acesso em: 10 jun 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.