

# DA EFETIVIDADE E APLICAÇÃO DA NORMA PENAL AOS INDÍGENAS

*Marília Rulli Stefanini<sup>1</sup>*

*Rafael Salviano Silveira<sup>2</sup>*

## RESUMO

Referido artigo objetiva discorrer acerca da efetividade e aplicação da norma penal aos indígenas. Assim, busca-se responder o seguinte problema: A norma penal é aplicada aos indígenas? No primeiro momento será tratado da aplicação penal diretamente aos indígenas, assim como a aplicação penal pelas tribos. Em relação a pena aplicada pelo Judiciário, será discorrido que se o crime é praticado por um não índio contra um índio, é preciso observar o que dispõe o artigo 59 da Lei de nº. 6.001 de 1973 e sua consequente interpretação doutrinária, que diz que no caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado à comunidade indígena, a pena será agravada de um terço. Trata-se de uma pesquisa dedutiva, cujos materiais utilizados foram doutrinas, artigos, leis e jurisprudências selecionadas.

## PALAVRAS-CHAVE

Indígena. Direito Penal. Legislação.

---

<sup>1</sup> Advogada (OAB/MS 14.367); Pedagoga (Faculdade Reunida de Ilha Solteira - SP- 2012); Professora Universitária na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR) e Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul - SP (FUNEC). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) - Unidade Universitária de Paranaíba - MS (2007). Especialista em Educação, com área de concentração em Docência para o Ensino Superior, na Universidade supracitada (2009). Especialista, também, em Direito do Estado (2011) e Direito e Processo do Trabalho (2011) na Rede de Ensino ANHANGUERA - UNIDERP (LFG). Mestrando pelo programa de Mestrado ofertado pela UNIVEM- Marília-SP (2014-2015), com área de concentração em Teoria do Direito e do Estado.

<sup>2</sup> Advogado Trabalhista. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha – UNIVEM. Bacharel em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul. Bacharel em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco – Primeiro Colocado no Concurso de ingresso. Professor de Cursos Preparatórios para Concurso e para a Ordem dos Advogados do Brasil. Professor do Site PCI Concursos.

## Introdução

Referido artigo objetiva discorrer acerca da efetividade e aplicação da norma penal aos indígenas.

Assim, busca-se responder o seguinte problema: A norma penal é aplicada aos indígenas?

No primeiro momento será tratado da aplicação penal diretamente aos indígenas, que ao se falar em aplicação de pena ao sujeito indígena, é preciso observar que os mesmos podem ser processados em julgados pelo poder judiciário, como se verá, bem como pelas próprias tribos às quais se encontram inseridos.

Ao tratar da aplicação da pena pelas tribos, será tratado importante considerações sobre a normatização, de modo que se destacam a legalização em âmbito nacional para que os indígenas promovessem e aplicassem suas técnicas de sanções penais aos integrantes de suas tribos.

Doravante, será evidenciado que mesmo quando os índios são processados e julgados pelo poder estatal, a norma Constitucional e infraconstitucional assegura aos mesmos, que o magistrado resguarde garantias peculiares à sua condição de indígena, conforme se analisará.

Em relação a pena aplicada pelo Judiciário, será discorrido que se o crime é praticado por um não índio contra um índio, é preciso observar o que dispõe o artigo 59 da Lei de nº. 6.001 de 1973 e sua consequente interpretação doutrinária, que diz que no caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado à comunidade indígena, a pena será agravada de um terço. Trata-se de uma pesquisa dedutiva, cujo os materiais utilizados foram doutrinas, artigos, leis e jurisprudências selecionadas.

### 1 Da aplicação de pena ao indígena

É preciso compreender o significado do termo pena, que por sua vez, se faz presente dentre os homens desde a civilização humana, sendo que, em sua origem contextual histórica, vê-se que as penas eram praticadas com o intuito de preservação da espécie, passando, posteriormente, a ser utilizada como métodos preventivo e repressivo de condutas humanas.

Assim, a terminologia da pena deriva do latim *poena*, que se traduz como castigo, sanção, punição, sofrimento, vingança, e afins. Vê-se que a pena é aplicada como resposta à prática de determinada conduta considerada, pela norma, ilícita, ou seja, proibida e não tolerada socialmente, configurando, ainda, o objetivo da ação

penal, qual seja, a apuração da responsabilidade penal do sujeito acusado.

Pode-se dizer que a pena é visualizada como a imposição de certa restrição de bens jurídicos, a qual é prevista em lei, àquele sujeito que agiu em desconformidade com o que a norma lhe impõe.

Uma das vertentes da pena é a visa de que ela tem caráter, principal, de ressocialização e readaptação do sujeito delinquente (aquele que feriu as normas impostas), bem como, prevenir que outros sujeitos pratiquem o mesmo ato, por meio da exemplificação que o caso apenado representou socialmente.

Em sentido crítico contrário, Zaffaroni sustenta que as penas podem ser vistas como um método de coerção, que cominam uma restrição de condutas (liberdade, direitos ou multa), gerando uma dor, e, por conseguinte, não restituem e não reparam bem a alguém, muito menos minimizam os eventuais novos danos sociais (ZAFFARONI, SLOKAR, 2002, p. 52-53).

A crítica à forma de imposição de pena não é o cerne do presente trabalho, em que, busca-se avaliar como tal modelo de responsabilização penal é exercida em razão de ser o índio o autor de ilícitos penais. Nessa senda, analisa-se a seguir como o poder legislativo abordou tal situação, assim como, observa-se a aplicação de penas ao sujeito indígena.

De toda sorte, ao se falar em aplicação de pena ao sujeito indígena, é preciso observar que os mesmos podem ser processados em julgados pelo poder judiciário, como se verá, bem como pelas próprias tribos às quais se encontram inseridos.

## **2 A aplicação da pena pelas tribos**

Com a aprovação da Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais - 169 OIT, pelo Brasil no ano de 2004, por meio do Decreto 5.051, houve a legalização em âmbito nacional para que os indígenas promovessem e aplicassem suas técnicas de sanções penais aos integrantes de suas tribos.

### 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 (BRASIL, 2004).

Destarte, naquilo em que as punições silvícolas não sejam incompatíveis com as normas adotadas pelo ordenamento brasileiro, bem como, com os direitos humanos, os membros competentes das tribos, poderão aplicar aos seus membros suas penas costumeiras e culturais.

Corroborando com tal entendimento, o Estatuto do Índio, regulamentado pela lei n. 6.001 de 1973, dispõe em seu artigo de número 57:

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 (BRASIL, 1973).

De toda sorte, verifica-se que a norma infraconstitucional destinada à proteção singular dos povos indígenas (Estatuto do Índio), assegura em seu texto a tolerância às sanções aplicadas pelas tribos aos seus membros, observadas as regras de cada comunidade, bem como a não violação aos direitos humanos, e, desde que, não sejam cruéis, infamantes ou a aplicação da pena de morte.

Em caso de exercício de penas não condizentes com os direitos humanos, e as penas proibidas, conforme citações acima, deverá o Estado intervir no grupo indigenista visando coibir tais práticas, já que essas medidas de atuação são consideradas proibidas pelo ordenamento que regula a sanção penal tribal.

Saluta-se que, apenas o Estado possui o direito de realizar a punição do indivíduo que contrariar as normas positivadas, configurando-se, assim, o monopólio na detenção do direito de aplicar sanções. Nesse sentido, o artigo 345 do Código Penal, veda qualquer forma de aplicação da justiça com as próprias mãos, salvo as excludentes legais.

Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa (BRASIL, 1940).

Conforme já se abordou no presente estudo, existem diversas normas (Constituição Federal, Convenção 169 OIT, Estatuto do Índio, dentre outros) que reconhecem e protegem o exercício de práticas culturais e costumes dos povos indígenas, ou seja, legitimam a aplicação de normas sancionadoras penais pelas tribos indígenas aos seus integrantes transgressores, sem a intervenção estatal. Ao se anali-

sar a segunda parte do artigo 57 da lei 6.001, em que se proíbe a aplicação de “penas cruéis, pena de morte, ou infamante”, evidencia-se, sem olvidar, a intervenção estatal em cultura diversificada, limitando o exercício de costumes e cultura tradicionalmente adotadas por outro grupo que não seja pertencente à sociedade civil.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro determina que os membros aplicadores de sanções tribais aos seus sujeitos não podem agir e impor sanções infamantes, cruéis ou pena de morte. Posto isso, verifica-se ofensa ao texto Constitucional, mais precisamente, ao artigo 231, em que se assegura aos indígenas o exercício de suas crenças, costumes e culturas.

Nesse sentido, Gonzaga dispõe que:

Nos casos menos graves, a reação consistirá em mera sanção moral, gerando difusa reprovação da coletividade. Nos mais sérios, poderá haver uma sanção ritual, que torne o indivíduo impuro, com perigo para si próprio e para os que com ele mantenham contato, o que gera às vezes o seu apartamento da comunhão social; ou se chegará a verdadeiros castigos, de variada qualidade, com sanção retaliatória. Em se tratando de delitos privados, os povos mais atrasados deixam à discrição da vítima responder à ofensa, e até mesmo a compelem a assim proceder (GONZAGA, s/d, p. 57-58).

Todavia, tem-se que, outra incongruência acerca da aplicação tribal e ação penal estatal reside no fato de que se for aplicada pena tribal, estaria o Estatal impedido de processar e julgar tal conduta diante do direito penal pátrio? Mas, se o Estado não restar impedido de julgar, também, o índio que infringiu as normas penais, tal comportamento estatal não configuraria *bis in idem*? Perguntas essas que serão respondidas nesse tópico.

Assim sendo, ressalta-se que não existe pacificação quanto à possibilidade de a aplicação de pena tribal aos seus membros excluir a punição do Estado, ou à permissão de julgamento concomitante pela tribo e, também, pelo poder judiciário.

Entretanto, analisando os textos normativos, dando ênfase à Constituição Federal (por exemplo, artigo 231), por meio de critério interpretativo, existe corrente defensora de que a aplicação de sanções pela Tribo exclui qualquer possibilidade de julgamento pelo Estado, visando sempre, o respeito da diversidade cultural assegurada pela Constituição Federal, e estar-se-ia diante da aplicação do *bis in idem*, ou seja, duplo julgamento pela prática de um único crime, ou do duplo *jus puniendi*, dois julgamentos pelo mesmo crime mas por Tribunais diferentes.

Posto isso, de acordo com o artigo 57 da Lei 6.001 de 1973, acima citado,

gera-se o ensejo da quebra do *jus puniendi* exclusivo do Estado em razão da aplicação de normas penais, ou seja, quando o índio for apenado pela tribo a que pertence, não poderá haver ingerência Estatal.

Nesse sentido, o juiz Aluázio Ferreira Viana, da Comarca de Bonfim (RR), ao observar queo réu já havia sido condenado e cumprido pena pela comunidade tribal a qual se encontrava vinculado, decidiu que o mesmo não deveria ser submetido à apreciação de sua conduta pelo poder judiciário.

Concomitante às penalidades impostas, no ano de 2012, o Ministério Público competente ofereceu denúncia ao magistrado competente que a recebeu. Este, por sua vez, realizou as diligências necessárias e proferiu sentença deixando de apreciar o mérito, pois o réu havia sido processado e julgado por sua tribo. Ressaltando algumas peculiaridades. Tais como:

Vê-se, portanto, a potencial condenação e execução de pena por mais de 2 (dois) entes, em tese, titulares do direito de punir o mesmo fato. Insta observar que **não se trata de bis in idem, pois os entes detentores do direito de punir são distintos e não apenas o Estado, mas de instituto novo, que poderíamos denominar de “Duplo Jus Puniendi”.**

Em razão da situação supramencionada, a Defesa alçou a existência do *no bis in idem*, ou seja, a impossibilidade do acusado ser sancionado duas vezes pelo mesmo fato, logo este Juízo deveria declarar-se incompetente em razão da matéria haja vista o anterior julgamento do fato pela comunidade indígena a que pertence o acusado.

Pois bem, rechaço em parte o argumento da ilustre Defesa. A uma, pois tenho que o imbróglio não se trata de bis in idem, mas de “Duplo jus Puniendi”, em face do que dispõe o art. 57, da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio). (BRASIL, 2013)

Salienta o magistrado que mesmo sendo o índio processado e julgado pela tribo e pelo poder público, não se incorreria em *bis in idem*, já que este se refere a duplo julgamento pelo mesmo órgão diante da mesma conduta, o que não acontece com o duplo julgamento do indígena por dois tribunais (o tribunal tribal e o tribunal estatal). Para o representante do poder judiciário, poder-se-ia falar em *duplo jus puniendi*, diante do acentuado pelo Estatuto do Índio em seu artigo 57.

Todavia, entende o magistrado que referida interpretação encontra-se equivocada, vez que, mesmo que o fato envolva apenas indígenas, que o crime tenha ocorrido no interior da tribo, se esta não processar e julgar o sujeito com suas normas costumeiras, deverá e poderá o Estado intervir e promover o processamento

e julgamento desse fato diante das normas de direito penal pátrio.

Convém advertir, que a esmagadora maioria da doutrina entende que a previsão art. 57, do Estatuto do Índio, **seria uma exceção ao direito de punir estatal**. Com base nisso, poderia se concluir que o Estado não poderia atuar de forma alguma nos casos de crimes ocorridos nas comunidades indígenas, o que não traduz a finalidade da legislação e tão pouco o que acontece na realidade.

**Vejo, pois, que essa não é a melhor conclusão, uma vez que o Estado terá ampla autonomia para investigar, processar e julgar o indígena nos casos em que a comunidade indígena não julgá-lo, logo, o Estado, em casos tais, atuará de forma subsidiária.** (grifos da sentença) (BRASIL, 2013).

Antes de finalizar a sentença, o magistrado dispôs que:

Para o deslinde do imbróglio, é importante definir algumas premissas:

a) Nos casos em que autor e vítima são índios; fato ocorre em terra indígena, e **não há julgamento** do fato pela comunidade indígena, **o Estado deterá o direito de punir e atuará apenas de forma subsidiária**. Logo, serão aplicáveis todas as regras penais e processuais penais.

b) Nos casos em que autor e vítima são índios; o fato ocorre em terra indígena, e **há julgamento do fato pela comunidade indígena, o Estado não terá o direito de punir**. Assim, torna-se evidente a impossibilidade de se aplicar regras estatais procedimentais a fatos tais que não podem ser julgados pelo Estado.

In casu, o acusado índio Denilson foi julgado pelo Conselho das Comunidades Indígenas antes mesmo do início da instrução criminal, o que acarretaria, em tese, a absolvição sumária. (grifos da sentença) (BRASIL, 2013).

Ao sentir do magistrado, nas condutas criminosas em que tanto autor quanto réu sejam sujeitos indígenas, existindo julgamento dos mesmos pelas normas tribais, desde que o fato tenha ocorrido dentro da aldeia, ficará o Estado impedido de julgar tal demanda, configurando-se, assim, limitação ao direito de punir do Estado (*jus puniendi*).

Em contrapartida, se faltar um dos elementos (autor e réu sejam indígenas; fato ocorrido dentro da aldeia; e, julgamento pela tribo), poderá, e deverá o Estado exercer o seu poder, em regra, exclusivo de aplicar o direito penal, ou seja, estar-se-á

diante da subsidiariedade do direito penal Estatal, pois primeiro analisam-se os três elementos, somente na falta de um deles o Estado estará legitimado para agir.

No entanto, em interpretação contrária à do juiz, existem os sujeitos que acreditam que a decisão não fora acertada, uma vez que não houve embasamento legal específico para tanto, e que, a justiça tribal não poderá excluir a justiça do Estado, já que, este é o único detentor do direito de punir, conforme se demonstrou diante da citação do artigo 345 do Código Penal.

Cumprir dizer que, enquanto não houver determinação legal específica quanto à competência tribal e/ou estatal para processar e julgar os indígenas quanto ao cometimento de crimes, referida população ficará sujeita às interpretações normativas e pré-determinadas daqueles que aplicam a lei ao caso concreto, gerando com isso notória insegurança jurídica e ameaça à existência social de um povo desde sempre segregado.

Mesmo quando os índios são processados e julgados pelo poder estatal, a norma Constitucional e infraconstitucional assegura aos mesmos, que o magistrado resguarde garantias peculiares à sua condição de indígena, conforme se analisará.

### **3 A Aplicação da pena pelo Judiciário**

Inicialmente, relembra-se que o índio que cometer crime apenas contra índio, nos limites da aldeia e desde que os reflexos desse crime não atinjam a sociedade civil, poderá ser julgado pela própria tribo, segundo as suas práticas, desde que a sanção imposta não cause lesão aos direitos humanos e/ou fundamentais.

Por conseguinte, se o crime é praticado por um não índio contra um índio, é preciso observar o que dispõe o artigo 59 da Lei de nº. 6.001 de 1973 e sua consequente interpretação doutrinária. Assim, disciplina tal questão, dispondo que: “Art. 59. No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado à comunidade indígena, a pena será agravada de um terço” (BRASIL, 1973).

De todo modo, segundo o artigo acima citado, quando se praticar qualquer espécie de conduta tipificada como crime no código penal, contra sujeito indígena, é preciso analisar o grau de integração do mesmo (art. 4º da norma em comento), para se aferir se há causa de agravamento de pena ou não.

Assim sendo, se a vítima é considerada isolada, ou seja, mantém sua cultura, costumes, práticas sociais, e todos os outros valores indigenistas, bem como, possui contato com a sociedade civil apenas de maneira vaga e eventual, apenas nesse caso (segundo o Estatuto do Índio), o autor terá sua pena agravada.

Pena essa que poderá ser agrava até um terço da pena base, ou seja, o magistrado, ao fixar a sanção deverá observar a característica da vítima indígena, mais uma vez reforça-se a necessidade do laudo antropológico, para se aferir seu grau de integração social, e, a partir disso, aplicar ao caso a agravante ou não.

Por outro lado, analisa-se o índio como sujeito autor de práticas consideradas criminosas pelas normas pátrias. Nesse sentido, conforme já foi abordado no presente trabalho, quando o magistrado compreender que o índio é integrado à sociedade civil, deverá o mesmo sofrer todas as sanções penais comuns aplicáveis ao cidadão da sociedade civil.

Primeiramente informa-se que, a sanção do índio que cometer crime contra não índio, dependerá, segundo o ordenamento pátrio de sua integração social, ou seja, observar-se-á o disposto no artigo 4º do Estatuto do Índio, sendo que, se não integrado, será considerado inimputável, não recebendo sanção; se em vias de integração, reconhecerá sua semi-imputabilidade e conseqüente redução de pena ou aplicação de medida de segurança; e, por fim, se considerado integrado, receberá o tratamento penal comum conferido aos não índios.

No entanto, quando houver demonstração, por meio de laudo antropológico ou não (em caso de dispensa legal), de que o sujeito indígena não se encontra integrado, de maneira completa, o tratamento jurídico penal conferido será condizente com as normas do artigo 26 do Código Penal, o qual simboliza o enquadramento destes aos inimputáveis ou semi-imputáveis, sob a égide do desenvolvimento mental incompleto, em razão da sua não compreensão total/parcial das práticas culturais e criminosas da sociedade nacional.

Todavia, referida prática de enquadramento simboliza notória ofensa à dignidade da pessoa humana indigenista, ao mesmo tempo em que se evidencia a conduta preconceituosa, separatista e de segregação social, por considerá-los doentes mentais, quiçá crianças, por não compactuarem da cultura, que tal grupo (que o reconhece como inimputável) compreende como dominante.

Nesta senda, um dos nortes que sustenta a aplicação de pena ao sujeito que preenche os três elementos configuradores do crime (fato típico, antijurídico e culpável), é o da individualização da pena, ou seja, cada sujeito que transgride a norma penal incriminadora tem assegurado, legalmente, o direito de receber uma pena de acordo com as peculiaridades de sua conduta, ou seja, coibi-se a imposição de penas padrões a todos os sujeitos.

Não se pode olvidar que o sujeito indígena, analisado como um ser pertencente e praticante de outra cultura e costumes, quando praticante de condutas ilícitas penais, não merece receber o tratamento jurídico penal comum que é desti-

nado às sanções dos sujeitos da sociedade civil, posto que, aqueles indivíduos foram segregados desde a época da colonização, e em virtude dessa marginalização e hipossuficiência, merecem reconhecimento de direitos peculiares à situação de fragilidade social, para que se possa assegurar a concretização e proteção da sua Dignidade Humana.

Seguindo essa linha de raciocínio, na aplicação de pena ao índio, é preciso que se observem outros princípios norteadores do direito penal, quais sejam, da proporcionalidade e razoabilidade.

Referidas proporcionalidade e razoabilidade, além de serem analisadas em razão do dano sofrido pela prática de conduta ilícita e antijurídica, deverá ser observada em razão da consciência do indígena diante da prática de um crime, e da sua possibilidade de ordenamento de conduta.

Nesse sentido, quanto mais integrado for o índio, melhor dizendo, quanto mais consciência tem o sujeito de que está praticando um crime, mais sua pena será analisada como se fosse aplicada a um membro da comunhão universal.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Estatuto do Índio- Lei nº. 6.001 de 1973 elenca nos textos dos artigos 56 e 57 os critérios a serem observados ao se realizar a individualização de pena do sujeito nativo.

Assim sendo, no corpo do artigo 56 do dispositivo supramencionado, o Estado reconhece que ao índio poderá e deverá ser aplicada pena de acordo com o seu grau de integração social, ou seja: “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” (BRASIL, Lei 6.001 de 1973).

Posto isso, de acordo com a norma infraconstitucional destinada ao tratamento legal dos índios no Brasil, se subsistir condenação penal ao índio, deverá o magistrado individualizar a pena, atenuando-a em razão da sua não integração social, ou integração mitigada. Desta feita, o sujeito integrado, em vias de integração e o não integrado deverão receber penas distintas, mesmo que praticantes do mesmo crime.

Para se mensurar o grau de integração do sujeito à sociedade, necessário se faz para esta autora, o exame antropológico de referida condição para se evitar inseguranças processuais e lesões à Dignidade Humana, conforme se demonstrou no tópico relativo à obrigatoriedade ou não da feitura de tal exame pericial, vez que, é a determinação da consciência ilícita do sujeito e da sua capacidade de ordenação que se determinará o grau de integração, se houver.

Neste contexto, tem-se que os Tribunais pátrios compreendem que se o índio encontra-se integrado à sociedade não merece ser o mesmo tutelado pelo disposto no artigo 56 do seu Estatuto, e, por conseguinte, ter sua pena atenuada.

Conforme se observa a seguir em decisão do Superior Tribunal de Justiça-STJ, quinta turma, ao julgar *Habeas Corpus*, em vinte e dois de agosto de 2000:

HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. ÍNDIO. ESTUPRO. NULIDADE PROCESSUAL. REVELIA. DOSAGEM DA PENA. REGIME. LEI Nº 6.001/73. A inquirição de testemunhas sem a presença do réu, declarado revel no curso da instrução, por não comparecer a audiência para a qual foi intimado, embora tendo justificado sua ausência, constitui nulidade apenas relativa, para cuja decretação se exige reclamação oportuna (CPP, art. 572, III, c/c o art. 571, I) e comprovação de prejuízo, o que não ocorreu na espécie, tanto mais que os testemunhos colhidos sem a presença do réu em nada influíram na decisão da causa (CPP, art. 566). **O art. 56, da Lei nº 6.001/73, se destina apenas aos índios em fase de aculturação e não àqueles já completamente integrados à civilização dos brancos.** Mesmo assim, a atenuação da pena não pode levá-la para alguém do mínimo cominado (STF, RECR-100319/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho e Súmula 231 - STJ), somente ensejando o cumprimento em regime de semiliberdade, se possível, não podendo aplicar-se, pois, aos crimes hediondos." Ordem denegada (BRASIL, STJ. HC 11862 PA 2000/0002143-1, 2000) (grifo nosso) (BRASIL, 2000).

Compreende-se, que a interpretação dos Tribunais pátrios no sentido de não aplicar o artigo 56 da lei 6.001 de 1973 ao índio integrado viola a real intenção do legislador, fazendo com que o artigo não seja efetivado, já que, no *caput* do mesmo, quando se fala em atenuação da pena, não exclui o índio integrado de prática por se tratar de norma genérica.

Assim, a correta interpretação do artigo é existir a atenuação independente do estágio de integração do sujeito à sociedade civil, porém, tal proporcionalidade da atenuante, deverá considerar referido grau de integração do silvícola, em razão de mesmo que o índio encontre-se integrado ao seio social nacional, o mesmo mantém suas raízes, e estas, por sua vez, não podem ser renunciadas.

Nos moldes do que é disposto no artigo 68 do Código Penal, ao se realizar a aplicação da pena, o magistrado deverá seguir o ritual de observação de três itens: inicialmente deverá observar o disposto no artigo 59 da lei em comento: analisar a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, situações que determinaram o crime, e comportamento da vítima; em segundo momento, deverá verificar as atenuantes e as agravantes da pena; e, por fim, deverá observar as causas de aumento e diminuição da pena (BRASIL, Código Penal, Art.s 59 e 68, 1940).

Seguindo essa linha de raciocínio, sustenta-se que a aplicabilidade de pena

apenas é possível quando o sujeito encontra-se integrado à sociedade, ou em vias de integração, já que o silvícola, por não ter contado com a sociedade comum, não têm preenchidos dois itens da culpabilidade (potencial conhecimento da ilicitude do fato, e a exigibilidade de conduta diversa), o que, para alguns pode ser interpretado como inimputável.

Todavia, prefere esta autora não enquadrá-lo em inimputável por simplesmente não ser integrado ou estar em vias de integração social, mas sim, como carecedor dos dois outros itens compositores da culpabilidade, e, portanto, não pode ser condenado à aplicação de pena, nos moldes do Código Penal.

Posto isso, aos dois grupos que podem ser apenados, conforme dito anteriormente, o primeiro passo a ser realizado é a observação dos itens compositores da pena base, que, por sua vez, estão descritos no artigo 59 do Código Penal. Frisou-se tal conduta jurisdicional, com o fulcro de se reafirmar a necessidade da realização do exame pericial quando se tratar de réu indígena, pois, com o laudo antropológico ter-se-á, o magistrado, maiores comprovações e fundamentações esclarecedoras acerca dos elementos fixadores da pena base, tal como, a demonstração da culpabilidade do sujeito e a personalidade do agente.

Em segundo momento, deverá o magistrado aplicar à pena base as agravantes e/ou atenuantes. Esses itens, por sua vez, vão majorar a fixação da pena dentro do mínimo e do máximo que se encontram previstos na tipificação penal. Dentro dessas atenuantes, a legislação indigenista elenca, primeiramente, o desconhecimento da lei: Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] II - o desconhecimento da lei; [...] (BRASIL, Código Penal, 1940).

Assim sendo, em razão da prática de cultura diferente da adotada nacionalmente, não resta dúvida que ao sujeito indígena pode ser reconhecido o desconhecimento legal, independentemente do seu nível de integração.

No entanto é importante observar se as condições do sujeito ativo indígena proporcionavam que o mesmo compreendesse a ilicitude do fato. Posto isso, não basta a simples alegação do desconhecimento do fato, é importante a realização de análise das peculiaridades do caso, para se isentar de pena ou reduzi-la (art. 21 do Código Penal).

Referida alegação de desconhecimento da lei é trabalhada em direito penal como erro de proibição, que, por sua vez, foi abordada em tópico supramencionado na presente dissertação, e que, por conseguinte, fundamenta, mais uma vez, a importância da realização do exame antropológico para se apurar com maior riqueza de detalhes o discernimento indigenista no ato da prática ilegal.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o *caput* do artigo 56 da Lei 6.001

de 1973 é relativo à causa de atenuante de pena, ao dispor que a pena deverá ser atenuada de acordo com a integração do índio à sociedade civil.

Assim sendo, na individualização da pena haverá crime, e o magistrado deverá observar a integração do sujeito em cada caso concreto, sendo que, a atenuação especial do artigo 56 merece acontecer nos três níveis de integração, vez que, a lei não traz de maneira evidente em qual espécie deve ser reconhecida por estar correlacionada, de maneira geral, à terminologia índio, o que, por ora, já fora discutida nesse texto.

No entanto, os Tribunais pátrios vêm entendendo de maneira diversa, ou seja, aplica-se a atenuante apenas aos casos de índios não integrados ou em vias de integração; os já integrados não farão *jus* à atenuante por conta da imposição do dever legal de conhecimento da lei.

Por fim, o último item observado na fixação definitiva de cumprimento da pena, após se observar os itens do artigo 59 do CP, majorar as atenuantes e agravantes dentro do limite mínimo e máximo, por fim, deverá o magistrado aumentar ou diminuir a mesma.

Tem-se que o aumento ou diminuição da pena não levará em consideração os limites mínimos e máximos da pena, fixados no Código Penal. Ocorrerão os mesmos, quando a lei assim o trouxer explícito, tais como, bom comportamento do índio, ser réu primário, dentre outros casos.

Outro caso de diminuição da pena é a alegação de erro de proibição evitável ou vencível, já abordado em tópico específico, em que o magistrado deverá diminuir a pena de um sexto a um terço. Se por ventura for inevitável, não haverá punibilidade (teoria *bipartite*), pois não haverá culpabilidade do sujeito.

Para que se meça se o erro era inevitável ou não, deverão ser observadas as circunstâncias peculiares em que a conduta fora praticada, não existindo assim uma técnica algébrica ou tabela pré-estabelecida para a responsabilização do autor da conduta.

Assim, tem-se que se o erro for invencível, não haverá a potencial consciência da ilicitude, e, por conseguinte, não se configura a culpabilidade, não culminando aplicação de pena ao índio.

Todavia, se vencível, restará comprovada o conhecimento da ilicitude do fato, culminando com a existência dos itens da culpabilidade, o que gera aplicação de pena, no entanto, com redução de pena de um de pena de um sexto a um terço.

Porém, quando se fala em indígenas, críticas são traçadas no sentido de que o índio pode conhecer a ilicitude do fato, todavia, diante de sua diversidade cultural encontrar-se impedido da compreensão do texto.

O Código Penal, tampouco o Estatuto do Índio, não elencam de maneira clara o respeito a essa corrente doutrinária, fica o indígena preso à interpretação do magistrado acerca do erro de proibição, sendo que, para Zaffaroni, o erro culturalmente condicionado deve ser analisado como espécie do gênero conhecido como erro de proibição.

[..] se, por um lado, o critério do erro, e em especial do erro de compreensão culturalmente condicionado, se apresenta como um grande avanço para o tratamento jurídico-penal do índio, na medida em que procura romper com a filosofia assimilacionista e etnocentrista em que se baseia o critério da inimputabilidade, para respeitar a diversidade cultural e os valores próprios das diferentes culturas; por outro, apresenta alguns pequenos problemas, o que o torna suscetível a críticas. Entre estes problemas, menciona-se a eventual dificuldade de sua aplicação em razão da forma com que está posto no nosso Código o erro de proibição-dificuldade esta que também se manifestará na aplicação de outro critério – o que minimiza a crítica, bem como menciona-se também, e aqui com mais severidade, a improbidade de se falar em erro o que, na verdade erro não é, a menos que se entendam como errados os valores próprios das culturas indígenas, entendimento este que não deixa de ser etnocêntrico e, bem por isso, também passível de ser criticado (REZENDE, 2009, p. 91).

A partir de tal análise, aborda-se que a compreensão do texto normativo pelos índios, para os Tribunais, possui íntima relação com o grau de integração do indígena à sociedade civil, sendo que, se os mesmos encontram-se em vias de integração, alguns doutrinadores e julgados têm equiparando-os aos portadores de desenvolvimento mental incompleto, o que por sua vez, gera a diminuição de pena prevista no artigo 26, parágrafo único do CP, considerando-os semi-imputáveis.

No entanto, percebe-se a interpretação equivocada do texto normativo ao equiparar o indígena em vias de integração ao semi-imputável por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, possuindo seu discernimento diminuído a respeito da conduta praticada.

Posto isso, cumpre ressaltar que não é apenas o desenvolvimento mental que diminui o grau de compreensão da prática ilícita, e por tal fato, não pode ser o indígena equiparado ao doente mentalmente por ser detentor de cultura diferenciada.

Quanto ao índio não integrado (silvícola), seria este considerado inimputável pela corrente dominante, e, conseqüentemente, equiparado ao doente mental completo, em que não há qualquer discernimento quanto à prática delituosa.

Mais uma vez critica-se tal modelo de aplicação de pena, já que, novamente, se sustenta que a inadaptação ou incompreensão de normas positivadas por detentores de cultura diferente não configura doença mental ou patologia.

Corroborando com tal posicionamento, Bitencourt dispõe que:

A situação dos silvícolas não tem natureza patológica, mas decorre da ausência de adaptação à vida social urbana ou mesmo rural, à complexidade das normas ético-jurídico-sociais reguladoras da vida civilizada e a diferença da escala de valores (BITENCOURT, 2012, p. 306).

Assim sendo, a solução mais adequada aos casos em tela, de índios integrados (a depender do caso), em vias de integração e isolados, é o reconhecimento da falta dos dois outros elementos da culpabilidade, quais sejam, exigibilidade de conduta diversa e potencial conhecimento da prática ilícita, vez que se for decretada a inimputabilidade do sujeito, estaria o mesmo sujeito à aplicação de medida de segurança, que por sua vez não é a medida mais adequada, já que, diversidade cultural não pode ser enxergada como distúrbio patológico.

### **Considerações Finais**

Diante do exposto, nota-se as seguintes considerações.

Ao se falar em aplicação de pena ao sujeito indígena, é preciso observar que os mesmos podem ser processados em julgados pelo poder judiciário, como se veria, bem como pelas próprias tribos às quais se encontram inseridos.

Vê-se que a aplicação de medida de segurança ao indígena, em razão da diversidade cultural, teria como finalidade a adequação do sujeito nativo aos moldes culturais da sociedade civil, o que, mesmo sendo possível, é notoriamente ilegítimo, vez que, obrigar o sujeito a aderir e praticar condutas que não pertencem a sua cultura fere sua dignidade enquanto sujeito diferente.

A aplicação de medida de segurança ao indígena somente pode ser efetuada, por exemplo, em caso de alteração mental, ou seja, por outro motivo que não seja a detenção de cultura diferenciada daquela adotada pela sociedade comum, o que, por conseguinte, inviabiliza sua aplicação em razão de diversidade identitária, apenas.

Assim, afim de se encerrar referido tópico, sustenta-se, novamente, que o enquadramento do índio no rol dos inimputáveis é equivocado, já que o mesmo não possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado por ter cultura indigenista.

Os critérios a serem observados ao se responsabilizar o sujeito nativo, quan-

to à exclusão de culpabilidade, devem pairar na inexigibilidade de conduta diversa e potencial desconhecimento da lei (erro de proibição ou erro de compreensão), pois a cultura diferente não simboliza doença ou perturbação mental, mas, na maioria dos casos, a distorção da compreensão do caráter ilícito da norma, ou até mesmo da existência de norma penal incriminadora em razão da diversidade cultural, o que, torna, como consequência, ilegítima a aplicação de medida de segurança ao índio.

O Estado Democrático de Direito deve reformular suas normas cogentes relacionadas à responsabilização penal indígena, promovendo, para tanto, diálogos interculturais com comunidades indígenas, buscando, ainda, soluções plausíveis e legítimas para a composição do litígio de acordo com a cultura praticada pelos mesmos, conforme assegura a Constituição Federal, o que, por conseguinte, gera o respeito à dignidade humana desses sujeitos massacrados pela história brasileira.

É preciso, antes de se delinear teorias, universalistas ou relativistas dos direitos humanos, compreender que o ser humano não pode ser plastificado ou engessado como produto pronto e acabado, mas como sujeito moldado e pertencente ao seu ambiente cultural, histórico e social, e, portanto, merece ser visto como resultado de sua cultura, e não como escravo dela.

De todo modo, a dificuldade em promover o reconhecimento efetivo da diversidade cultural e do multiculturalismo configura um desafio a ser superado, ao passo que o respeito ao sujeito, baseado na fraternidade e na alteridade, deve imperar em uma sociedade que se auto-intitula democrática e organizada, sendo inadmissível a segregação, marginalização e esquecimento social em razão da diversidade cultural. Que possamos revitalizar a existência daqueles que foram esquecidos.

---

## Referências

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Estatuto do Índio. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.051, de 19 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)>. Acesso em: 10 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HABEAS CORPUS HC 30113 MA 2003/0154495-0 (STJ)**. Publicado em: 16 nov. 2004. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Autos nº 0090.10.000302-0 (Ação penal)**. Publicado em: 03 set. 2013. Disponível em: <[www.tjrr.jus.br](http://www.tjrr.jus.br)>. Acesso em: 10 nov. 2015.

GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena - à época do descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad, sem data.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio - Tratamento Jurídico-Penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 4. ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.