



**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
MESTRADO EM DIREITO AMBIENTAL**

MARCOS PEREIRA DA SILVA

**A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR
INDÍGENAS E OS REFLEXOS JURÍDICOS PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Manaus
2013



MARCOS PEREIRA DA SILVA

**A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR
INDÍGENAS E OS REFLEXOS JURÍDICOS PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Área de Concentração: Direito Ambiental.

Linha de Pesquisa: Direitos da Sócio e Biodiversidade

Orientador: Professor Doutor Edson Damas da Silveira



MARCOS PEREIRA DA SILVA

**A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR
INDÍGENAS E OS REFLEXOS JURÍDICOS PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Aprovado em 9 de maio de 2013

Professor Doutor Edson Damas da Silveira- Orientador

Professora Doutora Maria Nazareth Vasques Mota (UEA)

Professor Doutor Serguei Aily Franco de Camargo (UFRR)

Dedico a todas as pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desse trabalho e, em particular, a toda a comunidade indígena.

Para o legislador deixo o alerta feito pelo líder dos Gaviões da montanha Paiaré, que tiveram suas terras alagadas quando da construção da represa de Tucuruí, mas ainda nutriam esperança de voltar para elas. Disse ele: **“As leis são uma invenção”**. Com que fui obrigado a concordar, apesar de ser invenção formalmente criada e com legitimidade, presumida, ainda que raras vezes comprovada. – **“Então os brancos que inventem outra lei que defenda os direitos dos índios”**, arrematou Paiaré, sem dar margem para novas explicações. (O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito- Carlos Frederico Marés de Souza Filho- 2006- 24)

À minha família, pela compreensão nos momentos em que precisei me ausentar durante esse trabalho de pesquisa, pelo apoio e carinho.

Aos professores do Curso de Mestrado da UEA e, em particular, a meu orientador, Prof. Dr. Edson Damas.

Agradeço. Muito obrigado!

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo trazer ao debate a questão da competência para processar e julgar indígenas, quando o mesmo configurar como autor ou vítima de crime. A Constituição de 1988, em homenagem à diversidade cultural, passou a dar um novo tratamento ao índio, através do qual deve ser respeitada a sua cultura e tradição. Sendo assim, a nova ordem constitucional deverá ecoar produzindo efeitos por toda legislação infraconstitucional, principalmente quanto à competência da justiça federal para processar e julgar os indígenas, devendo assim ser revistas as jurisprudências majoritárias dos Tribunais Superiores, bem como as do STF, tendo como ponto inicial o cancelamento da Súmula 140 do STJ. No âmbito do direito penal, os indígenas, devido a sua hipossuficiência, deverão ser vistos, quando da análise da culpabilidade, de forma diferente da do cidadão comum. Deve ser respeitada a diversidade cultural, assegurada a partir da Constituição Federal. Desta feita, esta pesquisa buscará, por meio de pesquisas realizadas na jurisprudência do STF, STJ e de decisões dos juízes e tribunais, demonstrar que a referida Carta, ao criar um Estado Pluriétnico, no qual é dado um tratamento diferenciado às minorias, em particular aos indígenas, surge daí a necessidade do cancelamento da súmula 140 do STJ, bem como a importância da realização de laudo antropológico, como condição para aplicação de pena nas infrações penais praticadas por indígenas. Espera-se, com isso, chamar a atenção do judiciário para a nova ordem constitucional, tendo em vista que tramita na Câmara dos Deputados o Estatuto da Sociedade Indígena (PL N° 2.057-93) e do anteprojeto de lei do Senado Federal de nº 156/09, que prevê de forma expressa a obrigatoriedade do exame antropológico, passando pela análise da culpabilidade a ser realizada no erro de proibição.

Palavras-chave: Julgamento de indígenas, Diversidade Cultural, Constituição Brasileira de 1988, Nova Ordem.

ABSTRACT

The present study aims at bringing debate to the question of jurisdiction to adjudicate Indian, when the same set up as an author or victim of crime. The 1988 Constitution, in tribute to cultural diversity, has given a new treatment to the Indian, through which must be respected their culture and tradition. Thus, the new constitutional order should produce echo effects throughout constitutional legislation, especially regarding the jurisdiction of federal courts to adjudicate the natives and should therefore be reviewed jurisprudence majority of the Superior Courts, as well as the Supreme Court, with the point initial cancellation of Precedent 140 of the STJ. In criminal law, indigenous people, due to its adequacy should be seen when examining the guilt, so different from the ordinary citizen. It must be respected cultural diversity, assured the Federal Constitution. This time, this research will seek, through research conducted in the jurisprudence of the Supreme Court, Supreme Court and decisions of courts and judges, demonstrate that the Charter, to create a multiethnic state in which it is given a different treatment to minorities, particularly the natives, there arises the need for the cancellation of 140 of the Supreme Court docket, as well as the importance of conducting anthropological report, as a condition for imposition of penalty on criminal offenses committed by Indians. It is hoped, therefore, appeal to the judiciary to the new constitutional order, considering that in progress in the House of Representatives the Statute of Indigenous Society (PL No. 2057-93) and the draft bill of the Senate No. 156 / 09, which provides expressly for compulsory anthropological examination, through the analysis of culpability to be held in error ban.

Keywords: Trial of Indigenous, Cultural Diversity, the 1988 Brazilian Constitution, New Order.

LISTA DE SIGLAS

Ac. – Acórdão

AGU – Advocacia Geral da União

AM- Amazonas

CC- Conflito de Competência

CF – Constituição Federal

CIMI- Conselho Indianista Missionário

CNPI - Comissão Nacional de Política Indigenista

CP – Código Penal

CPP- Código de Processo Penal

FONAJE- FORUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS

FUNAI- Fundação Nacional do Índio

HC- Habeas Corpus

IBGE- Instituto de Geografia e Estatística

ISA- Instituto Socioambiental

Min- Ministro

MPF- Ministério Público Federal

MS- Mato Grosso do Sul

OIT-Organização Internacional do Trabalho

PFE/FUNAI- Procuradoria Federal Especializada junto à Fundação Nacional do Índio

PL- Projeto de Lei

RANI- Registro Administrativo de Nascimento Indígena

R.SJRJ- Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

RE- Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

SPI- Serviço de Proteção aos Índios

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJRR- Tribunal de Justiça de Roraima

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I.....	15
DIREITOS DOS INDÍGENAS PREVISTOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES, CONVENÇÕES INTERNACIONAIS, LEIS E NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	15
1. AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES A DE 1988 E O TRATAMENTO DADO AOS INDÍGENAS	15
1.1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (5 DE OUTUBRO DE 1988) E O TRATAMENTO DADO AOS INDÍGENAS.....	18
1.2 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS	20
1.2.1 Instrumento Internacional da OEA: Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano (III), de 1940.....	20
1.3 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DA ONU: CONVENÇÕES 29, 107 E 169 DA OIT E A DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS DE 2007.....	20
1.4 ESTATUTO DO ÍNDIO-LEI Nº 6.001/73 E A POLÍTICA DE INTEGRAÇÃO.....	26
1.4.1 Caso Paulinho Paiakan: Leading Case Ausência de atenuação da pena Artigo 56 do Estatuto do Índio.....	30
1.5 CASO BASÍLIO: LEADING CASE JURISDIÇÃO PENAL INDÍGENA PREVISTA NO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO.....	32
1.5.1 Entrevistas com autoridades Federais que atuaram no “Caso Basílio”.....	34
CAPÍTULO II.....	36
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR INFRAÇÕES PENAIS PRATICADOS POR ÍNDIGENAS, NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E STF E NA LEI.....	36
2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS QUE JUSTIFICAM A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR INFRAÇÕES PENAIS PRATICADOS POR ÍNDIOS ASSISTIDOS PELA FUNAI.....	36
2.1 A JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ DETERMINANDO A ASSISTÊNCIA DA FUNAI EM CRIMES PRATICADOS POR INDÍGENAS	39

2.1.1 ENTREVISTA COM O DOUTOR FERNANDO MACHIAVELLI PACHECO PROCURADOR DA REPÚBLICA SOBRE A RECENTE DECISÃO DO STJ.....	43
2.2 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR INDÍGENA COM FUNDAMENTO NOS ACORDOS INTERNACIONAIS.....	43
2.3 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR INDÍGENA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 109, XI	45
2.4 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE INDÍGENAS	48
2.5 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR INDÍGENA PREVISTO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	51
2.5.1 Entrevista com autoridades federais sobre a competência da Justiça Federal para processar e julgar indígenas.....	52
CAPÍTULO III	58
A SÚMULA 140 DO STJ E OS CONFLITOS DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR INFRAÇÕES PENAIS PRATICADOS POR ÍNDIOS.....	58
3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O SURGIMENTO DA SÚMULA 140 STJ	58
3.1 CONFLITO DE JURISDIÇÃO E DE COMPETÊNCIA	59
3.2 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SÚMULA 140 DO STJ	61
3.2.1 Entrevista com autoridades federais e autoridades Estaduais sobre a Súmula 140 do STJ.....	66
3.3 O CANCELAMENTO DA SÚMULA 140 STJ	69
CAPÍTULO IV	72
OBRIGATORIEDADE DO EXAME ANTROPOLÓGICO PARA OS CRIMES PRATICADOS POR INDÍGENAS PARA O CUMPRIMENTO DO REGIME ESPECIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA	72
4 FUNDAMENTOS PARA REALIZAÇÃO DE EXAME ANTROPOLÓGICO	72
4.1 REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE LAUDO ANTROPOLÓGICO	73
4.2 EXAME ANTROPOLÓGICO DETERMINADO PELO JUIZ APÓS PARECER DO PROCURADOR DA REPÚBLICA.....	76
4.3 O EXAME ANTROPOLÓGICO E A APLICAÇÃO DO ERRO DE PROIBIÇÃO PREVISTO NO CÓDIGO PENAL.....	78
4.4 DA OBRIGATORIEDADE DE LAUDO ANTROPOLÓGICO PARA O CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME ESPECIAL PARA O INDÍGENA.....	79

4.5 A JURISPRUDÊNCIA DO STF PARA APLICAÇÃO DO REGIME ESPECIAL PARA CRIMES PRATICADOS POR INDÍGENAS	80
4.6 JURISPRUDÊNCIAS DO STF PARA ANULAR A CONDENAÇÃO DE INDÍGENA POR AUSÊNCIA DE EXAME ANTROPOLÓGICO	83
4.7 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DE RORAIMA AFASTANDO O ESTATUTO DO ÍNDIO PARA O INDÍGENA “INTEGRADO”	85
4.8 ENTREVISTA COM AUTORIDADES FEDERAIS E ESTADUAIS SOBRE A REALIZAÇÃO DE EXAME ANTROPOLÓGICO	86
CONCLUSÃO.....	90
REFERÊNCIAS	94
ANEXOS	102
ANEXO 1 - Entrevista com o Procurador da República	103
ANEXO 2 – Entrevista com Procurador da AGU, Dr WILSON PRÉCOMA.....	111
ANEXO 3 – Entrevista com Juiz Federal- HELDER GIRÃO BARRETO	120
ANEXO 4 – Entrevista com Procurador Geral de Justiça do Estado de Roraima DOUTOR FÁBIO STICA.....	124

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa tem por objeto demonstrar que, a partir da constitucionalização do pluralismo na Constituição de 1988 e da harmonização do direito brasileiro à ordem internacional dos direitos indígenas, importantes alterações devem ocorrer no sistema jurídico nacional, que a afetarão diretamente a aplicação da norma penal ao indígena.

Para que se possa concretizar a pluralidade e a diversidade concedida ao índio pela Constituição, foi feita uma análise sobre a competência da lei para o julgamento de crimes praticados por indígenas, a partir da Súmula 140, do STJ, bem como da obrigatoriedade da realização do exame antropológico. Constatou-se que, pela nova ordem constitucional, tal competência é da Justiça Federal, e a referida súmula deve ser cancelada. Já, quanto à aplicação da pena, deve ser realizado o exame antropológico, para que se saiba o grau de conhecimento da ilicitude quando da prática do crime pelo indígena.

Verificou-se, ainda, que nos casos julgados pelos Tribunais Superiores, ao se aplicar o ordenamento vigente ao indígena, em situação de crime, a decisão tem sido de forma conflitante.

O estudo em questão foi desenvolvido através de uma base teórica, com pesquisa e análise da legislação, jurisprudência e doutrina pertinentes, enfocando o tratamento constitucional dado aos indígenas nas Constituições brasileiras, nos Tratados e Convenções Internacionais. Partiu-se de uma abordagem dedutiva, apresentando o plano geral da formulação dos direitos indígenas e sua “evolução”, para a análise da condição jurídica do indígena no plano pós-Constituição de 1988.

A pesquisa teve como vertente a imputabilidade penal do índio antes da Constituição de 1988 e seus reflexos jurídicos e doutrinários através de pesquisa indireta, por força do que dispõem o artigo 231, da Constituição Federal de 1988, tendo como referência a obrigatoriedade do exame antropológico e o cumprimento da pena em regime especial.

A etapa final do trabalho de pesquisa consistiu da análise integrada dos elementos, fatos e dados levantados, permitindo a compreensão dos acontecimentos jurídicos e a interpretação jurisprudencial que envolveu os indígenas entre o ano de 1986 a 2012. Nessa parte, utilizou-se o método de pesquisa bibliográfica, sendo as decisões jurisprudenciais e as obras doutrinárias as fontes principais analisadas.

Tal análise e a interpretação dos dados foram realizadas a partir do confronto do levantamento analítico e teórico das fontes pesquisadas. A pesquisa teve como suporte os

dados que foram colhidos nas jurisprudências junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Justiça Federal, Justiça Estadual, Defensoria Pública, FUNAI, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República e outros órgãos relacionados às questões indígenas. Verificou-se haver conflito entre a justiça federal e a estadual para o processamento de infrações penais praticadas por indígenas, bem como a necessidade da realização do exame antropológico como condição de procedibilidade da ação penal.

Parte da pesquisa foi conduzida utilizando-se a estratégia metodológica de estudo de casos, uso de entrevistas com autoridades federais e estaduais que atuam nas questões criminais no Estado de Roraima. A partir disso, buscou-se traçar similaridades e discrepâncias nos casos dos julgamentos dos índios.

O trabalho de pesquisa passa a ser relevante, já que vivem no Brasil cerca de 817 mil índios. Destes, 315 mil vivem nas cidades e 512 mil em áreas rurais, o que corresponde a 0,4% da população brasileira, de acordo com o censo 2010 do IBGE.

Sendo assim, deve ser reexaminada a jurisprudência que ainda predomina, em grande parte construída no século passado sob o pálio de ultrapassada visão etnocêntrica e integracionista, que cuidava dos índios como categoria obrigada ao desaparecimento.

Observou-se que a discussão precisa girar em torno da efetividade dos direitos indígenas dentro dos processos judiciais que tramitam em todo o país, avaliando-se, assim, como o Estado-juiz garante, ou não, o direito a essa parcela da população brasileira detentora de uma cidadania diferenciada.

A questão indígena é tão polêmica que tramita, há mais de vinte anos, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 2.057/91 (Estatuto das Sociedades Indígenas), voltado aos povos indígenas. Hodiernamente, o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, trata da questão criminal em dois artigos: o artigo 56, o qual dispõe do regime especial de semiliberdade, que será avaliado pelo juiz conforme o grau de “integração” do indígena; e o 57, que dispõe sobre a jurisdição indígena, a qual orienta que “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”.

Verificou-se, durante o trabalho de pesquisa, que o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima deixou de aplicar o Estatuto do Índio, por considerar o indígena “integrado” e sobre o mesmo argumento o STJ deixou de aplicar regime especial de semiliberdade.

Buscou-se afastar a ideia ultrapassada da integração, na qual foi apresentada a evolução histórica do arcabouço jurídico penal indigenista, tanto no plano constitucional,

quanto no infraconstitucional, bem como nos tratados e acordos internacionais firmados pelo Brasil.

O principal reflexo jurídico pós-constitucional quando da prática de infração penal por indígena é o reconhecimento do direito à alteridade, com o qual faz surgir um novo paradigma para a análise da aplicação da pena, além do seu regime especial de cumprimento.

Outra questão que tem surgido, quando há prática de infrações penais por indígenas, tem sido a competência para o julgamento dessas infrações. Ora o tribunal entende ser da justiça federal, ora da justiça estadual, gerando assim um conflito de competência que vai até o STJ e pode chegar até ao STF. Deve-se observar que os conflitos existentes são decorrentes da aplicação da Súmula 140 do STJ.

Constatou-se durante a pesquisa que existe jurisprudência do STF, afirmando que a ausência do laudo antropológico é causa de nulidade absoluta e pode ser discutida a qualquer tempo, não sendo atingida pela preclusão.

Embora o juiz, para aplicar a pena a uma infração penal praticada por indígena, tenha o livre convencimento motivado, a análise da culpabilidade deve ser feita com o auxílio de profissionais habilitados (antropólogos, sociólogos e psicólogos), respeitando-se assim os direitos do indígena e de sua comunidade.

O legislador vem fazendo a sua parte, o que falta é o poder judiciário cumprir, rejeitando a denúncia por falta de condições da ação, quando a mesma não estiver acompanhada do laudo antropológico.¹

Cabe ao direito penal brasileiro proteger os bens jurídicos fundamentais de cada indivíduo e da sociedade, por meio de um conjunto de normas. Definir e prever um conjugado de sanções punitivas aos indivíduos que cometem condutas ofensivas à vida, a liberdade, à segurança e a outros bens guardados pela Constituição Federal de 1988.

Verifica-se que, com a promulgação da Constituição de 1988, a análise da culpabilidade não poderá ser aferida dentro do elemento da imputabilidade, mas sim no elemento do potencial conhecimento da ilicitude dentro do erro de proibição previsto no artigo 21 do código penal.

O principal reflexo jurídico pós-constitucional, quando da prática de infração penal por indígena, é o reconhecimento ao direito à alteridade, do qual faz surgir um novo paradigma para a análise da aplicação da pena, bem como do seu regime especial de cumprimento.

¹ Cf. Art. 395, II CPP.

Por fim, entende-se que cabe ao sistema jurídico adequar sua intervenção, para eliminar as contradições presentes nesta sociedade organizada por um Estado e um Direito que se consideram universais, sob o signo da igualdade formal, mas que na verdade negam, escondem e reprimem a imensa diversidade existente.

O trabalho de pesquisa foi dividido em quatro capítulos assim organizados:

No capítulo I, foi tratado dos direitos dos indígenas previstos nas Constituições anteriores, bem como os principais instrumentos internacionais de proteção ao índio de que o Brasil faz parte. Fez-se uma contextualização da evolução histórica das Constituições quanto ao tratamento dado pelo Estado aos indígenas, a sua organização social, cultural, costumes, línguas, crenças, e o direito às terras tradicionalmente ocupadas. E a partir de qual momento, na Constituição, o índio passa a ter a proteção do Estado para as questões jurídicas de natureza criminal.

Destacou-se, nessa parte, o conflito existente entre o Estatuto do Índio, a Constituição Federal de 1988, com Convenção 169 da OIT e com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007.

No capítulo II, foram verificados os conflitos de competência existentes entre a justiça federal e a estadual para processar e julgar infrações penais praticadas por indígenas, para os quais a Constituição de 1988 prevê a competência da justiça federal, e a Súmula 140 do STJ afirma ser da justiça comum estadual.

No capítulo III, foram analisados os conflitos existentes entre as decisões dos Ministros do STJ e STF, tendo por fundamento a Súmula 140 STJ.

No capítulo IV, tratou-se da obrigatoriedade do exame antropológico, quando do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, a partir do momento em que o índio autor da infração venha ser reconhecido como indígena por sua comunidade.

Na conclusão, são apresentadas considerações que se julgaram necessárias, bem como os vislumbres que um trabalho desse porte proporciona.

CAPÍTULO I

DIREITOS DOS INDÍGENAS PREVISTOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES, CONVENÇÕES INTERNACIONAIS, LEIS E NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES A DE 1988 E O TRATAMENTO DADO AOS INDÍGENAS

A Constituição Imperial de 1824, outorgada pelo imperador, conferiu ao Brasil a forma de Estado Unitário que nasce no Brasil imperial através da Constituição do Império de 1824, estabelecendo governo monárquico representativo². Constituído por quatro poderes: Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judicial e o Poder Moderador³.

Quanto à cidadania, nessa Carta, o índio sequer foi considerado brasileiro, no Título 2 da Constituição do Império que trata da nacionalidade⁴.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho comenta em seu livro:

A primeira constituição brasileira, a Imperial de 1824, não se referiu a negros e índios, no pressuposto de que todos seriam livres e cidadãos, conforme o receituário da nova lei ocidental. Eram apenas discursos, como se sabe, os negros continuaram escravos e os índios jamais foram integrados como cidadãos à comunhão nacional.⁵

Guilherme Madi, citando Manuela Carneiro Cunha, definiu bem a situação dos indígenas no seguinte trecho do discurso do Deputado Montesuma que, segundo ela, representava a opinião geral:

“Os índios não são brasileiros no sentido político em que se toma: eles não entram conosco na família que constitui o império” (apud Guilherme 2009 (sic)).

Como a Constituição de 1824 não tratou do índio, o Decreto 426, de 24 de julho de 1845, estabeleceu uma estrutura administrativa para ocupação da terra, civilizar e integrar o indígena à sociedade “branca”, ficando os mesmos aos cuidados da Igreja.

² C.f. Art. 3. O seu Governo é Monarchico Hereditario (sic), Constitucional, e Representativo.

³ C.f. Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial (sic).

⁴ C.f. Art. 6. São Cidadãos Brasileiros (sic).

⁵ C.f. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renacer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006. P. 124

A ideia principal era ocupar as terras com os indígenas e, ao mesmo tempo, através da igreja, civilizá-los e integrá-los.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho assim comenta sobre a ocupação das terras pelos primeiros habitantes do Brasil, diz ele:

Pouco tempo depois, 1850, iniciou-se a preocupação legal com as terras indígenas. A Lei nº 601, de 18/9/1850, inaugurou uma nova diretriz para ocupação territorial brasileira, revogando definitivamente a legislação portuguesa e estabelecendo novos conceitos jurídicos que permanecem até hoje, como terras devolutas, registro de imóveis e reservas indígenas. Ainda sem abandonar a ideia integracionista, a legislação brasileira avança no sentido de garantir aos índios “restantes” alguns direitos sobre a terra que ocupavam.⁶

A Constituição de 1824 foi omissa em relação aos indígenas. Omissão que também se repetiu na primeira Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, a qual instituiu a forma de Estado Federação, e o governo Republicano em substituição à monarquia⁷.

A Constituição de 1934 foi a primeira Constituição Republicana a dar ao índio um status constitucional o ter o direito à terra⁸.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho comenta:

É pacífico que, a partir da Constituição de 1934, o direito sobre as terras indígenas pode ser oposto a qualquer outro, porque aquela Constituição assim estabeleceu. Na realidade, aquele momento foi a constitucionalização das garantias às terras indígenas⁹.

Foi a Constituição de 1934 que passou a tratar partir da competência privativa da União para legislar sobre questões indígenas e, ao fazê-la, **constitucionalizou a integração do indígena**¹⁰ (grifo nosso).

⁶Cf.. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renacer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006. P. 88

⁷C.f. Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.

⁸C.f. Art. 129 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

⁹C.f. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renacer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006. P. 124

¹⁰C.f. Art. 5º - Compete privativamente à União:

XIX - legislar sobre:

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Todas as constituições posteriores passaram a dispor no texto que a União legislaria sobre a integração dos indígenas, exceto a Constituição de 10 de novembro 1937, não fez referência nenhuma sobre a competência para legislar ou integrar o indígena, mas manteve o direito à posse da terra aos indígenas.

A Constituição de 1946 manteve o direito à posse da terra nos mesmos termos das Constituições anteriores¹¹ confirmando a competência da União para legislar sobre a incorporação dos “silvícolas” à comunhão nacional.

Já a Constituição Republicana de 1967, também tratou da questão das terras indígenas, no entanto de forma mais abrangente permitindo o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.¹²

Por fim, passou a ser da competência da União, legislar sobre a incorporação dos índios na comunidade nacional¹³.

A Emenda Constitucional número 1 de 17 de outubro de 1969, deu a posse permanente as terra ocupada pelos silvícolas, reconhecendo o direito de usufruto exclusivo das riquezas existentes e tornando nulo todo e qualquer ato que tem por objeto o domínio ou a posse da terra, não sendo dada aos ocupantes qualquer direito à indenização¹⁴.

Ao legislar sobre indígenas manteve a política da integração dos mesmos na sociedade dominante.

A política da integração do indígena prevista nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e na de 1969 irá influenciar diretamente na lei nº 6.001 de 1973, conhecida como Estatuto do Índio.

¹¹C.f. Art. 216 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

¹²C.f. Art. 186 – É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

¹³C.f. Art. 8º - Compete à União:

XVII - legislar sobre: o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;

¹⁴C.f. Art. 198 – As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

1.1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (5 DE OUTUBRO DE 1988) E O TRATAMENTO DADO AOS INDÍGENAS

A Constituição de 1988 foi a que a mais se preocupou com os indígenas, ao reconhecer a sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como permitir o ingresso, em juízo, na defesa dos seus direitos.

A Constituição de 1988, a exemplo das constituições anteriores, considerou as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como bem da União, visando proteger os bens naturais do solo e a exploração dos recursos minerais existentes em áreas indígenas.

As constituições anteriores determinaram a competência da União para legislar sobre os indígenas e previa, em seu texto, a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional, o constituinte de 1988 afastou totalmente a ideia ultrapassada da integração do indígena à comunhão nacional que, infelizmente, vem influenciando nas decisões dos juízes e tribunais como se verificará na jurisprudência que se firmou por força do Estatuto do Índio e da Súmula 140 do STJ.

A Constituição de 1988, ao estabelecer novos preceitos constitucionais para os povos indígenas, onde passou a reconhecer aos índios o direito de serem diferentes, devendo assim ser respeitada a diversidade existente dos grupos formadores da sociedade brasileira.

Os direitos consagrados aos povos indígenas foram resultado de amplo acordo político que envolveu partidos políticos, segmentos da sociedade civil, bem como movimentos apoiadores interessados na questão indígena durante a Assembleia Nacional Constituinte, possibilitando um incremento da proteção dos direitos humanos e, mais especificamente, da proteção dos direitos dos povos indígenas no Brasil.

A Constituição de 1988 foi um divisor de água para as questões indígenas ao dar a esse grupo um tratamento especial determinando a competência da justiça federal para tratar das questões relacionadas à disputa sobre direitos indígenas bem como determinando a atuação da FUNAI. Sendo assim, numa interpretação conforme a Constituição, deve o índio ser processado e julgado na justiça federal ainda que se trate de interesse individual.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho comenta:

Em geral estão omitidos também os direitos individuais que são reflexos dos direitos coletivos, como os direitos culturais, à organização social, ao idioma etc., direitos que somente podem existir individualmente se existirem coletivamente. Estes direitos são, na verdade, o exercício individual de

direitos coletivos, sendo, portanto coletivos na melhor acepção do termo e, também, na sua acepção omitida¹⁵.

Sendo assim, o respeito ao direito de ser diferente influenciará nas questões criminais, tantos nas legislações como tratamento dado pelo poder judiciário.

A Constituição Federal de 1988 ao atribuir a competência para a justiça federal de processar e julgar as questões indígenas passou também a atribuir constitucionalmente a atuação do Ministério Público (MP) para a defesa dos direitos dos índios, segundo o artigo 129¹⁶.

A Constituição permite que o índio seja tratado de forma diferenciada como demonstra a assessora Jurídica do Núcleo de Direitos Indígenas, em seu artigo intitulado “Direitos Culturais dos Povos Indígenas – Aspectos do seu reconhecimento”, publicado na obra “Os direitos indígenas e a Constituição”¹⁷:

À luz da Constituição em vigor, portanto, os povos indígenas deixaram de ser consideradas culturas em extinção, fadadas à incorporação na assim denominada comunhão nacional, nos moldes do que sempre fora o espírito a reger a legislação brasileira desde o início do processo de colonização em nosso país. Toda a legislação anterior continha referências expressas à integração ou à assimilação inevitável e, por outro lado, desejável dos índios pela sociedade brasileira. A nova mentalidade assegura espaço para uma interação entre os povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois que se funda na garantia do direito à diferença.

A Constituição de 1988 deu um novo tratamento para a população indígena ao respeitar as diversidades existentes e quebrando o paradigma das constituições anteriores, pondo um fim na política de integração que vigorou nessas constituições por um período de 54 (cinquenta e quatro) anos¹⁸.

¹⁵ C.f. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006. P. 171.

¹⁶ C.f. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

¹⁷ C.f. LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. *Direitos Culturais dos povos Indígenas – Aspectos do seu reconhecimento*. In: Juliana Santilli. *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: NDI/Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 228.

¹⁸ A primeira constituição a dispor sobre integração foi a de 1934.

1.2 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

1.2.1 Instrumento Internacional da OEA: Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano (III), de 1940.

O Instituto Indigenista Americano é um organismo especializado da OEA sediado no México.

O primeiro Congresso Internacional na cidade de Patzcuaro, em 24 de fevereiro de 1940, com a finalidade de institucionalizar a integração do índio, seguindo um novo modelo constitucionalismo, iniciado no de 1917 que estava sendo implementado no México¹⁹.

Foi ratificado por 17 países e encontra-se vigente²⁰.

No Brasil, a Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano, foi promulgada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 55, de 17 de julho de 1953.

O Instituto Indigenista Interamericano por ter natureza de um tratado vincula os Estados membros tendo como um dos objetivos fundamentais colaborar na coordenação das políticas indigenistas dos Estados membros e promover trabalhos de pesquisa e treinamento de pessoas dedicadas ao desenvolvimento das comunidades indígenas.

Esse novo modelo de integração do índio na sociedade dominante influenciou diretamente na política indigenista do Brasil especificamente no Estatuto do índio lei nº 6.001/73²¹.

1.3 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DA ONU: CONVENÇÕES 29, 107 E 169 DA OIT E A DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS DE 2007

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é um organismo especializado da Organização das Nações Unidas, que fica sediada em Genebra na Suíça. Passou a se interessar

¹⁹ Pesquisa realizada no site < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20090918_01.pdf > em 22 de novembro de 2012

²⁰ Pesquisa realizada no site < <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96port/96PortCap7.1.htm> > em 22 de novembro de 2012.

²¹ C.f. Art. 4º Os índios são considerados:

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.

pelas questões indígenas após a organização ter constatado que os nativos das colônias europeias estavam expostos a condições de trabalho desumano (OIT, 2004).

O Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo n.º 24, de 29 de maio de 1956, o texto da Convenção n.º 29 da Organização Internacional do Trabalho concernente à Trabalho Forçado ou Obrigatório, adotada pela Conferência em sua Décima Quarta Sessão realizada em Genebra, 28 de junho de 1930 (com as modificações da Convenção de Revisão dos artigos finais, de 1946).

A Convenção n.º 29 da OIT foi promulgada, pelo Presidente Juscelino Kubitschek, por meio do decreto nº 41.721 de 25 de junho de 1957²².

Roseane Lacerda Freitas, ao citar Fergus Mackay, 1999:146²³, afirma que

No ano 1926, a Organização formou um Comitê de especialistas para investigar as condições de trabalho dessas comunidades indígenas e reconheceu a necessidade de ser criar mecanismo de proteção a essas comunidades que resultou, em 1930, da Convenção nº 29 sobre Trabalho Forçoso (apud Lacerda 2009).

A Organização Internacional do Trabalho verificou que o trabalho forçoso previsto na Convenção 29 da OIT não era exclusividade da comunidade indígena, sendo assim, a ONU e a OIT retomaram os estudos sobre trabalhadores indígenas para que servisse de base para a elaboração da Convenção 107 da OIT.

A Convenção 107 da OIT foi intitulada Convenção sobre as Populações Indígenas e Tribais e aprovada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em 27 de junho de 1957, depois de terem sido decididas diversas propostas relativas à proteção e à integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes.

O Congresso Nacional aprovou pelo decreto legislativo número 20, de 1965, a Convenção nº 107 da OIT.

A Convenção nº 107 foi promulgada pelo Presidente Castelo Branco por meio do Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966. Por ser um tratado internacional ratificado pelo Estado membro tinha um caráter vinculante.

Por ser uma norma internacional de caráter geral, tem como finalidade principal facilitar as providências indispensáveis para assegurar a proteção das comunidades em jogo,

²² Pesquisa realizada no site <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41721.htm> no dia 20 de julho de 2012

²³ Fergus Mackay é especialista nas em direitos humanos e direito dos povos indígenas.

vinculando sua integração progressiva²⁴ nas respectivas comunidades nacionais e a melhoria de suas condições de vida ou de trabalho²⁵.

A Convenção nº 107 da OIT, como vimos acima, por ter natureza de um tratado tem caráter vinculante e política principal integrar o índio à comunidade dominante, foi ratificada por 14 países.

Apesar de ter avançado em relação à Convenção do Instituto Indigenista Americano, a Convenção 107 foi motivo de críticas a partir da segunda metade do século XX, tendo em vista que várias constituições passaram a reconhecer os direitos individuais e coletivos das comunidades indígenas. Assim agindo, passou a respeitar as diversidades culturais.

Um fator negativo da OIT 107 e que irá influenciou a política indigenista brasileira é que já trazia no seu preâmbulo uma política integracionista nos seguintes termos: ***Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes***²⁶ (grifo nosso).

Na mesma linha, segue Artigo 2º da lei que trata dos princípios dispondo que: “competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e a sua integração progressiva na vida dos respectivos países”.

Os programas previstos na OIT 107 compreendiam medidas que tinham por finalidade criar possibilidades de integração nacional, com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações.

A questão criminal é tratada no artigo 10, no qual se assegura que os Estados membros deverão tratar a questão indígena por meio de uma lei especial (a Convenção 107 da OIT influenciou diretamente na elaboração da lei nº 6.001/73).

Com a evolução do direito internacional e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo e com o surgimento do constitucionalismo latino-americano, a partir da última década do século XX, inaugurou-se um novo ciclo de reformas constitucionais que repercutiu diretamente na Constituição de 1988, sendo assim a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho decidiu que fosse revisada a Convenção 107 da OIT, tendo sido adotando em Genebra em 27 de junho de

²⁴ C.f. Artigo 2º da OIT 107

²⁵ C.f. Artigo 6º da OIT 107

²⁶ C.f. Ementa da OIT 107

1989, a Convenção nº 169, que será denominada Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais.²⁷

A Convenção nº169 da OIT foi o primeiro documento internacional no Brasil a tratar de temas fundamentais em relação às populações tradicionais, tendo como destaque o direito dos povos indígenas a terra e aos recursos naturais, a não discriminação e a viverem e se desenvolverem de maneira diferenciada, segundo seus costumes.

Do ponto de vista constitucional e da própria convenção, houve uma quebra do modelo de tratamento dos povos indígenas pelos Estados, ao reconhecer o seu direito de controlar as suas próprias instituições e definir suas prioridades de desenvolvimento, dando fim ao modelo de tutela indígena.

A Convenção entrou em vigor internacional em 5 de setembro de 1991 e no Brasil em 25 de julho de 2003, nos termos de seu art. 38.

O Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo n.º 143, de 20 de junho de 2002, o texto da Convenção n.º 169 da OIT sem alteração do seu texto original.

A OIT nº 169 foi promulgada, pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no dia do índio, 19 de abril, por meio do decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004. Por ser um tratado internacional ratificado pelo Estado membro, tem um caráter vinculante.

A Convenção 169 da OIT, da mesma forma da Constituição de 1988, quebrou o modelo existente na OIT 107, que tinha uma política integracionista a qual tanto influenciou o estatuto do índio²⁸.

As Constituições anteriores bem como a atual reconhecem o direito às terras habitadas pelos índios, ou seja, os direitos a terra são anteriores à formação do próprio Estado, existindo independentemente de qualquer reconhecimento oficial, como ficou demonstrado na homologação da área indígena Raposa Serra do Sol²⁹.

A Convenção 169 trata das terras indígenas nos artigos 13 a 19 garantindo aos índios o direito a terra e a ao seu território, e o acesso aos recursos naturais; reconhecendo próprio direito consuetudinário, assim como direitos relativos ao trabalho, saúde, comunicações, o desenvolvimento das próprias línguas, bem como educação em seu próprio idioma.

²⁷ C.f. Preâmbulo da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, OIT 169.

²⁸ Povos Indígenas do Brasil disponível em< <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/convencao-oit-sobre-povos-indigenas-e-tribais-em-paises-independentes-n%20-169>>. Acesso em 22 de abril de 2012

²⁹ O ministro Menezes Direito, do Supremo Tribunal Federal (STF), ao proferir o seu voto-vista sobre a reserva indígena Raposa Serra do Sol, foi favorável à demarcação contínua das terras da região, mas apresentou dezoito condições a serem obedecidas pela população indígena. São elas:

18 – Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.

A Constituição de 1988, sendo quase um ano anterior à convenção da OIT 169/89, garantiu aos índios em vários dispositivos³⁰ todos os direitos previstos nos artigos 13 a 19 que tratam das terras tradicionalmente ocupadas.

A Convenção 169 da OIT, nos artigos 8º, 9º e 10, trataram de orientar os Estados membros quando da aplicação da legislação nacional as questões criminais praticadas por indígenas.

O artigo 8º tem como finalidade principal dar proteção aos direitos dos povos indígenas para conservar seus costumes e garantia de respeito pela sua integralidade, com pleno gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais compatíveis com o sistema jurídico nacional.

O artigo 9º da Convenção 169 da OIT prevê o direito dos povos indígenas de conservar seus costumes e de ter instituições próprias, bem como ter respeitados os métodos através dos quais “recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos por seus membros”, desde que tais métodos não sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional e nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Assim dispo o artigo 231 da Constituição cominado com o artigo 9º da OIT passou a reconhecer a “jurisdição indígena”, ou seja, o direito dos indígenas aplicarem punição aos membros de suas comunidades.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho comenta:

Ao ser assim, a Constituição abre as portas para o reconhecimento da jurisdição indígena, quer dizer ao reconhecimento das normas internas que regem as sociedades indígenas e os processos pelos quais se decidem os conflitos por ventura ocorrentes³¹.

O artigo 9º da OIT trata do que deve ser observado pelo juiz quando da fixação da pena, bem como do regime especial que deverá ser adotado buscando evitar a pena privativa da liberdade.

Na prática para cumprimento de pena pelos indígenas, quando condenados, a jurisprudência não tem observado as diversidades culturais sendo as mesmas ignoradas pelo poder do judiciário. Luis Fernando Villares, criticando esse posicionamento escreve:

³⁰ C.f. Art. 20. XI - Art. 22. XIV - Art. 49.XVI -Art. 176. § 1º

³¹C.f. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renacer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006. P. 162

Esse entendimento jurisprudencial evidentemente é contrário à previsão genérica do art. 231 e a diversas previsões da Convenção 169 da OIT que impõem o dever de que a aplicação da legislação penal pelos Estados leve em conta a organização social, os costumes e os sistemas jurídicos dos povos indígenas³².

Conclui-se que a Convenção 169 da OIT afastou totalmente a política de integração do indígena que vigorou em todas as Constituições anteriores com exceção da Constituição de 1988.

O mais novo documento internacional de proteção ao indígena é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas que, após 22 anos de espera, no dia 13 de setembro de 2007 que foi ratificado por 143 votos a favor. Constitui um marco histórico para o movimento indígena que, durante anos, viu suas tentativas para conseguir que seus direitos fossem respeitados se desfazendo nos corredores das Nações Unidas.

A Declaração dos Povos Indígenas é bem mais avançada do que a Convenção 169 porque, além de reconhecer os direitos coletivos, passou a proteger os individuais bem como os direitos humanos³³.

O Secretário-Geral das Nações Unidas, Ban Ki-moon, comemorou a adoção da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas. Disse ele:

A adoção da Declaração é um marco na história da ONU, quando os Estados-Membros e os representantes dos povos indígenas conseguiram se reconciliar com seu doloroso passado e se dispuseram a seguir em frente no caminho que leva aos direitos humanos, à justiça e ao desenvolvimento para todos. O Secretário-Geral pede aos governos e à sociedade civil que incluam em suas agendas as questões indígenas para que o estabelecido na Declaração se transforme, urgentemente, em realidade³⁴.

A Declaração de Direitos dos Povos Indígenas deve proteger os mais de 370 milhões de pessoas que integram estas comunidades no mundo todo.

É importante destacar que a Declaração das Nações Unidas Sobre os Povos Indígenas não estabelece novos direitos, reconhecendo direito à sobrevivência, dignidade e bem-estar desses grupos.

³² C.f. VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p 310

³³ C.f. Artigo 1 Os indígenas têm direito, a título coletivo ou individual, ao pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o direito internacional dos direitos humanos.

³⁴ C.f. Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Consulta realizada no dia 22 de junho de 2012 no site: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Q&A_Declaracao.pdf

Dispondo ainda que os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos³⁵.

Apesar de não ser um instrumento vinculante para os Estados membros que tenham adotado, a Declaração da ONU serve para estabelecer diretrizes para as políticas e legislações nacionais que dizem respeito aos povos indígenas.

A Convenção 169 prevê a jurisdição indígena³⁶, na qual é permitida aplicação de sanção penal aplicada pela comunidade. A Declaração dos Povos Indígenas por duas vezes se referiu à jurisdição: uma no artigo 5º (...) próprias instituições políticas, jurídicas (...), e outra no artigo 34 (...) manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos (...).

Verifica-se que a comunidade indígena pode criar uma estrutura jurídica própria com fundamento na OIT 169, na Declaração dos Povos Indígenas e, ainda, por se tratar de garantias individuais e coletivas previstas no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal a qual assegura que podem surgir outros direitos, provenientes de tratados e acordos internacionais³⁷.

Por fim, como a Convenção 169 da OIT possui status de um tratado internacional, e com a adesão pelo Brasil da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, reconhecendo os direitos desses povos, como sendo direitos humanos, a Convenção 169 da OIT passar a ser uma norma supra legal³⁸.

1.4 ESTATUTO DO ÍNDIO-LEI Nº 6.001/73 E A POLÍTICA DE INTEGRAÇÃO

O primeiro regime tutelar dos índios tem sua origem no período republicano e teve início com a criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, mais tarde apenas Serviço de Proteção aos Índios (SPI), foi criado pelo Decreto-Lei nº 8.072, de 20 de junho de 1910, que tinha por finalidade proteger os índios e, ao mesmo tempo, assegurar a implementação de uma estratégia de ocupação territorial do País.

³⁵ C.f. Artigos 5 e 34 da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas

³⁶ Já existe previsão no artigo 57 da lei nº 6001/73

³⁷ C.f. Art. 5º § 2º 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.

³⁸ Norma supra legal: é um tratado sobre direitos humanos é superior à lei e inferior à Constituição.

O segundo regime tutelar dos índios teve início em plena ditadura militar, com a extinção do SPI foi criada a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) pela Lei nº 5.371- de 5 de dezembro de 1967.

O Estatuto do Índio surgirá seis anos de depois da criação da FUNAI, no dia 19 de dezembro de 1973, sancionado pelo Presidente da República a lei nº 6.001 que passou a regular a situação jurídica dos índios ou silvícolas, bem como das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional³⁹.

O Estatuto do Índio divulgara e respeitara as normas da Convenção 107 da OIT⁴⁰ ou seja, integrar ou índio a comunidade dominante. Com a sanção da lei nº 6.001/73, o Decreto nº 5.484 de 27, de junho de 1928⁴¹, foi revogado tacitamente.

O conceito índio ou silvícola é feito pela própria lei que define índio como “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico, cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.” Na interpretação do artigo, parece que, para ser índio, não basta ter nascido índio (individual) e de ter origem e ascendência pré-colombiana, é necessário que seja reconhecido como índio pelo grupo (interesse coletivo) ou pela comunidade indígena.

Segue nesse entendimento o Juiz da 4ª Região, Manoel Lauro V. de Castilho, no artigo intitulado “A Competência nos crimes praticados por ou contra indígenas”, no qual afirma o seguinte:

(...) Essa conceituação é discutível, mas tem pelo menos o mérito de consignar que é índio aquele indivíduo que é reconhecido pelos índios como índio também, o que é um bom referencial antropológico. Esse reconhecimento manifestado pelo constituinte refere-se aos índios, cabendo ter por certo que índio, para o direito brasileiro, não é só aquele nacional descrito na legislação infraconstitucional, mas todo aquele que pela expressão constitucional dos arts. 231 e 232 reúnam características jurídico-antropológicas que, como tal, o identifique. Em outros termos, índio não é só aquele que a definição legal identifica, senão aqueles reconhecidos pela sua comunidade e os que, por sua organização social, costumes, tradições e crenças, possam assim ser. (...) ⁴²

³⁹ C.f. Lei nº 6001/73- Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

⁴⁰ C.f. Estatuto do índio Art. 66. O órgão de proteção ao silvícola fará divulgar e respeitar as normas da Convenção 107, promulgada pelo Decreto nº 58.824 de 14.07.1966.

⁴¹ Regulava a situação dos índios nascidos no território nacional.

⁴² C.f. CASTILHO, M.L.V. A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas. Disponível em: www.ajufergs.org.br/revistas/rev01/01_dr_volkmer.pdf. Acesso em 25 nov. 2012.

O Estatuto, seguindo na mesma linha do artigo 2º do Decreto nº 5.484/28, reiterando a política da integração, dividiu os índios em três categorias: isolados, em vias de integração e integrados⁴³.

Sobre a política da integração dos indígenas comenta Zaffaroni e Pierangeli:

As disposições da lei 6.001, de 19.12.1973 (Estatuto do Índio) que mostram uma aparente atitude de benevolência para com o indígena, fazem uma constante referência a sua “integração”, esquecendo-se que o silvícola está integrado, só que à sua cultura, acerca da qual nós estamos tão desintegrados como ele da nossa. De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que comparte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com a imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. (...) O homem da civilização industrial inventou, no seu gabinete de elucubração, uma “mentalidade primitiva”, que foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas⁴⁴.

Verifica-se que, quando o artigo 4º inciso III, do Estatuto se refere ao índio integrado deve ser feita uma leitura com o artigo 4.º parágrafo único do Código Civil da Lei nº 10.406 de 2002⁴⁵. De acordo com essa normatização, a capacidade civil dos índios será regulada por legislação especial.

O regime tutelar do índio, a que o Código Civil se refere está previsto no artigo 7º a 11 da Lei nº 6.001/73, segue a norma de direito comum, ou seja, do Código Civil, cabendo ao órgão de assistência que nesse caso é a FUNAI.

Nesse sentido temos o comentário de Ela Wiecko Volkmer e Paula Bajer Fernandes:

A legislação especial em vigor é a lei nº 6.001/73, de 19.12. 73, editada no contexto da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1/69. Essa lei faz classificação dos índios conforme seu grau de contato com a sociedade nacional, distinguindo-os em isolados, em vias de integração e em integrados. Os primeiros e os segundos têm uma restrição em sua capacidade civil devendo ser assistido pelo órgão indigenista. Entretanto, essa classificação é incompatível com a Constituição Federal de 1988⁴⁶.

⁴³ C.f. Art. 4º da Lei nº 6001/73

⁴⁴ C.f. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, v1: parte geral**. 6 ed., rev. E atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005 p 555

⁴⁵ C.f. Art. 4º da Lei nº 10.406/02- São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de exercê-los: Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

⁴⁶ C.f. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. Revista de informação Legislativa- Senado Federal –ano 46, nº183, p 59, jul/set 2009.

O tratamento penal dado ao indígena tem previsão nos artigos 56 e 57 do Estatuto.

O artigo 56 da lei é dirigido ao juiz que, em caso de condenação do indígena, deve observar o grau de “integração”, ao atenuar a pena que deverá ser cumprida no regime especial de semiliberdade; já o artigo 57 da lei trata do que a doutrina chamada de jurisdição indígena, na qual será tolerada a aplicação de sanções penais aplicadas pelos próprios indígenas.

Ocorre que o artigo 56 e 57 não devem ser interpretados isoladamente. É necessário que seja feita uma leitura junto com o artigo 3º inciso I do mesmo instituto.

Sendo assim, para ser considerado índio não basta ser um indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana, ele tem que ser identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distingam da sociedade nacional.

Para que se entenda melhor o artigo 56 da lei, tem-se que entender o sistema trifásico da aplicação da pena. Na primeira fase o juiz fixa a pena base fazendo uma análise no juízo de reprovação do crime, o comportamento da vítima etc⁴⁷.

Na segunda fase, será verificado pelo juiz se existem causas de agravamento da pena ou causa que possa atenuar a pena⁴⁸. É interessante destacar que o artigo 56 do estatuto refere-se à atenuação da pena. Esta somente será possível se a pena base não for fixada no mínimo da pena prevista em abstrato, por exemplo: se utilizarmos o crime de estupro que prevê pena de reclusão, tendo como pena mínima de 6 (seis) anos e o máximo de 10 (dez) anos.

Nesse exemplo, se o juiz fixar a pena base no mínimo 6 (seis) anos, ainda que existam circunstâncias que possam atenuar a pena, ela não vai poder ser atenuada, ou seja, não vai poder ficar abaixo de 6 (seis) anos.

Na verdade, o código penal não faz qualquer vedação. Ela ocorre devido aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹, que fizeram surgir a seguinte Súmula:

SÚMULA Nº 231

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Na terceira fase, que trata das causas de aumento e a diminuição de pena, pode o juiz trazer a pena fixada na segunda fase abaixo do mínimo legal, dependendo apenas do quantum

⁴⁷ C.f. Artigo 59 do Código Penal

⁴⁸ C.f. Artigos 61 e 65 do Código Penal

⁴⁹ C.f. RESP 46182 DF 1994/0008847-7 DECISÃO: 04.05.1994 DJ 16.05.1994 Pág. 11779
RESP 7287 PR 1991/0000481-2 DECISÃO: 16.04.1991 DJ 06.05.1991 Pág. 5674
RESP 15691 PR 1991/0021212-1 DECISÃO: 01.12.1992 DJ 03.05.1993 Pág. 7812
RESP 32344 PR 1993/0004667-5 DECISÃO: 06.04.1993 DJ 17.05.1993 Pág. 9373

determinado na lei. Ou seja, se na segunda fase tivesse o juiz mantido a pena em 6 (seis) anos, ela poderia ser reduzida de 1/3 (redução de 2 anos) a 2/3 (redução de 4 anos)⁵⁰.

Sendo assim, o artigo 56 do estatuto na parte que dispõe sobre atenuação, deverá ser modificado pelo legislador no novo estatuto não como atenuante mais sim como causa de diminuição de pena.

1.4.1 Caso Paulinho Paiakan: Leading Case Ausência de atenuação da pena Artigo 56 do Estatuto do Índio

Em junho de 1992, BENKAROTY KAYAPÓ, também conhecido como PAULINHO PAIAKAN, e esposa, IREKRAN, foram acusados de ter estuprado⁵¹ a estudante Sílvia Letícia (na época, com 18 anos), numa chácara próxima a Redenção no Estado do Pará. A estudante disse, naquele momento, que, depois de ser agredida pelo casal com mordidas e socos, foi obrigada a manter relações sexuais com o índio. O crime chocou o mundo, pois PAIAKAN era conhecido por fazer campanhas em vários países defendendo a floresta e os povos indígenas⁵².

PAIAKAN foi denunciado em concurso com a sua mulher como incursos no art. 213, cominado com o art. 214 e 29 do Código Penal, por haver estuprado a estudante Silvia Letícia da Luz Ferreira, no dia 31 de maio de 1992.

O Meritíssimo juiz de Direito da Comarca de Retenção (PA), ao prolatar a sentença, assim se manifestou:

(...) no mérito, considerou insuficiente as provas existentes nos autos para responsabilizar PAULINHO PAIAKAN, pelo estupro, certo, ainda, que IREKRAN tenha assumido toda a culpa pelas lesões causadas à vítima, não pôde, contudo, ser responsabilizada penalmente pelo estupro, por ser mulher, **e por quaisquer dos crimes, por não ser emancipada.** Assim, julgo totalmente improcedente a denúncia **absolvendo os réus** (...) ⁵³.

Com a absolvição dos acusados, o Ministério Público apelou para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará pugnando pela anulação da sentença e a condenação nos termos da denúncia.

⁵⁰Havendo a redução de 1/3 o indígena irá cumprir 4 anos de pena e a 2/3 irá cumprir 2 anos de pena.

⁵¹C.f. Art. 213 CP. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

⁵² <http://www.estadao.com.br/arquivo/cidades/2002/not20020223p15722.htm> consulta realizada 14 de out 2012

⁵³ C.f - HC 9403/PA.

No dia 17 de dezembro de 1998 a Egrégia 2ª Câmara Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará assim se manifestou:

(...) unanimidade conheceu do recurso provendo-o em parte, condenando PAULINHO PAIAKAN e IREKRAN nas penas do art. 213, cominado com o art. 29 do Código Penal, absolvendo a denunciada da imputação do art. 214 do mesmo diploma legal, aplicando respectivamente, as penas de 6 (seis) anos de reclusão, por ser indígena **reconhecidamente aculturada e integrada à sociedade civilizada, a ser cumprida em regime integralmente fechado** e 4 (quatro) anos, devendo ser cumprida em regime de semiliberdade (...)⁵⁴

Verifica-se no estudo de caso acima, o Juiz de primeiro grau absolveu os acusados de todos os crimes, no entanto como Tribunal de Justiça do Estado do Pará anulou a sentença e considerando ambos imputáveis PAULINHO PAIAKAN foi condenado a 6 (seis) anos de reclusão e regime fechado e IREKRAN, por ter sido considerada semi-imputável teve a pena 6 (seis) anos diminuída de 1/3 e foi condenada a 4 (quatro) anos em regime de semiliberdade.

Com a condenação acima, a defesa PAIAKAN e IREKRAN, impetrou habeas corpus no STJ cujo relator foi o Ministro José Arnaldo da Fonseca que assim votou:

A presente impetração tem como fundamento a nulidade do acórdão prolatado pela Segunda Câmara Penal do Tribunal de Justiça do Pará, com fito que seja cassado o julgado e prolatado nova decisão⁵⁵.

(...) Ante ao exposto denego a ordem em relação ao paciente BENKAROTY KAYAPÓ.

No que se refere á mulher IREKRAN KAYAPÓ, cabe conceder de ofício a ordem para afastar a condenação, pois se encontra qual proclama o acórdão impugnado em **fase de aculturação**.

Verifica-se que PAULINHO PAIAKAN foi condenado sem ter sido aplicado o regime de semiliberdade bem como a atenuação da pena, contrariando o artigo 56 do estatuto do índio.

O ministro relator José Arnaldo do STJ assim se justificou por não ter atenuado a pena:

Mesmo assim, a atenuação da pena não pode levá-la para aquém 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, ao crime hediondo⁵⁶.

⁵⁴ Idem

⁵⁵ Voto do HC nº 9.403- Pará

⁵⁶ HABEAS CORPUS Nº 11.862 - PARÁ (2000/0002143-1)

Constata-se no estudo de caso envolvendo o cacique PAIAKAN e seguindo a linha de interpretação, que deve ser dada ao artigo 56 cominado com o artigo 3º inciso I do estatuto do índio, a condenação da forma como ocorreu foi injusta. No que pese ao juiz não poder atenuar a pena abaixo do mínimo, conforme manifestação do ministro José Arnaldo do STJ, entende-se que apesar do condenado falar português, dirigir automóvel e ser eleitor, não deve ser afastada aplicação da lei especial nº 6001/73.

1.5 CASO BASÍLIO: LEADING CASE JURISDIÇÃO PENAL INDÍGENA PREVISTA NO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO⁵⁷

O Estatuto do Índio, em seu artigo 57, permite aplicações de sanções penais ou disciplinares para os seus membros, desde que não revistam de caráter cruel ou infamante proibindo também a pena de morte.

O legislador infraconstitucional de 1973 ao admitir aplicações de sanções pelos próprios índios, passou a reconhecer a jurisdição penal indígena, principalmente após a promulgação de Constituição de 1988, da promulgação da OIT 169 e da Declaração dos Povos Indígenas.

O reconhecimento desta jurisdição própria coaduna-se com o pensamento dos doutrinadores que atualmente vêm estudando o problema do índio frente ao direito penal como repercussão do caso Basílio ocorrido em Roraima.

Edson Damas da Silveira Comenta:

Os encaminhamentos do caso Basílio, ainda em Roraima, circulam por fóruns de discussão nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito, merecendo inclusive estudos mais aprofundados em sede de monografias e até de dissertação de mestrado, que certamente em breve se encontrará publicada⁵⁸.

⁵⁷ C.f.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.

⁵⁸ Silveira, Edson Damas da. Sociambientalismo amazônico./Edson Damas da Silveira./1ªed. (ano 2008), 1ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2009. p 143

O caso Basílio trata-se de homicídio ocorrido no dia 28 de janeiro ano de 1986, no então Território de Roraima, praticado pelo Tuxaua⁵⁹ Basílio Alves Salomão que matou outro indígena de nome Valdenísio da Silva. Ambos pertencentes à etnia Macuxi.

Sendo assim, 1986, Basílio foi submetido ao Conselho de sua comunidade. Conforme seu costume e tradição, ele deveria cavar a cova de Valdenísio e enterrá-lo. Foi condenado à pena de desterro e, como consequência, foi afastado do convívio de seus familiares e da comunidade, até que esta resolvesse quando o infrator poderia voltar⁶⁰.

No dia 31 de maio de 2000, ou seja, 14 anos depois da condenação pela comunidade indígena, Basílio foi novamente submetido à justiça, porém, desta vez, na justiça comum.

Por ter praticado um crime doloso contra a vida e, como ambos eram indígenas, por força do que dispõe o artigo 109, da Constituição, houve interesse da União e Basílio foi submetido ao Tribunal do Júri da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Roraima⁶¹.

Ao ser interrogado Basílio disse:

“quando um índio comete um crime é costume ele ser julgado pelos próprios companheiros tuxauas”; disse mais: “é um costume que vem antes dos tempos de seus avôs”.

As testemunhas confirmaram o costume. Foi ouvida a antropóloga que fazia parte da sessão, esta também confirmou o costume Macuxi.

Desta forma ao ser perguntado aos jurados sobre o quesito 3º do julgamento: *“o fato de o acusado ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade indígena é suficiente para isentá-lo de pena neste julgamento?”*.

Decidiu o corpo de jurados por sete votos a zero, ou seja, a unanimidade que “sim”, reconhecendo o direito à jurisdição indígena, e à resolução de seus conflitos conforme seus próprios costumes. Isso confirma os preceitos da Constituição Federal, hoje, da Convenção 169/OIT e da recente Declaração dos Povos Indígenas.

Com a absolvição, passou-se a reconhecer a existência da jurisdição indígena, como afirma Edson Damas da Silveira:

⁵⁹ O Tuxaua é eleito pela comunidade indígena para o desempenho de uma política – representativa.

⁶⁰ Silveira, Edson Damas da. Sociambientalismo amazônico./Edson Damas da Silveira./1ªed. (ano 2008), 1ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2009.p 128

⁶¹Processo do Júri 92.0001334-1, 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Roraima.

O simbolismo social produzido pela absolvição do índio Basílio em nossa “sociedade branca” é de uma magnitude sem precedentes, pois foi a primeira vez que o Judiciário de Roraima formalmente reconheceu a existência de um sistema jurídico paralelo, legítimo e com efeitos inibidores sobre a jurisdição estatal⁶².

O Juiz do “caso Basílio” comenta:

A Justiça, em seu sentido mais puro, foi feita. A Justiça dos índios. Esperamos que se faça Justiça para os índios⁶³.

Verifica-se que, no caso acima, foi aplicada pela comunidade indígena do Território de Roraima a penalidade pela própria comunidade Macuxi nos termos do artigo 57 do Estatuto do Índio.

1.5.1 Entrevistas com autoridades Federais que atuaram no “Caso Basílio”

Como parte integrante do trabalho de pesquisa científica, para que possa servir de fundamento para os argumentos apresentados sobre o tema jurisdição indígena foi realizada entrevista⁶⁴ com autoridades federais que atuaram no “Caso Basílio”. Os entrevistados são o Juiz Federal Doutor Helder Girão Barreto e o Procurador Federal, Doutor Wilson Prêcoma.

Entrevistando o juiz do “caso Basílio” Doutor Helder Girão assim comentou:

Eu, no meu livro, cito que é um caso julgado, um caso concreto julgado por um júri Federal em Roraima (...) o caso Basílio, ou seja, no conhecimento de uma jurisdição indígena (...) nós temos que pensar em outra vertente, uma vertente supraestatal e uma infraestatal, ou seja, seria legítimo que as comunidades indígenas, criando seus próprios direitos, resolvessem por si mesmas, sem interferência de nenhum poder do estado, os seus conflitos, inclusive de natureza criminal. Esse é um tema que merece reflexão mais aprofundada. (...) a comunidade a que ele pertencia se reuniu segundo seus usos costumes e tradição resolveu aplicar-lhe as seguintes penas: degredo e segregação, para que ele ficasse afastado da própria família, mulher e filhos (...). O Júri Federal (...) reconheceu que ele já tinha sido punido e resolveu não puni-lo mais (...) esse processo foi arquivado sem recurso de nenhuma das partes. Isso que eu chamo de Jurisdição Indígena (...) esses conflitos esses direitos produzidos pelas comunidades não serem submetidos ao Estado⁶⁵.

⁶²Silveira, Edson Damas da. Sociambientalismo amazônico./Edson Damas da Silveira./1ªed. (ano 2008), 1ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2009. p 149

⁶³ Barreto, Helder Girão. Direitos Indígenas: vetores constitucionais./Helder Girão Barreto./1ª ed. (ano 2003), 4ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2009. P 120

⁶⁴ A entrevista completa encontra-se anexa a dissertação

⁶⁵ Entrevista realizada no dia 7 de fevereiro de 2013, nas dependências da Primeira Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado de Roraima, com o Juiz Federal o Dr. Helder Girão Barreto.

O Procurador Federal Doutor Wilson Précoma comenta na entrevista os bastidores do “caso Basílio”.

Os trabalhos feitos em cima do resultado do caso Basílio não entraram nas questões dos bastidores. Então, às vezes, isso é olhado somente a partir da decisão do conselho de sentença que anuiu a tese com que já havia sido aplicada no âmbito do direito consuetudinário indígena, mas propriamente junto às comunidades da Serra do Maturuca e do Uiramutan, uma pena de 15 anos, sendo 5 de exílio total e mais 10 de exílio familiar quanto à pessoa do Sr. Basílio. Então, naquele momento eu cheguei ao plenário e disse: “olha, ninguém pode condenar ninguém duas vezes pelo mesmo crime; ou nós vamos respeitar o direito indígena, ou ele vai ficar mais 15 anos na cadeia se for condenado”. Então ele vai pagar duas vezes pelo mesmo crime? (...) Naquele momento, o SINE e a Igreja Católica, junto com a FUNAI, estavam antagônicas às posições que eu tinha tomado quanto à defesa dos direitos indígenas... Porque o SINE e a FUNAI queriam que eu defendesse algumas causas da questão do Canaimé e eu dizia que eram causas difíceis de serem sustentadas em juízo (...) é um trato iminentemente cultural e que a sociedade envolvente não tinha compreensão que o Canaimé era um matador de índio. (...) Com relação ao caso do Basílio, era justamente uma situação *sui generis*, eu tinha que trazer a aplicação do direito consuetudinário (...) Como o universo era público, é notório, sabido por todos, no âmbito daquelas comunidades. Então, o próprio réu falou o que aconteceu, admitiu o crime e assumiu crime... A forma que ele teve que levar o corpo, abrir um buraco e enterrar, toda a humilhação e ficou no sopé do Monte Roraima durante 5 anos e depois mais 10 anos. Então como foi uma situação provada à luz do momento era isenção de pena, só que depois eu disse: “não, não, isso aqui é um *no bis in idem*, ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo crime”. E aí foi acolhida a tese e o Ministério Público acabou anuindo a nossa tese, e houve uma absolvição sumária por parte do conselho de sentença, que naquela área era soberano (...) ⁶⁶

Conclui-se que, a jurisdição indígena, que tem previsão no Estatuto do Indígena (art. 57), na CF 88 (art. 231), na OIT 169 (art. 9º) e, em 2007, na Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (art.5º e 34), foi aplicada a um crime ocorrido em 1986.

No entanto, a jurisdição indígena está limitada aos casos de conflitos penais internos aos grupos indígenas, não se aplicando nos casos de sanções penais ou disciplinares que afrontam os direitos humanos internacionalmente conhecidos, bem como aos que se aplicam à pena de morte.

Quanto ao Paulinho Paiakan, foi afastado Estatuto do Indígena, a Constituição Federal de 1988, a OIT 169 e a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas por está “integrado” à sociedade dominante, tendo sido aplicada a jurisprudência “dominante” a Súmula 140 do STJ.

⁶⁶ Entrevista realizada no dia 5 de fevereiro de 2013, nas dependências Advocacia da Geral da União do Estado de Roraima, com o Procurador Federal Doutor Wilson Précoma.

CAPÍTULO II

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR INFRAÇÕES PENAIS PRATICADOS POR ÍNDIGENAS, NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E STF E NA LEI

2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS QUE JUSTIFICAM A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR INFRAÇÕES PENAIS PRATICADOS POR ÍNDIOS ASSISTIDOS PELA FUNAI

A Constituição de 1988 dispõe em seu artigo 109, incisos I, III, IV e XI, sobre competência dos juízes federais para processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, as causas fundadas em tratado, e os crimes praticados em detrimento de bens, serviços e interesse da União bem como o processo e julgamento de causas envolvendo disputa sobre direitos indígenas assegurando-lhes, além dos direitos, garantidos a todos pelo ordenamento em vigor, o direito de serem tratados como grupos humanos detentores de identidade e cultura próprias. Estas devem ser respeitadas e protegidas pelo Estado e pela sociedade. Sendo assim a Constituição Federal rompeu o paradigma de incorporação dos índios à cultura da sociedade envolvente, reconhecendo a existência de diferentes formas de sociedade, e assentou a identidade pluriétnica do Brasil. Como afirma Pereira (s.d), em seu artigo o Estado Pluriétnico:

A Constituição de 1988 representa uma clivagem em relação ao sistema constitucional pretérito, uma vez que reconhece o Estado brasileiro como pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação, mediante a qual sub-repticiamente se instalam entre os diferentes grupos étnicos novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os a renegarem a si próprios ao eliminar o específico de sua identidade, ora submetendo-os forçadamente à invisibilidade.

A Constituição, no seu artigo 231, reconhece a diversidade étnica e cultural do Brasil, estabelecendo respeito à cultura, aos valores determinadores do comportamento do grupo minoritário em particular para a sociedade indígena reconhecendo ainda o direito do indígena sobre as terras que tradicionalmente ocupadas.

Agindo assim, a Constituição Federal impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas, na realidade existencial

do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida, seguindo nesse entendimento uma vez sendo atingido o direito a vida e a propriedade do indígena a competência para processar e julgar será da justiça federal por entender a jurisprudência haver disputa sobre os direitos indígenas⁶⁷, entendo que essa expressão é muito restritiva, bem parecida com as Constituições anteriores em que as leis davam um tratamento legal etnocentrismo⁶⁸, hoje ultrapassado, que tanto influenciou todas as normas que tratavam dos indígenas, determinando assim a obrigação de adotarem a cultura vigente e se inseriu como podemos verificar nas disposições contidas no Estatuto do Índio que distingue os índios como isolados, em vias de integração e integrados e que vem ainda hoje influenciando as decisões de juízes e tribunais.

Numa interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, tendo como fundamento os artigos 22, 109, 129, 131, 231, e com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na Convenção 169 da OIT e na Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, é forçoso concluir ser da competência da Justiça Federal o julgamento de todos os casos que envolvam índios, inclusive nos casos de infrações penais por eles praticados.

A Constituição Federal no artigo 109 trata da competência da Justiça Federal para processamento e julgamentos de crime nos incisos IV, V, VI, IX e X, para as questões criminais envolvendo indígenas em tese cabem no inciso I, III, IV e XI.

Deve-se observar que os direitos previstos na Constituição não podem ser interpretados restritivamente, mas sim forma extensiva.

A FUNAI⁶⁹ foi criada em 5 de dezembro de 1967. É uma pessoa jurídica de direito público da União, que tem entre suas finalidades garantir respeito à pessoa do índio e às instituições e comunidades tribais, e que tem o poder de polícia nas áreas indígenas e nas matérias atinentes à proteção do índio⁷⁰.

Sendo assim, a FUNAI deve atuar em todos os inquéritos policiais, prisões em flagrante e infrações penais praticadas por índios ou contra índios. Tal medida é de extrema importância, tendo em vista o dever legal da União de tutelar a defesa dos direitos dos índios, em particular a vida e a liberdade.

⁶⁷ C.f. Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: XI - a disputa sobre direitos indígenas.

⁶⁸ Dicionário Aurélio- Tendência de pensamento a considerar as categorias, normas e valores da própria sociedade ou cultura como parâmetro aplicável a todas as demais.

⁶⁹ C.f. Lei nº 5.371, 5 de dezembro de 1967 - Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências.

⁷⁰ C.f. Art. 1º VI - despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista; VII - exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

Cabe a FUNAI, fazer proposta de anteprojeto de lei que venha alterar o Estatuto do índio, para tornar obrigatória a realização de exame antropológico quando da prática de crimes por aqueles que a comunidade considera índio.

No ano de 1973, foi aprovado o Estatuto do Índio e do decreto⁷¹ que estruturou a Polícia Federal. Sendo assim, ao ocorrer infrações penais praticadas por indígena é obrigatória a presença da FUNAI e a atuação da Polícia Federal nas investigações.

Verifica-se que, havendo a atuação da FUNAI (autarquia federal) e da Polícia Federal (Órgão do Ministério da Justiça) se faz necessário a intervenção da União.

Para corroborar com as argumentações acima, a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, da Procuradoria Geral da República que trata das populações indígenas e comunidades tradicionais, instaurou o procedimento administrativo de N° 1.32.000.000153/2006-91, referente ao ingresso de policiais civis em terras indígenas para apuração de crime de furto de gado.

O Procedimento administrativo teve como Relatora a Vice-Procuradora-Geral da República Deborah Duprat, onde podemos extrair do relatório que a atuação da polícia civil em área indígena depende de autorização da FUNAI ou de solicitação da Polícia Federal, como pode ser verificada abaixo, no extrato da ata n° 389, de 13 de novembro de 2012:

1. Procedimento administrativo instaurado a partir de notícia de ingresso de policiais civis em terras indígenas sem autorização, para investigar furto de gado.
2. Cabe à FUNAI exercer o poder de polícia administrativa nas áreas indígenas evitando a ocorrência de ilícitos, enquanto que à Polícia Federal compete a apuração dos eventos criminosos ocorridos nessas áreas.
3. A FUNAI e a Polícia Federal têm o dever de atuar em conjunto para que a ordem jurídica nas áreas indígenas seja mantida.
4. A intervenção da Polícia Civil na área indígena somente poderia ocorrer com prévia autorização da FUNAI ou por força de convocação de auxílio pela Polícia Federal.
5. O ingresso em área indígena levado a efeitos sem autorização da FUNAI e independentemente de solicitação de auxílio da Polícia Federal indica violação à ordem jurídica.
6. A despeito de entender que a atividade de polícia judiciária nas áreas indígenas cabe exclusivamente à Polícia Federal, homologo o arquivamento, considerando o longo tempo transcorrido desde a época dos fatos.
7. Voto pela HOMOLOGAÇÃO do arquivamento proposto, com o retorno dos autos à Unidade de origem⁷².

⁷¹ C.f. Decreto n° 73.332, de 19 de dezembro de 1973. Define a estrutura do Departamento de Polícia Federal e dá outras providências.

⁷² Diário Oficial da União, Seção 1, de 13 de novembro de 2012

Santos Filho vai além, afirmando que nos crimes envolvendo indígena a Competência é da Justiça Federal:

Assim, sempre que houver crime em que figure indígena como autor ou vítima, será imprescindível a intervenção da União, por intermédio da FUNAI, cabendo a Polícia Federal, na dicção do art. 1º, inciso IV, alíneas "f" e "i", do Decreto nº 73.332 de 1973, apurar a ação criminosa. Na forma da Súmula 150/STJ, competirá ao Juiz Federal, à luz das informações colhidas na instrução e, sobretudo, com atenção ao estudo antropológico elaborado pela FUNAI, ao preconizado pelo art. 231 da Lei Fundamental, e ao disciplinado no art. 1º, § 2º, da Convenção 169/OIT, decidir sobre a adequação da espécie a uma das hipóteses de competência contidas no art. 109, incisos I, III, IV e XI, da Constituição Federal⁷³.

Portanto, ocorrendo à prática de infração penal em área indígena o poder de polícia será exercido pela Polícia Federal, que tem como atribuição prevenir e reprimir crimes envolvendo indígenas e investigar infrações penais de interesse da União e suas entidades autárquicas.⁷⁴

Já a FUNAI, deve atuar como assistente em todas as fases da investigação, da ação penal e da instrução processual, firmando assim a competência da justiça federal nos termos do artigo 109, inciso I da Constituição Federal.

2.1 A JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ DETERMINANDO A ASSISTÊNCIA DA FUNAI EM CRIMES PRATICADOS POR INDÍGENAS

Verifica-se a que o Estatuto do índio dispõe que a União irá assistir os índios e às comunidades indígenas, ainda não integrados à comunhão nacional, e que a assistência será exercida através do órgão federal de proteção aos silvícolas. A pessoa jurídica responsável para a proteção dos direitos dos índios é a FUNAI⁷⁵.

Em 6 maio de 1988, portanto bem antes da Constituição 2ª Turma do STF decidiu no Habeas Corpus n.º 65.912-8 MG, da Relatoria do Ministro Célio Borja, entendeu competente

⁷³ C.f. SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Apuração e julgamento de crimes praticados por índios. Dourados 4 de abril de 2006. Consulta realizada no Site http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/apuracao_julg.pdf em 12 de abril de 2012.

⁷⁴ C.f. Artigo 1º, IV, f) e i) do Decreto nº 73.332, de 19 de dezembro de 1973.

⁷⁵ C.f. Artigo 2º e 7º da Lei 6.001/73

a Justiça Federal para apreciar uma ação penal por crime de morte cometido por fazendeiros mineiros contra índios Xakriabas (município de Itacarambi/MG).

O Ministro relator entendeu que pelo fato do crime ter-se dado dentro da reserva indígena e por ter ofendido os bens e o interesse dos serviços da FUNAI e da própria União, a justiça federal seria competente para julgar a matéria.

No dia 22 de novembro de 2011, foi publicada uma decisão da Quinta Turma do STJ da Relatoria do Min Gilson Dipp, no Recurso em Mandado de Segurança nº 30.675-AM, onde o indígena denunciado por crime de tóxico pede a assistência da FUNAI.

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO. AÇÃO PENAL. INDÍGENA. ASSISTÊNCIA DA FUNAI. I. Índio denunciado por crime de tóxico que pede assistência da FUNAI, todavia recusada pelo Juiz ao entendimento de que por possuir documentos e viver na cidade o indígena está integrado. II. Habeas corpus, Mandado de Segurança e Apelação, concomitantes, para reformar o indeferimento de assistência e liberdade provisória, e contra a condenação respectivamente. III. **Mandado de Segurança que se conhece, pois o indeferimento da assistência pleiteada pela FUNAI constitui ato administrativo para quem não é parte, dispensando a exigência de inexistência de recurso com efeito suspensivo. IV. Apuração da condição de indígena que deve observar a inteligência constitucional (art. 231 CF) e que não cabe à jurisdição criminal. V. Aferição do direito à assistência legal (art. 11-B, § 6º da Lei 9.028/95) pela autarquia fundacional que compete à Justiça Federal. VI. Recurso em mandado de segurança provido para anular o processo da ação penal desde a denúncia, bem como da sentença e do acórdão, pondo-se o réu em liberdade e remetendo-se os autos à Justiça Federal ⁷⁶.**

No seu relatório, o ministro fundamentou a competência da Justiça Federal:

“O parecer do MPF, quanto a esse ponto, relaciona vários precedentes no sentido de que a *autarquia fundacional* FUNAI inclui-se entre os entes que se sujeitam à competência da Justiça Federal (art. 109, I, CF, aí compreendidas as *causas* de qualquer modalidade e espécie).

Por esta razão, ao pleitear a intervenção a autarquia em referência tinha direito a ter seu requerimento apreciado pela Justiça Federal, do mesmo modo que é à Justiça Federal que cabe definir se a assistência pleiteada é de molde a alterar competência ou não.

Assim se manifestou o ministro Gilson Dipp em seu voto:

De tudo resulta que a sentença e o acórdão que deliberaram sobre a condição indígena integrado do ora recorrente para afastar a pretensão de assistência da FUNAI fez o processo incorrer em duas graves nulidades: a) afirmou ser o réu índio *integrado* e isso não mais existe na disciplina constitucional,

⁷⁶ (Recurso em Mandado de Segurança nº 30675/AM (2009/0200796-2), 5ª Turma do STJ, Rel. Gilson Dipp. j. 22.11.2011, unânime, DJe 01.12.2011).

como de qualquer modo caberia ao juízo civil competente assentar a condição de índio no sentido técnico para submetê-lo ao regime jurídico correspondente; e b) recusou a assistência da FUNAI exercitando competência de jurisdição que não detém em face da autarquia fundacional.

Verifica-se que nesse novo entendimento, o STJ passou a dar uma nova interpretação não somente quanto ao índio integrado, mas também quanto à atuação da FUNAI, que, por ser uma autarquia fundacional federal, é da competência da União processar e julgar nos termos do artigo 109, I da CF por haver interesse da União.

O ministro no seu voto fez ainda referência à convenção da OIT 169, nos seguintes termos:

O Estado brasileiro (Decreto nº 5.051, DO de 20.04.2004) acolheu formalmente, como critério de identificação, a *autoidentificação*, de tal modo que, para fins legais, é indígena quem se sente, se comporta ou se afirma como tal, de acordo com os costumes, organização, usos, língua, crenças e tradições indígenas da comunidade a que pertença.

Por fim, pode-se concluir que a ausência de assistência da FUNAI nos processos criminais é causa de nulidade absoluta, podendo ser discutida a qualquer tempo, bem como a incompetência da justiça Comum Estadual para julgar crimes praticados por indígenas, conforme se manifestou o Ministro Gilson Dipp:

Ante esse quadro, o mandado de segurança impetrado para reformar a decisão judicial que recusou a assistência deve ser concedido para anular o processo penal *desde o recebimento da denúncia inclusive* (o requerimento da FUNAI é anterior ao recebimento da denúncia) bem assim a sentença e o acórdão, devendo os autos da ação penal serem encaminhados à Justiça Federal do Amazonas para apreciar a denúncia, e se for o caso, daí por diante conduzir a demanda penal como lhe parecer de direito.

Ainda pode-se concluir, que com esse novo entendimento do STJ, os processos em que foi afastada a assistência da FUNAI e a não atuação dos Procuradores da AGU será nulo até a data do recebimento da denúncia.

Com a atuação da FUNAI, a defesa dos direitos individuais e coletivos dos índios será feita pelos Procuradores Federais da Advocacia Geral União conforme disposição da Lei Nº 9.028 de 12 de abril de 1995, que trata do exercício das atribuições Institucionais da Advocacia-Geral da União, que sofreu as alterações pela Medida Provisória nº 2.180-35 de 24 agosto de 2001, e passou a determinar a representação judicial da União, quanto assuntos referentes às fundações federais. Nos casos de infrações penais praticadas por indígena, a

Procuradoria-Geral da Fundação Nacional do Índio passa a ser responsável pelas atividades judiciais de interesse individual ou coletivo dos índios⁷⁷.

Como a AGU deverá atuar em defesa dos interesses individuais e coletivos envolvendo indígenas, foi publicada a portaria Nº 839, de 18 de junho 2010 pelo Advogado Geral da União, estabelecendo que a Procuradoria-Geral Federal, as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados, as Procuradorias Seccionais Federais, os Escritórios de Representação e a PFE/FUNAI atuarão nas ações cíveis, criminais.

O Procurador da FUNAI seguindo o que determina a lei e a portaria estará agindo na defesa dos direitos ou interesses da União e dos órgãos ou entidades da Administração Federal, estando assim alinhado com Constituição Federal ora por força do artigo 109 ora pelo que dispõem o artigo 231.

Sendo assim ocorrendo uma infração penal praticada por indígena (reconhecido pela FUNAI), caberá legalmente a FUNAI a proteção do índio independente da suposta integração à sociedade, requisito esse que não tem relevância depois da Constituição de 1988, por ser a FUNAI uma fundação federal caberá a representação judicial da União pela Procuradoria Geral da Fundação Nacional do Índio nos termos do artigo 11-B, § 6º da Lei nº 9.028/95.⁷⁸

Como se verifica acima, a Constituição de 1988 trouxe grandes mudanças para comunidade indígena tendo como destaque o direito a alteridade, ou seja, o direito de ser índio.

Assim, percebe-se que a capacidade indígena criminal não deve ser analisada isoladamente no Estatuto do Índio através de parâmetro de integração, pois tal análise serve de base apenas para definir políticas públicas.

O que deve ser analisada é a condição de índio ou não índio por meio de laudo antropológico onde obrigatoriamente haverá a presença da FUNAI, sendo, portanto irrelevante o grau de integração.

Na linha de entendimento do STJ, índio é aquele que se identifica como índio respeitando suas tradições e cultura e sendo ainda reconhecido por sua comunidade.

⁷⁷ C.f. Art. 11B parágrafo 6º da Lei nº 9.028 de 12 de abril de 1995

⁷⁸ C.f. Art. 11-B. A representação judicial da União, quanto aos assuntos confiados às autarquias e fundações federais relacionadas no Anexo V a esta Lei, passa a ser feita diretamente pelos órgãos próprios da Advocacia-Geral da União, permanecendo os Órgãos Jurídicos daquelas entidades responsáveis pelas respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos.

§ 6º A Procuradoria-Geral da Fundação Nacional do Índio permanece responsável pelas atividades judiciais que, de interesse individual ou coletivo dos índios, não se confundam com a representação judicial da União.

Como os índios são tutelados pela FUNAI, e por se tratar de uma fundação pública federal, conforme se verificar no julgado acima a competência para processar e julgar é da justiça federal nos termos do artigo 109, inciso I da Constituição Federal.

2.1.1 ENTREVISTA⁷⁹ COM O DOUTOR FERNANDO MACHIAVELLI PACHECO PROCURADOR DA REPÚBLICA SOBRE A RECENTE DECISÃO DO STJ

Doutor (...) agora esse recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça (...) O que deve acontecer? Vai ser nulo? Essa matéria é uma questão processual? Vai ser uma nulidade absoluta? Ou relativa?

Na verdade em havendo a consolidação que ainda não há por que há jurisprudências nos tribunais federais e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ela ainda é majoritária no sentido de uma aplicação bastante generosa na da Súmula 140, são raros, e esse julgado do ministro Gilson Dipp (...) de qualquer maneira havendo uma alteração de evidencia seria viável a veiculação de tese de nulidade, no entanto devemos lembrar que havendo uma alteração de jurisprudência ela terá que se dar de uma maneira sedimentada, e eventualmente enfrentando a questão (...). Então pode se fixar eventualmente para não gerar uma alteração, no sentido de que a participação da FUNAI é mais ampla o só fato de ela participar já e competência federal, no entanto ela não tendo participado, a justiça estadual tinha sua jurisdição então não poderia se cogitar a sua competência por nulidade em fim isso e uma questão que vai de acordo com a alteração jurisprudencial (...)⁸⁰.

No que pese a determinação na lei da obrigatoriedade da assistência da FUNAI, em todas as questões envolvendo indígena integrado ou não, observa-se que a jurisprudência do STJ e do STF vem entendendo de forma diversa em suas decisões.

2.2 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR INDÍGENA COM FUNDAMENTO NOS ACORDOS INTERNACIONAIS

Com os compromissos internacionais advindos da Constituição de 1988, faz com que o Brasil vem referendar diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, especificamente sobre a questão indígena temos a: Convenção nº 169 da OIT que foi

⁷⁹ A entrevista completa encontra-se anexo no final da dissertação.

⁸⁰ Entrevista realizada no dia 1 de fevereiro de 2013, nas dependências do Ministério Público Federal- Com o Procurador da República.

promulgada pelo Presidente de República por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

Um dos principais pontos da OIT 169 é a autodeterminação; que permite aos povos indígenas o desenvolvimento social e cultural, incluindo sistemas próprios de educação, saúde, financiamento e resolução de conflitos, entre outros.

A Constituição de 1988, apesar de anterior a Convenção, já previa a autodeterminação dos povos indígenas como bem relata Marco Antonio Barbosa⁸¹:

A Constituição brasileira, antes mesmo da Convenção em apreço, já extirpara de nosso sistema jurídico objetivo injusto, inatingível e indesejável pelas populações indígenas, como por exemplo, a sua assimilação. O artigo 5º da Convenção determina que devam ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais dos índios e que deverão ser tomadas devidamente em consideração à índole dos problemas que se lhes colocam, tanto coletiva como individualmente, e que deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos; isso também já está garantido pela lei específica e pela Constituição do Brasil.

Seguindo nessa linha assim dispõem o Artigo 4º da OIT 169:

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.
2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.
3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

Não podemos esquecer, que a OIT 169 que foi promulgado pelo Presidente da República no dia 19 de abril de 2004 é um tratado internacional.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas não possui caráter vinculante, no entanto deixa claro o tratamento que deve ser dado ao índio ao esclarecer que os indígenas possuem direitos coletivos e individuais, tendo pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Seguindo na mesma linha da OIT 169, a Declaração reconhece o respeito à diversidade étnico-cultural dos povos e indivíduos indígenas sendo livres não podendo ser

⁸¹C.f. BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação: Direito à diferença*. São Paulo: Plêiade/ Fapesp, 2001, 227- 231.

submetidos a nenhuma forma de discriminação no exercício de seus direitos, que esteja fundada, em particular, em sua origem ou identidade indígena⁸².

A Declaração afasta qualquer forma de integração forçada, devendo os Estados participantes criar dispositivo de proteção dos povos e indivíduos indígenas⁸³.

Sendo assim, como a Constituição de 1988 prevê uma proteção especial as minorias e em particular aos indígenas e considerando que dentro do Ministério Público Federal existe uma Câmara⁸⁴ para tratar das questões dessas minorias, fica a pergunta: como que uma Súmula pode definir a competência da justiça estadual para julgar infrações penais praticadas por indígenas por entender estar o mesmo integrado?

Portanto, a necessidade de respeitar e promover os direitos dos povos indígenas que por determinação Constitucional, e por ser a OIT 169 um tratado internacional sobre direitos humanos, a competência para o processamento de crime praticado por indígena passa a ser da competência da Justiça Federal.

2.3 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR INDÍGENA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 109, XI

Já quanto ao inciso XI a Constituição não faz qualquer referencia a crime dispondo que: "compete aos Juízes Federais processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas".

Qual a natureza jurídica da expressão "disputa sobre direito indígena"? Civil ou penal?

Helder Girão Barreto em seu livro comenta sobre a natureza jurídica da expressão disputa sobre direitos indígenas:

(...) a "disputa sobre direitos indígenas", a priori, nem é de natureza civil, nem criminal: pode ser uma ou outra. (...)

(...) Embora historicamente a maioria dos conflitos envolvendo indígena tenha sido em virtude da posse da terra e de suas riquezas, nem por isso podemos olvidar que a partir da Constituição Federal vigente foi ampliado significativamente o conteúdo dos direitos indígenas (...).⁸⁵

⁸² C.f. Artigo 2º- Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Indígenas

⁸³ C.f. Artigo 8º- Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Indígenas

⁸⁴ 6ª Câmara de Coordenação e Revisão Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais

⁸⁵ C.f. BARRETO, Helder Girão Direitos Indígenas- Vetores Constitucionais. Curitiba, Juruá, 2009. P 109

A expressão disputa sobre direitos indígenas é muito abrangente, para que se, havendo crime no qual o indígena venha figurar como autor ou vítima a competência seja da Justiça Comum Estadual como afirma Helder Girão Barreto:

Portanto, nosso ponto de vista no sentido de que a competência da Justiça Federal comum estará caracterizada quando a “causa” da disputa, seja ela de natureza cível ou criminal, forem “direitos indígenas”⁸⁶.

Já havendo disputa sobre a terra indígena ou caso venha ser atingida a etnia da comunidade indígena, nesse caso o entendimento que tem sido feito é que a competência é da Justiça Federal conforme podemos verificar na jurisprudência abaixo:

A competência para julgar a ação penal em que imputada a figura do genocídio, praticado contra indígenas na disputa de terras, e da Justiça Federal. Na norma definidora da competência desta para demanda em que envolvidos direitos indígenas, inclui-se a hipótese concernente ao direito maior, ou seja, a própria vida⁸⁷.

Trata-se do Recurso Extraordinário de Nº 179485 do Amazonas, onde se arguiu não ser da competência da Justiça Federal julgar a ação penal relativa a genocídio praticado contra indígenas.

A discussão tinha como justificativa, que não havia previsão na Constituição da competência da justiça federal para julgar o crime de genocídio, e que não poderia ter como fundamento o artigo 109, inciso XI CF, já que a questão não era disputa sobre direitos indígenas.

O Recurso Extraordinário foi julgado no dia 6 de dezembro de 1994 pela Segunda Turma do STF teve como relator o ministro Marco Aurélio que comenta:

“O texto constitucional é de abrangência alargada. revela competir aos juízos federais processar e julgar disputas sobre direitos indígenas. Não há, no dispositivo, qualquer restrição a estes últimos, a envolver, sem dúvida alguma, o bem maior, que é a própria vida. Conforme ressaltado, o genocídio resultou de desavença sobre a utilização de terras e, portanto, usufruto de áreas tradicionalmente ocupada e habitada em caráter permanente pelos indígenas. Daí a competência da Justiça Federal para julgar a ação penal. Destarte, no nosso entender, estar-se-á não só distinguindo onde a Carta da República não o faz, mas também olvidando que a regra do inciso XI do artigo 109 encerra, como objeto primeiro, a submissão de toda ação sobre direitos indígenas (gênero) ao crivo da Justiça Federal”.

⁸⁶ C.f. BARRETO, Helder Girão Direitos Indígenas- Vetores Constitucionais. Curitiba, Juruá, 2009. P 111

⁸⁷ C.f. STF- RE nº 179.485, Rel. Min. MARCO AURÉLIO

Sendo assim, a competência para o julgamento do crime de genocídio passou a ser da Justiça Federal e teve como fundamento o artigo 231 da Constituição cominado com o artigo 109, inciso XI⁸⁸.

Se o fato estivesse ocorrido no ano de 2004, ou seja, após o surgimento da emenda constitucional número 45 de 8 de dezembro de 2004, o fundamento seria no artigo 5º parágrafo 3º cominado com o artigo 109 inciso III⁸⁹ da Constituição Federal, já que a competência para julgar o crime de genocídio tinha previsão em um tratado internacional.

Em outro julgamento, ocorrido no dia 4 de abril de 1995, a Segunda Turma do STF no Habeas Corpus de Nº 71835/MS, que teve como relator o Min. Francisco Rezek, decidiu que crime praticado contra um índio ou por ele, será de competência da Justiça Estadual. No entanto, se o crime ocorrer dentro de reserva indígena, ou que tenha por objeto a cultura indígena, será considerado crime de genocídio sendo, portanto, de competência da justiça federal. Tendo assim gerado a seguinte jurisprudência no ano de 1995:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. ÍNDIO. JUSTIÇA ESTADUAL: INCOMPETÊNCIA. ARTIGO 109-XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Caso em que se disputam direitos indígenas. Todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob a rubrica do inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal.

Habeas Corpus concedido para que se desloque o feito para a Justiça Federal, competente para julgar o caso⁹⁰.

Pode-se verificar acima, no entendimento do STF para afirmar que competência era da justiça federal tendo por fundamento no artigo 109, XI cominado com o artigo 231da CF.

Interessante questão que não foi tratada no **RE nº 179.485**, no ano de 1994, e bem como HC de Nº 71835/MS do ano de 1995 se seria o genocídio um crime doloso contra a vida sendo, portanto da competência do júri ou contra a existência de grupo racial ou étnico onde seria a competência do juiz singular.

A resposta veio no dia 3 de agosto de 2006 no RE 351.487/RR, que teve como Rel. Min. Cezar Peluso, (...) resta-me tão-só negar-lhe provimento, já que, como visto, o delito de genocídio não é crime doloso contra a vida, mas contra a existência de grupo nacional, étnico, racial ou religioso (...).Tendo assim o STF firmado o entendimento que o crime de genocídio

⁸⁸ C.f. Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
XI - a disputa sobre direitos indígenas.

⁸⁹ C.f.Art. 109- Aos juízes federais compete processar e julgar:

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

⁹⁰ C.f. STF: HABEAS CORPUS Nº 71835-3 MATO GROSSO DO SUL

é da competência da Justiça Federal e que não é um crime doloso contra a vida devendo, portanto ser processado e julgado pelo juiz singular.

2.4 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE INDÍGENAS

É da competência privativa da União legislar sobre questões indígenas, sendo assim, no dia 19 de dezembro de 1973, foi sancionado pelo então Presidente da República, EMÍLIO G. MÉDICI, a Lei nº 6.001/73, de iniciativa do legislativo que passou a se chamar Estatuto do Índio.

A competência para legislar sobre a população indígena é da União, assim disposta na Emenda Constitucional nº de 17 de outubro de 1969, que legislava visando à incorporação dos indígenas a sociedade dominante⁹¹.

Com a promulgação da Constituição de 1988, e por ter sido o Estatuto do Índio concebido sobre égide da Constituição anterior, muitos dos seus artigos não foram recepcionados pela atual Constituição que logo na sua leitura afasta a ideia da integração.

Legislar sobre a população indígena é uma competência privativa da União⁹² é importante destacar que na Constituição de 1988 foi suprimida a expressão incorporação à comunidade nacional, e como consequência foi afastada a ideia integracionista prevista no Estatuto do Índio.

Para atender os direitos dos indígenas previsto na Constituição de 1988 foram feitas propostas visando à elaboração de um novo estatuto e entre os anos de 1991 e 1992 foram enviados três projetos lei com a finalidade de substituir a lei nº 6.001/73.

O primeiro Projeto de Lei nº 2057/91 "Estatuto das Sociedades Indígenas", foi elaborado pelo Núcleo de Direitos Indígenas do Instituto Sócio Ambiental foi apresentado na Câmara dos Deputados pelo Deputado Aloísio Mercadante.

O segundo Projeto de Lei nº 2.160/91 "Estatuto do Índio", foi elaborado pelo Poder Executivo e apresentado pela Mensagem nº 598-A/91; e

O terceiro Projeto de Lei nº 2.619/92 "Estatuto dos Povos Indígenas", foi elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário e apresentado pelo Deputado Tuga Angerami.

Foi criada uma Comissão Especial da Câmara, com a finalidade de analisar e dar um parecer sobre os três projetos de lei para o novo Estatuto. Esta comissão realizou vários

⁹¹C.f. Art. 8º Compete à União: XVII - legislar sobre: o) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;

⁹² C.f. Artigo 22 – Compete privativamente à união legislar sobre: XIV – populações indígenas;

debates em torno dos três projetos de lei tendo sido aprovado o Projeto de Lei nº 2.057/91 apresentado pelo Deputado Mercadante.

Como resultado, o relator da Comissão, Deputado Luciano Pizzatto, elaborou um novo documento, chamado "SUBSTITUTIVO AO PL 2.057/91" - que foi o primeiro projeto de lei a tramitar na Câmara dos Deputados.

Sendo assim, o Substitutivo aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 1994, passou a ser a principal proposta com validade jurídica para fins de debate dos povos indígenas.

Atualmente o Projeto de Lei nº 2.057/91, poderá sofrer mudanças pela nova Proposta do Estatuto apresentado pela Comissão Nacional de Política Indigenista de 5 de junho de 2009.

O Estatuto da Sociedade Indígena conceitua o índio de forma coletiva ou individual:

Art. 8º. Para efeito desta lei consideram-se:

II- Índio, o indivíduo integrante ou proveniente de uma comunidade indígena, com a qual mantém identidade de usos, costumes, tradições e é por seus membros reconhecidos como tal;

O Estatuto da Sociedade indígena, seguindo o que dispõe a Constituição, determina que são legitimados para resolver as questões dos indígenas a FUNAI e o Ministério Público Federal:

Art. 28. São partes legítimas para a defesa dos direitos e interesses dos índios e das comunidades indígenas:

I- os índios, suas comunidades e suas organizações;
II- o órgão federal indigenista;
III- o Ministério Público Federal.

Com a atuação da FUNAI e do Ministério Público Federal a competência para processar e julgar indígenas será da justiça federal:

Art. 43. Aos Juízes Federais compete processar e julgar as disputas sobre direitos indígenas.

Tendo como Polícia Judiciária a Polícia Federal:

Art. 44. Nos crimes praticados por índios ou contra índios, a Polícia Federal exercerá a função de Polícia Judiciária.

Verifica se na jurisprudência recente do STJ, ou com a aprovação do Estatuto da Sociedade Indígena, a competência para processar e julgar infrações penais praticadas por índio será da justiça federal.

Já quanto à culpabilidade, a jurisprudência dos Tribunais nas questões indígenas tem na maioria das decisões considerado a imputabilidade do indígena sob a ótica integracionista. Em algumas decisões estes eram considerados inimputáveis ou até mesmo comparados a pessoas de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, como previsto no artigo 26 do Código Penal.

O Estatuto da Sociedade Indígena irá corrigir a distorção que traz o Estatuto do índio na questão da integração, que foi afastada pela Constituição, bem como firma a Competência da Justiça Federal para processar e julgar indígena.

Atualmente o Projeto de lei nº 2.057/91, encontra-se na mesa diretora da Câmara dos deputados desde o dia 20 de junho de 2012⁹³.

O Projeto de lei nº 2057/91, que estava parado na Câmara, ira sofrer modificações com a proposta apresentada pela Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI) de 5 de junho de 2009.

Pela proposta apresentada pela CNPI, a competência para processar e julgar indígenas como autores ou vítimas de infração penal passa a ser da justiça federal, bem como o juiz ao receber a denúncia deverá determinar a realização da perícia antropológica⁹⁴.

Quanto à ação penal dos crimes praticados por indígena contra outro indígena a ação será publica condicionada a representação, podendo o juiz substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar⁹⁵.

Novidade importante trazida pela proposta da CNPI, que segue na linha determinada pela Constituição Federal de 1988, é quanto à atuação da Procuradoria Geral Federal, que passara prestar assistência jurídica criminal por meio da criação de uma Câmara de Coordenação especializada em matérias indígenas, onde podem ser convidados advogados indígenas bem como especialistas para acompanhar seus trabalhos⁹⁶.

Para que possa haver o devido Processo Legal, e o direito à alteridade, ou seja, tratamento diferenciado da sociedade dominante, ambos previstos na Constituição, faz-se necessário um reforma urgente no Código de Processo Penal.

⁹³ Consulta realizada <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569> no dia 17 de fevereiro de 2013.

⁹⁴ C.f. Proposta do Estatuto apresentado pela CNPI de 5 de junho de 2009- Artigo 228 e parágrafo 3º

⁹⁵ C.f. Proposta do Estatuto apresentado pela CNPI de 5 de junho de 2009- artigos 230 e 231

⁹⁶ C.f. Proposta do Estatuto apresentado pela CNPI de 5 de junho de 2009- artigos 235 e 236

2.5 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR INDÍGENA PREVISTO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Para cumprir os preceitos constitucionais impostos pela Constituição de 1988 de respeitar a diversidade do indígena e de sua comunidade em defesa dos seus direitos individuais ou coletivos sejam em razão da matéria ou em razão da pessoa, não seria suficiente apenas criar um Estatuto, tendo em vista que o maior direito que foi dado ao indígena é da autodeterminação, devendo assim ter um tratamento diferenciado nesse sentido assim explica Luiz Fernando Villares:

Os índios têm o direito de permanecerem como índios, mesmo que saiam de seus territórios ou percam partem de suas características étnicas. Para que seja dado maior campo de liberdade possível ao índio e a sua comunidade, a Constituição fez respeitar inúmeros direitos, como as terras de ocupação tradicional, costumes, organização social etc.⁹⁷.

Para acompanhar as mudanças previstas na Constituição Federal de 1988 referentes às questões processuais penais foi montada uma comissão de notáveis para apresentar o anteprojeto para reformar o Código Processual Penal.

O anteprojeto teve como Relator Eugênio Pacelli de Oliveira⁹⁸ e foi apresentado ao Senado Federal no dia 22 de abril de 2009, passando a ser o Projeto de Lei nº 156/09.⁹⁹

Sendo assim, o Projeto de Lei dentro do Título da Competência dispõe: “A competência para o processo penal é determinada pela Constituição da República, por este Código e, no que couber, pelas leis de organização judiciária”¹⁰⁰.

O Projeto de Lei, com a finalidade de por fim aos conflitos de competência existente entre a justiça federal e a estadual nos processos criminais tendo o indígena como autor ou vítima e especificamente para proteger os direitos previstos na Constituição, onde deve ser respeitado o princípio do devido processo legal, da atuação da FUNAI como assistente, da AGU na defesa dos direitos individuais e coletivos, do MPF em defesa dos interesses das minorias e principalmente para proteger o direito a diversidade dos indígenas assim passa a dispor o artigo 95:

⁹⁷C.f. VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p 63

⁹⁸ Procurador Regional da República.

⁹⁹ **Situação:** 23/03/2011 - REMETIDA À CÂMARA DOS DEPUTADOS- Consulta realizada no dia 11 fev 2013.

¹⁰⁰C.f. Artigo 91- PLS nº156/09

Art. 95. Considera-se praticada em detrimento dos interesses da União, autarquias e empresas públicas, além das hipóteses expressamente previstas em lei, a infração penal lesiva a bens ou recursos que, por lei ou por contrato, esteja sob administração, gestão ou fiscalização destas entidades.

§1º Inclui-se na competência jurisdicional federal a infração penal que tenha por fundamento a disputa sobre direitos indígenas, ou quando praticada pelo índio.

§2º Considera-se praticada em detrimento dos serviços federais, a infração penal dirigida diretamente contra o regular exercício de atividade administrativa da União, autarquias e empresas públicas federais.

Pode-se extrair do artigo 95 no seu parágrafo 1º, que havendo infração penal onde exista disputa sobre direitos indígenas a competência será da justiça Federal, como já vem acontecendo. A novidade é que o mesmo parágrafo afirma que: “infração penal quando praticada pelo índio a competência será da justiça federal”.

Com essa nova disposição firmando o entendimento da competência da justiça federal para as infrações penais a Súmula 140 do STJ deve ser cancelada.

Em relação à competência da Justiça Federal e o cancelamento da Súmula 140 do STJ, Ela Wiecko Volkmer de Castilho¹⁰¹ e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa¹⁰² comentando “O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas”:

O dispositivo não permitirá dúvida alguma. Sempre que indígena aparecer como investigado ou acusado em persecução penal, a competência para apuração oficial da verdade, processo e julgamento será da justiça federal. A Súmula 140 do Superior Tribunal de Justiça, que afirma caber à “Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que indígena figure como autor ou vítima”, não terá, portanto, qualquer aplicação¹⁰³.

2.5.1 Entrevista com autoridades federais sobre a competência da Justiça Federal para processar e julgar indígenas

Como parte integrante do trabalho de pesquisa científica, foram realizadas entrevistas¹⁰⁴ com as autoridades federais e estaduais, tendo sido perguntado sobre a competência para processar e julgar indígenas quando autores de infrações penais.

¹⁰¹ Subprocuradora-Geral da República, Doutora em Direito pela UFSC

¹⁰² Procuradora Regional da República, Mestre e Doutora em Direito Processual Penal pela USP.

¹⁰³ C.f. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. Revista de Informação Legislativa- Senado Federal –ano 46, nº183, p 57, jul/set 2009.

¹⁰⁴ A entrevista completa encontra-se anexa a dissertação

Os entrevistados são: o Juiz Federal Doutor Helder Girão Barreto¹⁰⁵, Procurador da República Doutor Fernando Machiavelli Pacheco¹⁰⁶, o Procurador Federal, Doutor Wilson Précoma¹⁰⁷ e o Procurador de Justiça Doutor Fábio Bastos Stica¹⁰⁸.

Doutor Helder, vamos dar início com o tema que é justamente a competência ou não da Justiça Federal pra processar e julgar os indígenas contra a prática de uma infração penal.

Bem, a fonte constitucional da competência da Justiça Federal é o artigo 109 e, especificamente em relação aos índios, inciso XI, em que se fala que compete à Justiça Federal o processo de julgar a disputa sobre direitos indígenas. O grande problema aí é definir o que é disputa e depois o que são direitos indígenas. A primeira vez que do ponto de vista constitucional essa competência foi claramente atribuída à Justiça Federal.

Então há de se perquirir, portanto, qual a dimensão da disputa, pelo que eu estudei e faz parte, inclusive, de algumas passagens da minha dissertação (...) essa definição jurisprudencial sobre a disputa, basicamente, era de natureza cível, durante muito tempo foi abordada na jurisprudência essa competência à qual se dizia referir a causas cíveis e não causas penais.

E depois, também junto a essa limitação, que eu acho ser uma interpretação limitada da Constituição. Dizia-se que direitos indígenas eram apenas aqueles relacionados à coletividade e não os direitos relacionados ao indivíduo indígena. Então eram causas cíveis envolvendo a coletividade indígena. Essa era a primeira noção da competência da Justiça Federal¹⁰⁹.

Doutor Fernando, temos a questão de competência (...) em particular a questão indígena, já que a Constituição de 88 traz também em seu artigo 109, as atribuições da Justiça Federal:

(...) A Constituição determina em relação aos povos indígenas e as comunidades tradicionais em geral (...) em relação aos indígenas, então há uma visão no sentido de que a Justiça Federal por ser justiça afeta, as causas em que a FUNAI é parte, as causas em que a União é parte, tendo em conta que é uma função da União e que, determinados pelo art. 231 da Constituição, os direitos dos povos indígenas, acessos a serviços, a exercício da própria cidadania, ele está diretamente ligado a funções da União, inclusive do usufruto de suas terras, propriedade da União. No entanto, há uma ligação muito mais íntima com a União federal no quanto se diz de povos indígenas em geral.

(...) Trazendo a questão para o direito penal parece não haver dúvida que toda essa gama de temáticas em que a competência é federal autoriza a conclusão de que o trato mesmo quando se cuida de direito individual, ou seja, o indígena como vítima de determinada ação detentiva, o indígena

¹⁰⁵ Titular da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Roraima, Mestre em Direito, Doutor em Relações Internacionais pela UFRR/UNB, é autor do livro *Direitos Indígenas Vetores Constitucionais*.

¹⁰⁶ Procurador da República-representante da Sexta Câmara de Coordenação e Revisão no Estado de Roraima que trabalha com as matérias afetas as temáticas de comunidades tradicionais e de população indígena em geral

¹⁰⁷ Procurador Federal, responsável pela seção de indígenas da Advocacia Geral da União (AGU) no Estado de Roraima.

¹⁰⁸ Procurador Geral de Justiça de Roraima

¹⁰⁹ Entrevista realizada no dia 7 de fevereiro de 2013, nas dependências da Primeira Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado de Roraima, com o Juiz Federal o Dr. Helder Girão Barreto.

como autor de determinada ação detentiva a justiça federal pelo que ela enfrenta em relação às temáticas dos indígenas ela estaria com uma maior capacidade de prestar contas a isso, porque a justiça que vai tratar da saúde e a justiça que vai tratar da questão da educação, e a justiça que vai tratar da questão da terra em fim e a justiça que vai tratar da disputa do direito dos indígenas, e a pergunta é, até quando se pode isolar determinado fato típico que envolve uma comunidade indígena, que envolve um autor indígena, que envolve uma vítima indígena do próprio sentido de comunidade (...). Enfim, para qualquer espécie de pena criminal, podem gerar impactos muito grandes. Então, é muito tênue a separação entre o interesse ou o direito da comunidade, e aí entra o conceito de disputa do direito indígena art. 109, e a questão da súmula 140, que vai dizer quando a vítima ou o autor for indígena, a competência é da justiça estadual. Na verdade, a interpretação da súmula 140, na nossa concepção, se reputa como válida partindo do pressuposto de que ela ainda não foi cancelada e tem que ser com menor âmbito normativo possível, abarcando o menor número de situações possível (...).¹¹⁰

Doutor Wilson Précoma, a quem compete julgar as infrações penais praticadas por indígenas?

(...) Eu parto sempre do princípio de que qualquer minoria étnica que não tenha o domínio certo, que não tenha o conhecimento da língua, e não tenha um conhecimento dos costumes, está no processo de dualidade. Então, ora ele se comporta como membro da sociedade envolvente, ora se comporta como membro da sociedade envolvida que é o caso dos indígenas. Assim, esse indivíduo, por mais que ele tenha um contato com a sociedade envolvente, sempre vai estar no que eu chamo da dicotomia; que, em caráter endógeno ou exógeno, ou seja, pessoalmente na sua psique, ele tem dois códigos de valores: o que é imposto pela sociedade envolvente, que é maioria, e o que vem da sua própria origem vamos dizer assim, da sua criação; da forma como ele se apresenta perante o seu grupo, e como aquele grupo se apresenta para ele. Então, em todas as situações dos indígenas, a competência sempre será da Justiça Federal, e não da estadual; seja no campo, criminal, eleitoral, civil, civil com relação a nascimento, civil com relação a questões conjugais, civil a questões contratuais com terceiros, trabalhista e criminal. Todas as situações da vida comuns do índio estão afetas à Justiça Federal, ou seja, se eu tenho um problema de alimentos, mãe indígena engravidou e o não índio não está pagando a pensão, uma vez provada a paternidade, eu entro com a ação de alimentos na Justiça Federal, que é o correto, ou pelo menos deveria ser dessa forma, porque a Constituição diz no caput do seu artigo 231 que a União deve defender; então municípios e estados são concorrentes, a União tem três poderes: executivo, legislativo e federal, nesse caso é o federal, nesse caso o judiciário seria um dos poderes da União¹¹¹.

¹¹⁰ Entrevista realizada no dia 1 de fevereiro de 2013, nas dependências do Ministério Público Federal- Com o Procurador da República.

¹¹¹ Entrevista realizada no dia 5 de fevereiro de 2013, nas dependências da Advocacia Geral da União com o Procurador Federal do Estado de Roraima, Dr. Wilson Précoma.

Doutor Fábio Stica, começando a nossa entrevista eu gostaria de saber do senhor como está aqui no Estado de Roraima a questão, de uma forma geral, sobre a competência da Justiça Federal ou Estadual para processar e julgar os indígenas:

(...) A competência entre a Justiça Federal e Estadual é uma situação que tem despertado paixões dos dois lados. A Justiça Federal, por parte de alguns membros, seja da Justiça Federal ou Ministério Público Federal e da própria Advocacia Geral da União, no sentido de tentar levar essa competência para essa justiça especializada... mas, a meu ver, sem uma consistência maior. O simples fato de ser indígena não transforma num cidadão especial a ponto de merecer ele um tratamento diferenciado por uma justiça especializada. (...) Eu entendo sim que o indígena poderia ter uma justiça especializada, mas não necessariamente federal; poderia ser federal como poderia ser estadual, mas não necessariamente a Justiça Federal. (...) Me parece pela simples leitura da Constituição Federal, não remete obrigatoriamente a Justiça Federal, o que na verdade faz com que algumas pessoas tendam, e eu entendo perfeitamente as razões de alguns casos, seja a justiça federal, é por que teoricamente a Justiça do Estado, e quando falo em justiça estou englobando todo o sistema, Ministério Público, Judiciário, Defensoria (...) é que os Estados onde tem uma população indígena elevada, em regra são Estados pequenos. (...) Ele não teria imparcialidade, não teria então a isenção necessária para julgar o indígena e, por esse motivo, então, teriam que buscar a Justiça Federal, como se ele pairasse no nível superior a Justiça Estadual. Mas isso não existe, ambas as esferas estão no mesmo nível, não existe hierarquia entre elas.. nós, também, temos que partir do pressuposto de que isso é obvio, que a justiça federal, a justiça estadual, o Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal são compostos de pessoas isentas. Então, eu não gosto dessa especialização em função de uma discriminação, determinado grupo, por ser do Estado ou por ser da União. Essa é uma coisa que poucas pessoas falam. Todos pensam, poucos falam¹¹².

A regra seguida pelos juízes e Tribunais Superiores é que, se o crime atinge a coletividade, a competência será da Justiça Federal por força do artigo 231, cominado com o artigo 109, XI da CF. No entanto, estando o indígena “integrado” na visão dos mesmos tribunais, tem sido afastada a assistência da FUNAI, não se vislumbrando qualquer disputa sobre direitos indígenas, fica afastada também a competência da justiça federal e passa a ser competência da justiça estadual.

Foi esse o entendimento no julgamento do Habeas Corpus Nº 9.403, realizado no dia 2 de setembro de 1999, pelo STJ, que decidiu, sendo o paciente pessoa integrada na sociedade civilizada, não há necessidade da assistência da FUNAI.

¹¹² Entrevista realizada no dia 19 de fevereiro de 2013, nas dependências Ministério Público do Estado de Roraima, com o Procurador Geral de Justiça o Doutor Fábio Stica.

O julgamento foi realizado pela Quinta Turma do STJ que teve como relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, cujo voto foi seguido pelos Ministros Edson Vidigal, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini.

Conclui-se pelo acórdão do STJ, publicado no dia 18 de outubro de 1999, que havendo crimes, nos quais o indígena configure como autor ou vítima, a competência será da Justiça Comum Estadual e não da Justiça Federal, por não estar o crime de estupro amparado pelo artigo 109, inciso XI, da CF, sendo assim foi aplicado a Súmula 140 do STJ.

Por fim, os Ministros do STJ afastaram a assistência da FUNAI quando o indígena for pessoa integrada na sociedade civilizada¹¹³.

Inconformado com a negativa do STJ confirmando a Condenação, o Paciente, impetrou no dia 20 de setembro de 1999, o HC de nº 79530 no STF, alegando a nulidade na condenação tendo em vista a incompetência da Justiça Comum estadual, e que por ser índio deveria ser assistido pela FUNAI.

O julgamento foi realizado pela Primeira Turma do STF que teve como relator o Ministro Ilmar Galvão, negando o pedido do paciente, tendo o seu voto seguido pelos Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Octavio Gallottie, tendo ficado assim a ementa que foi publicada no dia 16 de dezembro de 1999.

ÍNDIO INTEGRADO À COMUNHÃO NACIONAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. DECISÃO QUE ESTARIA EIVADA DE NULIDADES. DENEGAÇÃO DE HABEAS CORPUS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO PERANTE ESTA CORTE, À GUIA DE RECURSO.

Nulidades inexistentes. Não configurando os crimes praticados por índio, ou contra índio, "disputa sobre direitos indígenas" (art. 109, inc. XI, da CF) e nem, tampouco, "infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas" (inc. IV ib.), é da **competência da Justiça Estadual o seu processamento e julgamento.** É de natureza civil, e não criminal (cf. arts. 7º e 8º da Lei nº 6.001/73 e art. 6º, parágrafo único, do CC), a tutela que a Carta Federal, no caput do art. 231, cometeu à União, ao reconhecer "aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", não podendo ser ela confundida com o dever que tem o Estado de proteger a vida e a integridade física dos índios, dever não restrito a estes, estendendo-se, ao revés, a todas as demais pessoas. **Descabimento, portanto, da assistência pela FUNAI,** no caso. Sujeição do índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal, em geral, **inexistindo razão para exames psicológico ou antropológico,** se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade, a qual, de resto, nem chegou a ser alegada pela defesa no curso do processo.

¹¹³C.f. Voto do Relator no HC nº 9.403 do STJ, pág. 3

Tratando-se, por outro lado, de "índio alfabetizado, **eleitor e integrado à civilização**, falando fluentemente a língua portuguesa", como verificado pelo Juiz, não se fazia mister a presença de intérprete no processo. Cerceamento de defesa inexistente, posto haver o paciente sido defendido por advogado por ele mesmo indicado, no interrogatório, o qual apresentou defesa prévia, antes de ser por ele destituído, havendo sido substituído, sucessivamente, por Defensor Público e por Defensor Dativo, que ofereceu alegações finais e contrarrazões ao recurso de apelação, devendo-se a movimentação, portanto, ao próprio paciente, que, não obstante **integrado à comunhão nacional, insistiu em ser defendido por servidores da FUNAI.**

O STF seguindo na mesma linha do STJ entendeu não haver disputas sobre direitos indígenas e nem, tampouco, infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas afastando assim a competência da justiça federal.

Quanto à ausência da assistência da FUNAI, o Ministro Relator acompanhou o parecer da Procuradoria Geral da República, nos seguintes termos (...) sendo o acusado, ora paciente pessoa integrada na sociedade civilizada não necessitava da tutela da FUNAI¹¹⁴.

Quanto à incompetência da Justiça Federal, disse o ministro relator em seu voto: Ademais a discussão perde sentido ante o enunciado da Súmula 140 do STJ.

¹¹⁴ C.f. HC 79.530 do PA Fls 598

CAPÍTULO III

A SÚMULA 140 DO STJ E OS CONFLITOS DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR INFRAÇÕES PENAIS PRATICADOS POR ÍNDIOS

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O SURGIMENTO DA SÚMULA 140 STJ

A Constituição Federal faz referências aos indígenas em vários capítulos onde servira de base o artigo 231, que impõem a União o dever de proteger as populações indígenas, preservando, a cultura, as tradições, as terras, a vida e liberdade.

Assim dispondo, parece que o constituinte originário conferiu ao índio um tratamento especial, diferenciado e para que se possa concretizar esse tratamento especial determinou a competência da justiça federal para processar e julgar a disputa sobre os direitos indígenas.

Ocorre que o poder judiciário passou a dar uma interpretação restritiva sobre a expressão “disputa sobre os direitos indígenas” ora entendendo que disputa sobre direitos indígenas tem natureza cível ora entendendo que tem natureza criminal, parece entretanto, que essa não foi à intenção do legislador constituinte.

Tem-se ainda, o artigo 109, inciso I da Constituição, que atribui a justiça federal à competência para processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, o que de acordo com a doutrina não se trata de competência em razão da pessoa, pois se assim fosse bastaria a presença de um índio para a justiça federal ser competente. Porém, trata-se de competência em razão da matéria, por que deverão ser causas que discutam direitos indígenas, como os definidos no artigo 231, da Carta Magna.

Verificou-se no capítulo II, que a autarquia fundacional FUNAI inclui-se entre os entes que se sujeitam à competência da Justiça Federal artigo. 109, I, CF, aí compreendidas as causas de qualquer modalidade e espécie.

Para afastar a competência atribuída pela constituição para o processamento de crimes praticados por indígena ou contra eles, o STJ editou a Súmula 140, onde se passou a interpretar que se o crime atingir os direitos dos indígenas previstos no artigo 231 da CF (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam) a competência será da justiça federal, por força do que

dispõem artigo 109 da CF, no entanto, quando se tratar de direito individual (prática de um crime que não atingiu a coletividade) de acordo com a Súmula com a mesma Súmula, será da justiça estadual.

3.1 CONFLITO DE JURISDIÇÃO E DE COMPETÊNCIA

A Súmula 140 surgiu no ano de 1995, após uma série de recursos, tratando sobre conflitos de competência para o julgamento de crimes praticados por indígenas.

Haverá conflito de jurisdição ou competência quando ocorrer de duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes ou incompetentes para julgar um fato criminoso¹¹⁵.

Sendo assim, o conflito de competência pode ser positivo ou negativo.

Será positivo, quando dois ou mais juízes ou tribunal venham se achar competentes para julgar a matéria; e será negativo, quando dois juízes ou tribunal disserem ser incompetentes para julgar a matéria.

Quando se tratar de juízes do mesmo tribunal, este será competente para julgar; sendo juízes e tribunais diferentes, o conflito será apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹⁶.

Corroborando com os argumentos acima, no dia 24 de outubro de 2012, foi publicada uma decisão do STJ da Relatoria da ministra Assusete Magalhães no Conflito negativo de Competência 38. 517 do RS:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DENÚNCIA QUE ENVOLVE CRIMES DE FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO, SUBMISSÃO À PROSTITUIÇÃO, RUFIANISMO, VENDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS A ADOLESCENTES E FORMAÇÃO DE QUADRILHA, PRATICADOS COM PARTICIPAÇÃO DE ÍNDIOS E COM EXPLORAÇÃO SEXUAL DE ADOLESCENTES INDÍGENAS. INEXISTÊNCIA DE CRIMES RELACIONADOS À DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS. ART. 109, XI, DA CF/88. SÚMULA 140/STJ. INCIDÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE CORONEL BICACO/RS.

I. Os delitos praticados são crimes comuns, que não se relacionam com disputa sobre direitos indígenas, na forma do art. 109, XI, da CF/88.

II. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a competência da Justiça Federal, fixada no art. 109, XI, da Constituição

¹¹⁵C.f. Art. 114 CPP. Haverá conflito de jurisdição:

I - quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso;

¹¹⁶ Cf Art. 105 CF. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

Federal, "só se desata quando a acusação seja de genocídio, ou quando, na ocasião ou motivação de outro delito de que seja índio o agente ou a vítima, tenha havido disputa sobre direitos indígenas, não bastando seja aquele imputado a silvícola, nem que este lhe seja vítima e, tampouco, que haja sido praticado dentro de reserva indígena." (STF, RE 419.528, Rel. p/ acórdão Ministro CEZAR PELUSO, PLENO, DJU de 09/03/2007, p. 26).

III. Caso é de aplicação da Súmula 140/STJ: "Compete a Justiça Comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima." IV. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito da Comarca de Coronel Bicaco/RS, o suscitado ¹¹⁷.

Verifica-se na recente jurisprudência do STJ que somente será competência da Justiça Federal quando se tratar genocídio, ou que tenha havido disputa sobre direitos indígenas, como os crimes praticados pelos indígenas eram comum ainda que tenha sido praticado dentro da reserva indígena será aplicada a Súmula 140 do STJ que assim dispõem:

Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.

A Súmula 140 do STJ teve sua origem no conflito de competência, julgado no dia 21 de setembro de 1989, pela 3ª Seção do STJ. Tratou de crime de lesões corporais causadas por um silvícola em outro, sem conotação especial. Por decisão unânime, a turma reconheceu o conflito e declarou competente o juiz de direito da vara criminal de Miranda.

Posteriormente, surgem mais cinco conflitos de competência: dois ocorreram no ano de 1993 (CC 3910-RO- CC 4469-7-PE), e três em 1994 (CC 5013-8; RR-7624-2-AM; 8733-3-MA) ¹¹⁸.

Helder Girão comenta o caráter restritivo STJ para a expressão "direitos indígenas":

A posição do Superior Tribunal de Justiça já foi mencionada em mais de uma passagem como restritiva. Entendemos como restritiva não apenas no sentido da limitação da competência da Justiça Federal, mas, sobretudo, no sentido de redução do conteúdo da locução "direitos indígenas" ¹¹⁹.

Sobre a competência da Justiça Estadual para processar e julgar indígenas previsto na Súmula 140 do STJ, esclarece Helder Girão Barreto:

Provavelmente essa tendência tenha mais de uma explicação. Talvez seja resultante da composição heterogênea do Superior Tribunal de Justiça, que

¹¹⁷ C.f. STJ (CC 38.517/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2012, DJe 31/10/2012)

¹¹⁸ JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 28, nov./dez. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297

¹¹⁹ C.f. BARRETO, Helder Girão Direitos Indígenas- Vetores Constitucionais. Curitiba, Juruá, 2009. P 80

reserva um terço de seus lugares para desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, e teve sua primeira composição formada por integrantes o Tribunal Regional de Recursos. Talvez seja decorrente do acolhimento da jurisprudência predominante no extinto Tribunal Federal de Recursos, toda construída sob o império de Constituições que não tratava da “disputa sobre direitos indígenas”. Qualquer que seja as causas, a conclusão é que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 140 de sua jurisprudência predominante¹²⁰.

Verifica-se que os juízes e tribunais têm decidido de forma diversa, ora interpretado que a prática de infração penal por índio como sendo competência da União à luz do artigo 109 e 231 da Constituição Federal e ora interpretando na forma da Súmula 140 do STJ.

3.2 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SÚMULA 140 DO STJ

Os conflitos de jurisdição entre os juízos federais e estaduais nas infrações penais envolvendo índios chegam até ao STJ e podendo chegar ao STF através de Habeas Corpus ou por meio de Recurso Extraordinário.

No julgamento do Habeas Corpus nº 71835-3 MS, ocorrido no dia 4 de abril de 1995, a Segunda Turma do STF, por maioria deferiu o *habeas corpus* reconhecendo a competência da Justiça Federal para processar e julgar crime de homicídio cometido por índio contra outro índio dentro da reserva indígena.

O HC teve como relator o Ministro Francisco Rezek, que reconheceu a competência da Justiça Federal para julgar crime de homicídio praticado por índio.

Assim votou o ministro Francisco Rezek (Relator):

Tenho notícia do quem vem sendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da norma constitucional ora discutida. Dá-se-lhe ali uma interpretação restritiva. (...) Quando foi pedido este *habeas corpus* - sustentando a competência da Justiça Federal para a hipótese de homicídio cometido numa aldeia indígena por índios contra índio. (...) Parece-me, entretanto, que isso de nenhum modo descredencia o que o constituinte desejou fosse a competência da Justiça Federal, aquilo que o constituinte desejou subtrair à competência das diversas justiças estaduais.

O art. 109, inciso XI, estabelece que "aos juízes federais compete processar e julgar a disputa sobre os direitos indígenas". Não é questão, a meu ver, de dar interpretação extensiva a esse dispositivo. É questão de lê-lo rigorosamente como nele se contém. Fala-se aqui em disputa, e todo processo judicial o é. (...) De tal sorte que aquilo que à primeira abordagem alguém poderia apontar como a interpretação ampliada do inciso XI do art. 109, na verdade não é mais do que uma interpretação atenta ao propósito do

¹²⁰C.f. BARRETO, Helder Girão Direitos Indígenas- Vetores Constitucionais. Curitiba, Juruá, 2009. P 81

constituente, mas, sobretudo, obediente à literalidade da norma, ao que significa disputa e ao que significam direitos indígenas.

(...) Penso que o constituinte desejou que a Justiça Federal construa uma jurisprudência sobre situações dessa índole; e não que isso se faça em caráter avulso e variado nas diversas justiças estaduais.

A impetração, no que propõe que se declare a competência da Justiça Federal é para lá se desloque o feito, com o aproveitamento do que for aproveitável e a realização daquilo que se impõe seja feito, é o desfecho a ser dado ao habeas corpus.

Defiro a ordem.

O voto do ministro relator foi seguido pelos Ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio.

O voto do ministro Maurício Corrêa:

Sr. Presidente, também entendo que quando há disputa envolvendo índios, sobretudo índios que não são aculturados, ou mesmo aculturados, mas que vivam em reservas, a competência para decidir conflitos entre eles e até entre eles e brancos é da Justiça Federal.

Portanto acompanho o eminente relator *in totum*, conhecendo do *habeas corpus* e o deferindo.

O voto do ministro Marco Aurélio:

Senhor Presidente, no processo anterior, em que fui Relator, havia mais um móvel, qual seja, o conflito entre um branco e um índio, a levar à conclusão sobre a competência da Justiça Federal - preconizada no inciso XI do artigo 109 da Carta da República. De toda maneira entendo restar agasalhada a hipótese dos autos, uma vez em jogo o direito fundamental, concernente à vida.

Acompanho o eminente Ministro-Relator, deferindo o *habeas corpus*.

O Voto do ministro relator Francisco Rezek no ano de 1995 definiu bem qual foi a intenção do constituinte originário ao tratamento que deve ser dado ao índio ao afirmar que “o constituinte originário desejou que a Justiça Federal construísse uma jurisprudência sobre situações dessa índole; e não que isso se faça em caráter avulso e variado nas diversas justiças estaduais”.

Vejamos os fundamentos do voto vencido do MINISTRO CARLOS VELLOSO:

(...) Sr. Presidente, não me convenci de que um homicídio praticado por índio contra índio, certamente índios aculturados, dado que submetidos a processo penal, poderia ser incluído na cláusula "disputa sobre direitos indígenas". Na verdade, a competência dos juízes federais é para processar e julgar "a disputa sobre direitos indígenas". (C.F., art. 109, XI).

Indefiro, portanto, o *habeas corpus*.

Vejamos o voto vencido do MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE):

(...) Não parece que para dirimir matéria dessa ordem tenha querido a Constituição prever a competência da Justiça Federal, já que, nesse sentido, ela é uma Justiça especial e, sem dúvida, o crime de um índio contra outro é comum, é crime de homicídio sujeito à legislação penal comum. Não vejo por que não possa ser submetido à Justiça comum, competente para julgar os crimes dessa natureza - crimes dolosos contra a vida - e, em particular, porque o julgamento será da competência do júri, atendidos, pois, os objetivos dessa instituição.

Nesses limites, meu voto, com a devida vênia do Sr. Ministro-Relator, acompanha o pronunciamento do Sr. Ministro Carlos Velloso, indeferindo o *habeas corpus*.

Verifica-se, que por três votos a dois o STF, no ano de 1995 firmou o entendimento de ser da competência da Justiça federal processar e julgar indígenas por crime praticado dentro da reserva indígena.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 192473-0 RR, ocorrido no dia 4 de fevereiro de 1997, a Segunda Turma do STF teve que decidir recurso criminal interposto pelo Ministério Público Federal, contra decisão do Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Roraima, que declinou de sua competência em favor da Justiça Comum Estadual para processar e julgar crime de homicídio praticado por silvícola, dentro de reserva indígena, sendo índio a vítima.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região seguindo na mesma linha do Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Roraima, entendeu ser da competência da Justiça Comum Estadual.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, conheceu do recurso, por ser a vida dos índios tutelada pela União, sendo da competência da Justiça Federal julgar o crime de homicídio, não estando a Justiça Estadual, na presente ordem constitucional, legitimada a conhecer das infrações penais cometidas por ou contra silvícolas¹²¹.

O Recurso Extraordinário teve como relator o Ministro Néri da Silveira, que não reconheceu do recurso, indeferido.

Voto Senhor Ministro Néri da Silveira (vencido):

¹²¹ C.f. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 192473-0 RORAIMA- Julgamento ocorrido 04 de fevereiro de 1997 -.

(...) não há falar em disputa sobre direitos indígenas, nem em crime de genocídio. O homicídio decorreu de mero desentendimento entre parentes, após a ingestão de bebida alcoólica. A Constituição não estabeleceu, no art. 109, que a Justiça Federal é competente para processar e julgar crime em que agente ou vítima seja indígena.

(...) o fato em exame à competência da Justiça Estadual, que, em princípio, é o juízo natural para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida (...). Do exposto, não conheço do recurso extraordinário, a fim de que prevaleça a decisão recorrida, ao julgar o crime de homicídio praticado por silvícola contra silvícola, não estando presente conotação de disputa de direitos indígenas.

Voto Senhor Ministro Carlos Velloso (vencido)

Senhor Presidente, reporto-me ao voto que proferi no **Habeas Corpus** 71.835¹²² para, com a vênua dos eminentes Ministros que entendem de forma contrária, decidir pela competência da Justiça estadual, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Não conheço do recurso.

O Ministro relator afastou incompetência da Justiça Federal por não ter sido a infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços e interesses da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, bem como disputa de interesse indígena¹²³ que foi seguido pelo ministro Carlos Velloso, ambos haviam votado contra no HC 71.835- 3 de 4 de abril de 1995, que tratava da mesma matéria.

Voto do Ministro Marco Aurélio:

Senhor Presidente, também reitero o entendimento externado quando do julgamento do habeas-corpus nº 71.835, oportunidade na qual acompanhei o Ministro Francisco Rezek, Relator.

Creio que a interpretação sistemática da Carta, especialmente dos incisos XI do artigo 109 e do artigo 231 nela inseridos, leva à conclusão sobre a competência da Justiça Federal. Homenageando esse precedente, conheço do recurso do Ministério Público e o provejo.

É o meu voto.

Voto Ministro Francisco Rezek:

Penso que o constituinte desejou que a Justiça Federal construa uma jurisprudência sobre situações dessa índole; e não que isso se faça em caráter avulso e variado nas diversas justiças estaduais.

A impetração, no que propõe que se declare a competência da Justiça Federal e para lá se desloque o feito, com o aproveitamento do que for

¹²² O julgamento ocorreu em 1995, Min Ministro Carlos Velloso e o Ministro Néri da Silveira foram vencidos.

¹²³ C.f. artigo 109, IV e XI CF

aproveitável e a realização daquilo que se impõe seja feito, é o desfecho a ser dado ao habeas corpus.
Defiro a ordem.

Voto do Ministro Maurício Corrêa:

A jurisprudência dos Tribunais, principalmente a do antigo Tribunal Federal de Recursos, fixou-se no sentido, de em hipóteses como a dos autos, reconhecer a competência da Justiça Estadual.
O maior bem a proteger, sem dúvida, é a vida, donde se conclui que, definindo assim a Constituição de 88, a competência para julgar homicídios em que envolve o bem maior que é a vida, e sendo a do índio tutelada pela União, é a Justiça Federal a competente para julgar o feito.
Com a devida vênia do e. Ministro Relator, meu voto é no sentido de conhecer e deferir a ordem.

Verifica-se a acima, que a composição da Segunda Turma foi a mesma do julgamento do HC 71835-3 formada pelos seguintes Ministros: Ministro Néri da Silveira, Ministro Carlos Velloso, Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Sendo assim, entre 4 de abril de 1995 a 4 de fevereiro de 1997, o entendimento majoritário que prevaleceu, foi que crimes praticados por indígena dentro da reserva indígena a competência seria da justiça federal, afastando assim a Súmula 140 do STJ.

Já no julgamento do HC 81827 MT, ocorrido no dia 28 de maio de 2002, a Segunda Turma do STF por decisão unânime maioria indeferiu o pedido de HC de um homicídio em que os acusados são índios e o crime tenha sido motivado por desentendimento momentâneo, agravado por aversão pessoal em relação à vítima.

Trata-se de um delito comum isolado, sem qualquer pertinência com direitos indígenas. Irrelevância de o fato ter ocorrido no interior de reserva indígena. Competência da Justiça Estadual. O crime de homicídio ocorreu no dia 21 de maio de 1995 dentro de uma reserva indígena.

No julgamento a Segunda Turma do STF, sobre a Presidência do Min Celso de Melo, tendo participado da votação os Min Maurício Corrêa e o Min Carlos Velloso.

O HC teve como relator o Ministro Maurício Corrêa, que não reconheceu do HC, indeferindo.

Voto do Ministro Maurício Corrêa (Relator)

(...) Quanto á competência da Justiça Federal, prevista no inciso XI, tive a oportunidade de manifestar meu entendimento quando do julgamento do conhecido caso do assassinato do índio Pataxó Galdino Jesus dos Santos, ocorrido nessa capital (HC 75.404, por min relatado, DJ de 27 de abril de 2001). (...) Dessa forma o simples fato de um índio ser o agente ativo ou

passivo de um crime, não é motivo suficiente para definir a competência da Justiça federal.

(...) Irrelevante, por outro lado, tenha o fato ocorrido nos limites da reserva indígena, pois o elemento fixador da jurisdição Federal é o motivo da conduta delitativa.

(...) Nesse mesmo sentido a mais recente jurisprudência dessa corte: RECR 270.379, de que fui relator, DJ de 29 de junho de 2001; HC 79530, Ilmar Galvão, Dj de 25 de fevereiro de 2000 e HC 80.496, Morreira Alve, DJ , de 6 de abril de 2001. (...) Trata-se de delitos comuns isolados que não configuram “disputa sobre direitos indígenas”. Ante essas circunstâncias indefiro a ordem.

Voto do Min Carlos Velloso:

(...) não há no caso, direitos indígenas em disputa. O crime comum foi praticado contra pessoa que não atentavam contra esses citados direitos indígenas. Voto de acordo com o eminente Relator.

É importante destacar que no caso concreto acima a votação foi realizada por dois ministros já que o ministro NELSON JOBIM encontrava-se ausente justificadamente.

Verifica-se, que da data do crime (21 de maio de 1995), e o fato de crime ter ocorrido dentro de uma reserva indígena, se esse julgamento estivesse acontecido com a composição da Segunda Turma existente entre 22 de maio de 1995 a 4 de maio de 1997, a decisão teria sido diferente, ou seja, a competência seria da justiça federal tendo como precedentes as decisões do HC nº 71835-3 MS e do RE nº 19473-0 RR.

Verifica-se ainda, que nos precedentes acima, o Min Maurício Corrêa em ambos os votos entendeu ser competente a justiça federal, mudando esse entendimento em 27 de abril de 2001, gerando assim um conflito de competência dentro do próprio STF.

Observa-se, que o fato do HC 81827-7, ter sido decidido por dois ministros por si só não desqualifica aquela decisão, no entanto, ela tem influenciado na jurisprudência STJ, para afastar a competência da justiça federal e justificar a da Justiça Estadual para processar e julgar indígena quando da prática de crime ainda que tenha o mesmo ocorrido em reserva indígena como se verificou no recente julgado do STJ no CC 38.517-RS, de 24/10/12.

3.2.1 Entrevista com autoridades federais e autoridades Estaduais sobre a Súmula 140 do STJ

Como parte integrante do trabalho de pesquisa científica, foram realizadas entrevistas¹²⁴ com as autoridades federal e estadual tendo sido perguntado sobre a

¹²⁴ A entrevista completa encontra-se anexa a dissertação

competência para processar e julgar indígenas quando autores ou vítimas de infrações penais e a interpretação que deve ser feita da Súmula 140 do STJ.

Os entrevistados são: o Juiz Federal Doutor Helder Girão Barreto¹²⁵, o Procurador da República Doutor Fernando Machiavelli Pacheco¹²⁶, o Procurador Federal, Doutor Wilson Précoma¹²⁷ e o Procurador de Justiça Doutor Fábio Bastos Stica¹²⁸.

Doutor Helder (...) em relação à Súmula 140 (...) que diz que havendo crimes ou infrações penais praticados por índio como autor ou vítima, a competência passa a ser da justiça Estadual. Gostaria que o senhor explicasse como esta o entendimento dentro da justiça federal em relação a esta súmula.

HELDER GIRÃO - Eu estudei também essa Súmula que esta com o processo que a chamam de regressão ao caso inicial (link case). O caso final dessa Súmula que a jurisprudência do Brasil, embora não seja aquela própria do sistema anglo Americano dos *stare decisis*¹²⁹ em que o precedente vincula o julgamento seguinte ela é muito curiosa que em alguns passos ela embora não diga isso formalmente ela faz e a jurisprudência das súmulas que formou (...) a 140, é basicamente isso, um caso.

Então essa súmula 140, tem dado um sinal, me parece que não é, vamos dizer assim constitucionalmente adequado, ou pelo menos desconsiderar as peculiaridades culturais das diversas etnias indígenas no Brasil¹³⁰.

Dr. Fernando gostaria que o senhor fizesse alguns comentários a respeito dessa Súmula 140.

A súmula 140, ela traz uma previsão que me parece na nossa visão, ela é inadequada (...) além do fato da agente vislumbrar nesse estágio de um cancelamento dessa súmula, e o que viria inclusive com uma eventual alteração normativa como um reflexo de se fixar a competência da justiça federal a tratar de causas criminais em que indígenas figuram como autor ou como réu.

A Súmula 140 vem sendo aplicada de uma maneira, que se quer passa por uma filtragem constitucional e sobre tudo em face do artigo 231 da constituição, em face da necessidade de ser reconhecer que a Constituição Federal, ela ao eleger um estado pluriétnico ou multicultural e ao dar a União Federal atribuição para tratar da defesa dos indígenas a grande

¹²⁵ Titular da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Roraima, Mestre em Direito, Doutor em Relações Internacionais pela UFRR/UNB, é autor do livro *Direitos Indígenas Vetores Constitucionais*.

¹²⁶ Procurador da República-representante da Sexta Câmara de Coordenação e Revisão no Estado de Roraima que trabalha com as matérias afetas as temáticas de comunidades tradicionais e de população indígena em geral

¹²⁷ Procurador Federal, responsável pela seção de indígenas da Advocacia Geral da União (AGU) no Estado de Roraima.

¹²⁸ Procurador Geral de Justiça de Roraima

¹²⁹ *Stare decisis* é uma expressão em *latim* que se traduz como "ficar com as coisas decididas", utilizada no *direito* para se referir à doutrina segundo a qual as decisões de um *órgão judicial* criam precedente (*jurisprudência*) e vinculam as que vão ser emitidas no futuro. A frase vem de uma locução mais extensa, *stare decisis et non quieta movere*.

¹³⁰ Entrevista realizada no dia 7 de fevereiro de 2013, nas dependências da Primeira Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado de Roraima, com o Juiz Federal o Dr. Helder Girão Barreto.

maioria das questões que envolvem a realidade da vida social dos indígenas, que acaba recaindo sobre a competência da justiça federal exatamente por ser a União, aquela que esta constitucionalmente incumbida de prestar diversos serviços, na verdade de ser o estado no sentido amplo dentro das comunidades indígenas, a uma justificativa bastante lógica, bastante coerente no sentido de que a justiça federal deveria fazer, deveria ser competente pra causa que envolve indígena e até ultrapassando isso, uma leitura diretamente do inciso XI do artigo 109, leva-se em conta que a ações criminais. (...) Por exemplo, aqui em Roraima a figura de um tuxaua, se tem em outras regiões a figura de um cacique enfim a figura de um chefe político, isso quer dizer o que? Isso quer dizer que essa forma de viver, de enfim, de se organizar socialmente ela já traz uma diversidade que tem que ser observada sobre a perspectiva de qual será o impacto quando houver algum crime.

(...) No momento que só o fato de ser indígena é uma autoidentificação dentro de determinado grupo, como é que agente pode afastar essa questão da perspectiva coletiva? Isso já me parece bastante difícil e o que ocorre, é que súmula 140 ela trabalha exatamente ao contrario, ela cria o que deveria ser regra como exceção (...) em decorrência de determinado delito, ela faz uma blindagem, ela fecha como se tudo que envolve crimes quer com indígenas como autores, quer como indígenas como vítimas, deveria ser da justiça estadual. (...) A súmula 140, parece que não resiste a um exame mais denso a luz da onde ela deve buscar fundamento de validade, que numa visão bem tradicional na norma constitucional, com um pouco mais de arrojo no bloco de constitucionalidade formado por tratados internacionais que o Brasil signatário, que trata as comunidades tradicionais populações indígenas, não resiste a um exame mais denso dos seus requisitos de validade¹³¹.

Doutor Wilson Précoma, aqui no Estado, quantos processos, quantos presos indígenas nós temos aqui? E qual justiça está processando? E quais são as consequências jurídicas que vão advier desses processos?

Na esfera criminal eu atuo em aproximadamente (...) 120 processos, sendo que destes 120 processos eu tenho 54 presos. Eu tenho 17 preventivados e o resto são condenados. Todos são da alçada da justiça estadual que é o entendimento da Súmula 140. O índio que esteja na condição de vítima ou de vitimador, a competência passou para as justiças estaduais. O que nós estamos fazendo com relação a isso, além de acompanhar alguns processos que estão na fase de instrução e julgamento, estamos arguindo a incompetência em razão da matéria, em *ratione personae*, ou seja, são duas na realidade, são três incompetências que geram duas nulidades distintas. Em razão da matéria nós entendemos que a Súmula está ultrapassada e é inconstitucional (...) E por outro detalhe também, essa súmula joga uma responsabilidade para um ente que não tenha uma característica de conhecimentos técnicos com relação às minorias étnicas que é o Estado ou os Estados falando em termo de Brasil. (...) A nossa estratégia aqui é colocar todos os processos em cima do tribunal do Estado para suscitar recurso para depois em outra circunstância, as estâncias superiores. Porque, qual é o

¹³¹ Entrevista realizada no dia 1 de fevereiro de 2013, nas dependências do Ministério Público Federal- Com o Procurador da República.

objetivo? É colocar os nossos 54 indígenas presos, nós vamos arguir a nulidade de todos através do habeas corpus¹³².

Doutor Fábio Stica, gostaria de saber do senhor a questão da Súmula 140 do STJ.

(...) a definição de uma competência, e a meu ver a própria súmula não desceu a minúcias, ela não separou o que seria o motivo pelo qual seria a competência Estadual ou competência Federal, quer dizer, se apega muito ao que diz a constituição tentando interpretar o que seria os direitos indígenas, os direitos indígenas a meu ver, um dos pilares do que se chamam esses Direitos indígenas seria o que? O direito da própria terra, aí que é o X da questão, porque na verdade os conflitos que existem, inclusive, na esfera da competência Federal e Estadual e, exatamente nesse ponto, propriedade é terra, é o espaço, a demarcação do território isso também é um tema que é muito delicado (...). A súmula 140, a meu ver ela tentou dizer o seguinte (...) que a justiça estadual também é competente desde que não esteja em disputa um interesse propriamente indígena, nos poderíamos tentar incluir aí para alargar então a interpretação, o que não esteja em conflito o interesse cultural, ou talvez se incluísse aí esse interesse e não apenas esse interesse a propriedade na terra propriamente, então eu acho que nos precisaríamos esmiuçar isso um pouco mais (...) é só propriedade, por que senão nos voltamos àquela questão do júri comum um homicídio praticado por um indígena contra outra indígena quem vai resolver a Justiça Federal ou Justiça Estadual (...) eu estava brigando por conta da propriedade ou da posse daquela terra, e vai ser um crime comum, um brigou com outro e matou o outro só por isso seria competência da Justiça Federal, então pela súmula 140, não seria competência da Justiça Estadual¹³³.

Verificou-se nos fragmentos das entrevistas acima, com as autoridades federais, que a Súmula 140, do STJ, é de flagrante inconstitucionalidade, já que ela fere os direitos dos indígenas de serem processados e julgados pela Justiça Federal.

Interesses indígenas, para o Procurador Geral de Justiça do Estado de Roraima, seriam aqueles envolvendo terras e questões culturais, sendo competente a Justiça Federal. E as demais infrações seriam da competência da Justiça Estadual, nos termos da Súmula 140 do STJ.

3.3 O CANCELAMENTO DA SÚMULA 140 STJ

A Constituição Federal, em seu art. 231, impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra e sua vida.

¹³² Entrevista realizada no dia 5 de fevereiro de 2013, nas dependências da Advocacia Geral da União com o Procurador Federal Wilson Précoma.

¹³³ Entrevista realizada no dia 19 de fevereiro de 2013, nas dependências do Ministério Público do Estado de Roraima, com o Procurador Geral de Justiça Doutor Fábio Bastos Stica.

Sendo a vida do índio tutelada pela União, é da competência da Justiça Federal processar e julgar infrações penais praticadas por indígena, não estando a Justiça Estadual, na presente ordem constitucional, legitimada a conhecer das infrações penais cometidas por ou contra silvícolas.

A Constituição de 1988 deixa bem clara a questão da competência para crimes praticados por indígenas ou contra ao dispor no artigo 109 CF, que aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

Para a proteção das minorias, em particular dos indígenas, a União criou no Ministério Público Federal a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, o Procurador da República Fernando Machiavelli, explica como é a sua organização:

O Ministério Público Federal é dividido na sua organização interna em seis Câmaras temáticas que são as Câmaras de Coordenação e Revisão, elas estão instaladas em Brasília (...) e dentre essas Câmaras a uma Câmara específica que é a Sexta Câmara de Coordenação e Revisão que trata de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais (...) eu sou o Procurador aqui em Roraima representante da Sexta Câmara de Coordenação e Revisão, eles vão trabalhar com as matérias afetas as temáticas de comunidades tradicionais e de população indígena em geral, então essa separação e uma exclusividade dentro da separação de atribuições do Ministério Público Federal específica dessa temática sob tudo a temática indígena e claro não deixando de lado as comunidades tradicionais em geral, quilombolas e ciganos, comunidades extrativistas, em fim as demais que se colocam o rotulo minoria¹³⁴.

Conclui-se, que a Constituição ao determinar que cabe ao Ministério Federal defender Judicialmente os interesses da população indígenas¹³⁵ impôs à União um cuidado especial de proteção para esse grupo bem como outros grupos minoritários, que é feito pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, devendo assim, todas as ações que envolvam esses grupos, devem atuar em defesa de seus direitos AGU e o MPF deve atuar como fiscal da lei e o processo e julgamento será feito pela Justiça Federal nos termos do artigo 109 da CF.

Pode se verificar, que com aprovação do projeto de Lei nº 2.057 (O Estatuto das Sociedades Indígenas) seguindo na linha que foi apresentada acima, afirma de forma inquestionável que a competência é da Justiça Federal para resolver as questões cíveis e criminais envolvendo indígenas.

¹³⁴ Entrevista realizada no dia 1 de fevereiro de 2013, nas dependências do Ministério Público Federal- Com o Procurador da República.

¹³⁵ C.f. Artigo 129 – São funções institucionais do Ministério Público:
V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

A questão da competência é resolvida pelas disposições contidas no artigo 43 do projeto de lei, segundo a qual competirá aos juízes federais processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas; os crimes praticados por índios ou contra índios, suas sociedades, suas terras e seus bens.

É importante destacar que o projeto lei nº 2.057, em vários artigos reafirma que compete à União regular a situação dos índios e de sua comunidade nos termos da Constituição Federal¹³⁶.

Como ainda não ocorreu a aprovação do projeto de lei, o processo e julgamento de crimes praticados por índios não vem recebendo tratamento exegético uniforme nas instâncias superiores.

Sendo assim, o STF deve revisar urgentemente as suas jurisprudências, que como se verificou, varia conforme a composição das Turmas.

Observa-se ainda, que a imposição da Súmula 140 do STJ, determinando aos estados a processar e julgar indígenas fere o pacto federativo, já que toda matéria referente à indígena é da competência da União como foi o desejo do constituinte originário devendo ser cancelada urgentemente a Súmula 140 do STJ.

O Cancelamento da Súmula 140 pode ser feita pelo próprio STJ principalmente porque ela vem influenciando os TJ, TRF e juízes de primeiro grau.

No entanto, por ser a questão indígena uma matéria constitucional, e o por envolver dois entes da federação, o STF por iniciativa do próprio tribunal ou por provocação por meio de Recurso Extraordinário pode fazer o cancelamento da Súmula 140 do STJ.

¹³⁶ C.f. Art. 1º. Esta lei regula a situação jurídica dos índios, de suas comunidades e de suas organizações, com o propósito de proteger e fazer respeitar sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e todos os seus bens.

Art. 4º. Cumpre à União proteger e promover os direitos indígenas reconhecidos pela Constituição Federal e regulados por esta lei, podendo contar com a colaboração de entidades públicas e privadas.

CAPÍTULO IV

OBRIGATORIEDADE DO EXAME ANTROPOLÓGICO PARA OS CRIMES PRATICADOS POR INDÍGENAS PARA O CUMPRIMENTO DO REGIME ESPECIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA

4 FUNDAMENTOS PARA REALIZAÇÃO DE EXAME ANTROPOLÓGICO

Ocorrendo infrações penais tendo o indígena como autor ou vítima, será imprescindível a intervenção da União, por intermédio da FUNAI, cabendo a Polícia Federal apurar a ação criminosa.

Diante do novo paradigma, onde se passou a reconhecer a cultura e os costumes dos indígenas determinados em diversos artigos da Constituição e especificamente nos artigos 231 e 232, bem como nos compromissos internacionais assumidos como o que dispõem no artigo 8º. 1 e 9º. 2 da Convenção 169 da OIT¹³⁷.

Surgindo assim, a necessidade da realização de exame antropológico quando da prática de infrações penais por indígenas, para que se possa avaliar o grau de conhecimento da ilicitude e havendo a condenação possa ser aplicado o regime especial.

No artigo 56 do estatuto do indígena, é previsto tacitamente a necessidade do exame antropológico para a avaliação do grau de integração do silvícola, com reflexo, inclusive, na atenuação da pena, na hipótese de condenação.

Verifica-se que o poder judiciário, mas precisamente o STF, tem afastado a realização do exame antropológico quando o indígena fala português, ou é eleitor, foi o caso do paciente¹³⁸ Benkaroty Kayapó (Paulinho Paiakan), que no dia 20 de setembro de 1999, impetrou no STF o HC de nº 79530-7 PA, alegando a nulidade na condenação tendo em vista a ausência de exame psicológico e antropológico.

O julgamento foi realizado no dia 16 de dezembro de 1999, pela Primeira Turma do STF que teve como relator o Ministro Ilmar Galvão, que assim votou: **inexistindo razão para exames psicológico ou antropológico**, se presentes, nos autos, elementos suficientes para

¹³⁷ C.f. Convenção 169-OIT: art. 8º.1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário; (...) art.9º.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.

¹³⁸ Pessoa que tem o seu direito de locomoção ameaçado ou consumado e se utiliza do habeas corpus.

afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade. Tratando-se, por outro lado, de "índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa".

O voto acima foi seguido pelos Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Octavio Gallottie.

Para afastar a desnecessidade dos exames psicológicos, a Primeira Turma do STF, seguindo na mesma linha do na mesma linha do Ministro Relator no HC 79.530-7, falou que só seria possível a realização de exame antropológico se estivesse diante de índio isolado ou em vias de integração.

De acordo com o projeto de lei nº 2.057/91, caso o indígena venha a ser condenado por infração penal, na aplicação da pena, o juiz analisará o grau de consciência da ilicitude do ato praticado e considerará as peculiaridades culturais do réu para fins de atenuação da pena.

Verifica-se, que para a análise do grau de consciência da ilicitude haverá necessidade do exame antropológico como constava na sua versão original do projeto nos seguintes termos:

Art. 90 - Nos processos criminais contra índios, o juiz ordenará a realização de perícia antropológica, que determinará o grau de consciência da ilicitude do ato praticado, para efeito da aplicação do disposto no Artigo 21 do Código Penal.

Atualmente os juízes não seguem regra predefinida. Alguns pedem que um laudo antropológico seja realizado para saber se o indígena tem conhecimento do ato ilícito praticado. Outros o punem como um criminoso qualquer por considerar que os índios já estão "incorporados à comunhão nacional", e por terem adotado costumes de "não indígenas" são considerados imputáveis.

4.1 REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE LAUDO ANTROPOLÓGICO

Os juízes e tribunais majoritariamente têm aplicado o cômodo entendimento que somente deverá ser aplicado o exame antropológico para o indígena isolado ou em fase de aculturação, afastando assim a sua realização quando o indígena vive ou segue os costumes da sociedade dominante¹³⁹.

¹³⁹ C.f. Art. 2º do Estatuto do índio: Cumprir à União (...), bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

II - prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional;

No entanto, para o juiz federal, Roberto Lemos dos Santos Filho¹⁴⁰, o fato de os índios adotarem práticas da cultura preponderante, como o uso de telefone celular e de automóveis, não é suficiente para provar que eles tinham potencial conhecimento da licitude quando da prática da infração penal, que somente poderá ser confirmada por meio de exame antropológico.

Para Roberto Lemos a análise da culpabilidade de crime praticado por indígena deve ser comprovada por meio de perícia antropológica para saber se o índio indiciado conhecia o caráter ilícito das ações supostamente criminosas que praticou. Caso contrário, a denúncia deve ser rejeitada¹⁴¹.

O Juiz Federal Roberto Lemos rejeitou a denúncia de um crime ocorrido em maio de 2008, tendo como autores os indígenas **ANILDO LULU** (cacique) e **PAULO ROBERTO SEBASTIÃO** (vereador de Avaí/SP), ambos índios da reserva de Araribá em Avaí/SP, que lideravam uma manifestação armada (com armas brancas de origem indígena), **privaram** da liberdade três servidores da então Administração Regional da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), mantendo-os em cárcere privado.

O Procurador da República ao oferecer a denúncia assim se manifestou para justificar a desnecessidade de laudo:

(...) Os índios já estão "incorporados à comunhão nacional", por terem adotado costumes de "não indígenas". Essa análise foi feita com base no testemunho das vítimas e dos próprios denunciados, que afirmaram que um dos índios sabe ler e escrever, possui habilitação e conta bancária, é proprietário de telefone celular, foi filiado a partido político por 11 anos, já se candidatou ao cargo de vereador de Avaí e foi nomeado para ocupar o cargo em comissão de chefe da coordenação técnica local da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) em Bauru (...)

O Juiz Roberto Lemos assim se manifestou em relação à ausência de laudo:

(...) Da análise dos elementos colhidos no bojo do inquérito que embasou a denúncia em parte reproduzida, reputo de todo inviabilizada a instauração de Ação Penal, à míngua de condição de procedibilidade atinente à prova do efetivo conhecimento por parte dos índios indiciados do caráter ilícito das ações que praticaram o que somente seria possível aferir mediante a realização de perícia antropológica (...).

¹⁴⁰ Titular da 1ª Vara da 8ª Subseção Judiciária – Bauru – SP

¹⁴¹ C.f. Rejeição da denúncia no processo Autos nº 0005381-95.2008.403.6108- Bauru-SP

O juiz federal considerou que os argumentos do Procurador da República para descartar o laudo foram fundamentados numa visão etnocêntrica e integracionista, "que tratava os índios como categoria fadada ao desaparecimento", baseado na premissa de que não deve haver políticas de âmbito cultural e social para determinadas minorias étnicas. Porém, Santos Filho destacou que a Constituição, no seu artigo 231, reconhece a diversidade étnica e cultural do Brasil, estabelecendo respeito à cultura, aos valores determinadores do comportamento do grupo minoritário.

Sendo assim em razão da diversidade cultural assegurada pela Constituição, compreendeu o juiz ser imprescindível a realização de perícia antropológica para precisa apuração de os indígenas que realizaram as condutas descritas na denúncia terem, de forma efetiva, conhecimento do caráter ilícito e ilegítimo das ações perpetradas, providência essa que não foi adotada.

Portanto, o juiz federal rejeitou a denúncia do Ministério Público Federal nos seguintes termos:

(...) Pelo exposto, por não divisar a presença de pressuposto processual relacionado à legitimidade dos indiciados para figurarem no polo passivo desta, decorrente da não realização de prévio estudo antropológico para aferição da real possibilidade de os indiciados entenderem o caráter ilícito das ações que perpetraram, e da razoabilidade de exigir que procedessem de forma diversa, com apoio no art. 395, inciso II, do Código de Processo Penal, **rejeito a denúncia** (...).

Ficando assim demonstrado que quando da prática de infração penal por indígena, na qual traga como consequência uma eventual aplicação de sanção penal, é necessária a prévia realização de exame antropológico para se verificar o grau de conhecimento da ilicitude, sob pena de a denúncia ser rejeitada por ausência de pressupostos processuais¹⁴².

Numa interpretação conforme a Constituição, o exame antropológico estaria previsto tacitamente no Estatuto do Índio se substituíssemos o grau de integração, pelo potencial conhecimento da ilicitude, teria o juiz elementos para aplicar o regime especial e a reduzir a pena nos termos do artigo 56 da lei federal¹⁴³.

¹⁴² Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;

¹⁴³ C.f. 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 próximo da habitação do condenado.

Caso não seja realizado o exame antropológico, ficará como no caso acima sujeito a rejeição da denúncia pelo juiz por faltar condição de procedibilidade para a ação penal ou por ser a denúncia considerada inepta¹⁴⁴.

4.2 EXAME ANTROPOLÓGICO DETERMINADO PELO JUIZ APÓS PARECER DO PROCURADOR DA REPÚBLICA

Outro caso envolvendo indígena ocorreu em Rondônia em abril de 2004 na reserva indígena Roosevelt onde 29 garimpeiros foram brutalmente assassinados, pelos índios, dentro da reserva.

O Juiz do caso foi Marcio Luiz Coelho de Freitas¹⁴⁵, que na época era o Juiz Federal da Vara Federal de Ji-Paraná-RO, que publicou um artigo sobre, o exame antropológico em crimes imputados aos indígenas, no qual apresenta os problemas que existem no tratamento penal dado aos indígenas. Assim escreveu:

(...) Verifica-se, pois, a instauração de um grande dilema a ser resolvido pelos operadores do Direito, no qual aparentemente se contrapõem o direito à alteridade conferida aos indígenas e o interesse da sociedade de impedir a imputabilidade, situação que está a exigir uma verdadeira reformulação dos conceitos e institutos penais, de modo a superar este dilema: ou se parte de uma posição em que os índios devem ser penalmente tratados de forma isonômica aos brancos, simplesmente passando por cima da diversidade cultural, e de seus possíveis reflexos penais, posição que, na prática judiciária, tem sido a mais adotada (...)¹⁴⁶.

Quanto à realização de exame antropológico e à culpabilidade do indígena infrator, disse Marcio Freitas:

(...) se presume que os índios são inimputáveis, de modo que a persecução penal contra um índio somente pode ocorrer se ficar comprovado, através de um laudo antropológico, que o indígena é imputável, sendo esta posição preconizada pela quase totalidade dos doutrinadores nacionais (...).

O referido artigo traz também uma questão importante, que é a atuação do Ministério Público Federal e da defesa em relação à necessidade da realização do exame antropológico para o oferecimento da denúncia.

¹⁴⁴ C.f. Art. 395CPP. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
I - for manifestamente inepta;

¹⁴⁵ Atualmente é Juiz Federal no estado do Amazonas e mestrando de Universidade Estadual do Amazonas (2011/2013)

¹⁴⁶ R.SJRJ, Rio de Janeiro, 22, p. 289

Assim discorre sobre o tema Marcio Freitas:

(...) tem em conta o entendimento já consolidado no âmbito da 6ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal, no sentido de que os Procuradores da República deverão solicitar a realização de exame antropológico para o oferecimento da denúncia contra índios (...) ¹⁴⁷

(...) Foi por este juízo deferido o pedido formulado pelo MPF e defesa no sentido de que seja o acusado Payaman Cinta Larga submetido a exame antropológico (...).

Diante da nova ordem constitucional, reforçada pela OIT 169 e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Indígenas, passa a ser necessário o laudo antropológico para a análise da imputabilidade do indígena, bem como para seja verificado o grau de conhecimento da ilicitude quando da prática de crime por indígena como decidiu Marcio Freitas no massacre dos garimpeiros na reserva Roosevelt ¹⁴⁸:

(...) Tenho, pois, que a solução de considerar-se o índio presumivelmente inimputável, sobre ser paternalista e discriminatória, não pode ser validadamente adotada num sistema constitucional em que o direito à alteridade é expressamente reconhecido (...).

(...) o exame antropológico tem um relevante papel na aplicabilidade das normas penais aos fatos típicos cometidos por índios. Apenas por tal instrumento não mais se deve buscar perquirir sobre a imputabilidade (desenvolvimento mental) dos índios, mas deve ter por objeto a reprovabilidade da conduta, verificando a presença dos demais elementos integrantes da culpabilidade, isto é, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de comportamento diverso (...).

Por fim, elaborou os quesitos para os peritos alertando-o a qual seria o objeto do trabalho antropológico:

(...) O objeto do presente exame é unicamente municiar este juízo de dados que serão úteis e/ou necessários para a prestação jurisdicional, ficando a questão referente à verdade ou não da acusação para a fase de instrução processual. Assim, ao realizarem o seu trabalho, deverão as peritas passar ao largo da questão referente à efetiva prática pelo réu do crime que lhe é imputado (...).

Verificou-se assim, que nos dois casos apresentados acima, o exame antropológico é uma condição de procedibilidade da ação penal, já que é através dele é que poderá o juiz

¹⁴⁷ R.SJRJ, Rio de Janeiro, n 22, p 290- Ação Penal Pública nº 2007.41.01.001128-6

¹⁴⁸ R.SJRJ, Rio de Janeiro, 22, p 294, 2008

avaliar o grau de conhecimento do indígena quando da prática do crime e em caso de condenação possa ser aplicado o regime especial de cumprimento de da pena.

4.3 O EXAME ANTROPOLÓGICO E A APLICAÇÃO DO ERRO DE PROIBIÇÃO PREVISTO NO CÓDIGO PENAL

A ninguém é dado descumprir a lei alegando que a desconhece (artigo 3.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). O desconhecimento da lei é inescusável¹⁴⁹ (artigo 21 do Código Penal). Essa é uma presunção que não admite prova em contrário.

O erro de proibição não possui relação com o desconhecimento da lei. Trata-se de erro sobre a ilicitude do fato, e não sobre a lei, na verdade é uma falsa percepção da realidade. A Lei é a norma escrita editada pelos órgãos competentes do Estado o que é ilícito para a sociedade dominante pode ser lícito para os indígenas.

Agindo o indígena em erro de proibição haverá a exclusão da culpabilidade ficando assim isento de pena.

A consciência da ilicitude é o conhecimento profano do injusto (não se exige do leigo um juízo técnico-jurídico). É saber que o fato é antinormativo; ter a consciência de que se faz algo contrário ao sentimento de justiça da sociedade.

Zaffaroni define a consciência da ilicitude como sendo o erro de compreensão culturalmente condicionado nos seguintes termos:

De qualquer maneira, haverá casos de consciência dissidente em que apareça um erro de compreensão invencível e em tais hipóteses não haverá culpabilidade. Nesse sentido, serão particularmente relevantes os erros de compreensão culturalmente condicionados, isto é, quando o indivíduo tenha sido educado numa cultura diferente da nossa, e desde criança tenha internalizado as regras de conduta desta cultura.

Como regra geral, o erro de compreensão culturalmente condicionado será um erro de proibição invencível, que eliminara a culpabilidade da conduta, por mais que a consciência dissidente, em princípio, por si mesma, não seja uma causa de inculpabilidade. Trata-se de graus de exigibilidade da compreensão que, como acontece com toda a problemática da culpabilidade, traduz-se em graus de reprovabilidade, nem sempre simples de valorar¹⁵⁰.

Verifica-se, que a Constituição Federal de 1988, tendo como base as mudanças na compreensão do reconhecimento de diferenças culturais, torna-se imprescindível a realização

¹⁴⁹ Obrigatório, que não se pode arrumar desculpas (escusas) para não fazer.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl;PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, v.1: parte geral**, P553, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

do laudo antropológica para identificar as normas culturais relacionadas com o delito praticado pelo indígena bem como o grau de conhecimento da ilicitude quando da sua pratica.

Sobre a realização do laudo antropológico temos os comentários de Luiz Fernando Villares¹⁵¹:

(...) O laudo antropológico é o instrumento técnico que é colocado à disposição do juiz para auferir, através de pesquisa antropológica, a organização social, as instituições, os costumes, o sistema jurídico e os métodos aos quais os povos indígenas recorrem tradicionalmente para repressão do delito (...).

Por meio da perícia antropológica, será possível determinar o grau de consciência da ilicitude do ato praticado, para efeito da aplicação do disposto no Artigo 21 do Código Penal nesse sentido afirma Villares:

(...) Auxilia no julgamento da compreensão do índio sobre o caráter ilícito de sua ação, bem como o situa no complexo de relações sociais que define sua conduta. É importantíssimo para se decidir sobre a figura do erro sobre a ilicitude do fato que exclui a responsabilidade penal (...)

Por fim, não se pode permitir que os princípios determinadores do Poder Constituinte Originário de 1988 venham sofrer retrocesso. É necessário que se dê a devida atenção para o tema. Somente assim, os povos indígenas continuarão existindo de forma completa.

Na verdade existe precedente no STF que a falta de realização do exame antropológico é causa de nulidade absoluta podendo ser discutida a qualquer tempo não sendo atingida pela preclusão¹⁵².

4.4 DA OBRIGATORIEDADE DE LAUDO ANTROPOLÓGICO PARA O CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME ESPECIAL PARA O INDÍGENA

Atualmente os indígenas vivem tutelados pelo Estado, pelo menos por lei, o que significa que cabe ao governo dar as condições para que possam viver em suas comunidades, de acordo com seus costumes, sem ter que se submeter a uma cultura que não tem nenhuma relação com seu modo de vida e da qual não tem conhecimento.

¹⁵¹ C.f. VILLARES, Luiz Fernandes. **Direito e Povos Indígenas**, P 309, Ed Juruá – Curitiba- 2009

¹⁵² C.f. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 84.308-5 MARANHÃO

Com a possibilidade de ser punido como um cidadão comum, o indígena ao praticar um crime será regido por uma legislação especial, onde tem o direito de cumprir a pena em um regime especial como dispõem o artigo 56 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) determina que 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.

Já o parágrafo único do mesmo artigo prevê que 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 próximo da habitação do condenado.

Pode-se verificar que o exame antropológico se faz necessário para aplicação das penas de reclusão ou de detenção, sem, contudo tirar de foco que o cumprimento da pena será próximo da habitação do condenado.

Quanto à obrigatoriedade do laudo antropológico assim comenta Luiz Fernando Villares:

O laudo antropológico-cultural deveria ser obrigatório, pois ele é, antes de tudo, instrumento de justiça. Só ele poderá analisar no caso concreto a inserção de um valor cultural numa pessoa criada em uma sociedade diversa. Não existe no ordenamento jurídico previsão expressa do laudo antropológico, tão somente a faculdade de o réu solicitar a produção de provas, entre elas a prova pericial¹⁵³.

Para corroborar com os argumentos acima, o artigo 113 parágrafo 1º e 2º do PL 2.057/91 dispõe que nos processos criminais contra índios, o juiz, ao proferir sentença, considerará o grau de consciência da ilicitude do ato praticado e uma vez sendo o índio condenado por infração penal, na aplicação da pena o juiz considerará as peculiaridades culturais do réu para fins de atenuação da pena.

4.5 A JURISPRUDÊNCIA DO STF PARA APLICAÇÃO DO REGIME ESPECIAL PARA CRIMES PRATICADOS POR INDÍGENAS

A Constituição Federal e a Convenção 169 da OIT coadunam que a imputabilidade do indígena deve ser apurada pelo juiz da causa, com o auxílio de profissionais habilitados (antropólogos, sociólogos e psicólogos), respeitando assim os direitos da comunidade indígena principalmente quando do cumprimento da pena junto a sua comunidade.

¹⁵³ C.f. VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p 302

No entanto, esse não tem sido o entendimento jurisprudencial de nossas cortes já que uma vez conhecendo o juiz da causa, que o indígena estar “integrado” à cultura da comunhão nacional os juízes vem dispensando o exame antropológicos reconhecendo assim a imputabilidade penal do indígena deixando de aplicar o regime especial previsto no parágrafo único do artigo 56 do Estatuto do Índio.

Esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no dia 5 de outubro de 2004 da Relatoria do ministro Gilson Diip, no HC nº 30.113 MA, como se pode verificar na jurisprudência abaixo:

HABEAS CORPUS Nº 30.113 - MA (2003/0154495-0)

RELATOR: MINISTRO GILSON DIPP

IMPETRANTE: DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
 IMPETRADO: TURMA ESPECIAL DE FÉRIAS DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO PACIENTE: **ADAUTO VIANA GUAJAJARA DA SILVA (PRESO) EMENTA**

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA. ÍNDIO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DISPENSABILIDADE. RÉU INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. PLEITO DE CONCESSÃO DO REGIME DE SEMILIBERDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO. ORDEM DENEGADA.

II. Não é indispensável a realização de perícia antropológica, se evidenciado que o paciente, não obstante ser índio está integrado à sociedade e aos costumes da civilização.

III. Se os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da inimputabilidade do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes, **não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de laudo antropológico.**

VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido *in casu*. Precedentes.

VII. Ordem denegada.

Brasília (DF), 5 de outubro de 2004 (Data do Julgamento)

Como pode ser visto no julgado, após 16 anos da promulgação da Constituição de 1988, a Jurisprudência do STJ numa política integracionista, preconceituosa, contrariando vários preceitos constitucionais afasta dos indígenas o direito de terem um tratamento diferenciado, afastando assim a realização do laudo, bem como a concessão de um regime especial de liberdade previsto no Estatuto do Índio.

Sendo assim, ao indígena que convive com a sociedade dominante, que de forma equivocada é considerado integrado, quando da prática de uma infração penal recebe o mesmo tratamento penal dos dominantes como pode ser bem definido por Carlos Marés:

Está presente nesse esconderijo da lei penal a ideia de que os índios se acabarão num futuro próximo, quando encontrarem a paciência a alegria de viver na “pacífica, justa, doce e humana” sociedade dos civilizados, e então o Direito Penal ser-lhes-á aplicado em plenitude, e os juristas não se envergonharão mais nos congressos internacionais. É transparente neste episódio jurídico a ideia etnocêntrica e monista de que o sonho de todo índio é deixar de sê-lo. É presente a incompreensão do direito dos povos indígenas de continuarem a ser índios ainda que em contato longo e até mesmo amistoso com a sociedade não índia¹⁵⁴.

Inconformado com a decisão do STJ no HC Nº 30.113 – MA, o paciente impetrou um novo habeas corpus no STF no dia 17 de novembro de 2005, que foi distribuído para a 1ª Turma, tendo como relator o Ministro Eros Grau.

O objeto do Habeas Corpus foi a negativa do laudo antropológico e a não aplicação do artigo 56 do Estatuto do índio, assim ficou a ementa:

HABEAS CORPUS 85.198-3 MARANHÃO

RELATOR: MIN. EROS GRAU

PACIENTE(S): ADAUTO VIANA GUAJAJARA DA SILVA

IMPETRANTE(S): HELENITA CAIADO DE ACIOLI

(SUBPROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA)

COATOR (A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS POR ÍNDIO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. ATENUAÇÃO DA PENA E REGIME DE SEMILIBERDADE.

1. Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente.

3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena.

No dia 17 de novembro de 2005 a Primeira Turma do STF por unanimidade de voto firmou o entendimento de que o regime de semiliberdade é um direito conferido ao indígena e

¹⁵⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 5ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. P 111

independentemente do grau de integração, ou do crime por ele praticado, ou seja, ainda que não se realize o exame antropológico, o indígena infrator tem o direito de cumprir a pena em regime especial nos termos do artigo 56 parágrafo único do Estatuto do Índio.

4.6 JURISPRUDÊNCIAS DO STF PARA ANULAR A CONDENAÇÃO DE INDÍGENA POR AUSÊNCIA DE EXAME ANTROPOLÓGICO

A Primeira Turma do STF no dia 15 de dezembro de 2005, no Recurso ordinário em Habeas Corpus da anulou uma sentença que condenou três indígenas pela prática de latrocínio por falta de laudo antropológico O relator do habeas corpus foi o Ministro Sepúlveda Pertence.

Assim ficou a ementa da decisão do Ministro bem como parte do seu relatório:

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 84.308-5
MARANHÃO**

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

RECORRENTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO (A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PACIENTE(S): VALDEMAR GUAJAJARA OU VALDEMIR GUAJAJARA

PACIENTE(S): ARGEMIRO GUAJAJARA

PACIENTE(S): MATIAS GUAJAJARA

I. Habeas corpus: crime de latrocínio praticado por índio: competência da Justiça estadual: precedente: HC 80.496, 1ª T., 12.12.2000, Moreira, DJ 06.04.2001.

II. Instrução processual e cerceamento de defesa: infração penal praticada por indígena: não realização de perícias antropológica e biológica: sentença baseada em dados de fato inválidos: nulidade absoluta não coberta pela preclusão.

1. A falta de determinação da perícia, quando exigível à vista das circunstâncias do caso concreto, constitui nulidade da instrução criminal, não coberta pela preclusão, se a ausência de requerimento para sua realização somente pode ser atribuída ao Ministério Público, a quem cabia o ônus de demonstrar a legitimidade *ad causam* dos pacientes.

2. A validade dos outros elementos de fato invocados pelas instâncias de mérito para concluírem que os pacientes eram maiores de idade ao tempo do crime e estavam absolutamente integrados é questão passível de exame na via do **habeas corpus**.

3. A invocação de dados de fato inválidos à demonstração da maioridade e do grau de integração dos pacientes constitui nulidade absoluta, que acarreta a anulação do processo a partir da decisão que julgou encerrada a instrução, permitindo-se a realização das perícias necessárias.

O recurso foi interposto pelo MPF contra acórdão do STJ, que denegou a ordem requerida em favor dos pacientes, índios condenados por crime de latrocínio pela Justiça do Maranhão.

O MPF Requereu que fosse a anulado o processo a partir da instrução, garantindo-se a realização das perícias ou, ainda, o cumprimento da pena em regime especial de semiliberdade, em posto da FUNAI mais próximo de sua habitação.

Quanto à alegação da preclusão bem como pela negativa do laudo antropológico assim se manifestou o Ministro Relator:

De um lado, porque se trata de nulidade absoluta e, de outro, porque a ausência de requerimento da perícia somente poderia ser atribuída ao Ministério Público. (...) Com efeito, se, de um lado, o grau de integração e a maioria não se presumem, de outro, a demonstração deles, mais do que interesse da defesa, é ônus do Ministério Público, a quem cabia demonstrar a legitimidade **ad causam** dos pacientes. É questão que deve ser conhecida até mesmo de ofício.

É importante destacar, que no caso acima não ficou provado que os acusados eram no tempo do crime maior ou menor, para tal análise seria necessário o laudo antropológico e na dúvida deveria ter sido requerido pelo Ministério Público.

Quanto ao grau de integração a sentença e acórdão se limitaram a informar que os acusados viviam próximos a uma rodovia e convivia com a comunidade branca sem, contudo ficar provada a integração.

Nesse sentido se manifestou assim o ministro relator:

Este é o caso dos autos: não se invocou nenhum dado de fato válido que demonstrasse efetivamente que os pacientes eram maiores ou que estariam absolutamente integrados à comunhão nacional.

Com efeito, a certeza da maioria – e não apenas a ausência de elementos em sentido contrário - deve ser evidenciada em dados de fatos que a concretizem, o que não ocorreu.

É que aí se pretende demonstrar que os pacientes estavam absolutamente integrados não por qualquer condição pessoal deles, mas porque pertencentes a uma comunidade que, além de ser próxima a uma determinada rodovia, possuía casas atípicas cultura indígena, com a presença de “*homens brancos*”, carros, etc.

Daí não se extrai, todavia, que eventualmente alguns índios– dentre eles os pacientes - preservem hábitos culturais próprios, com valores e costumes de extrema relevância para o deslinde do caso, inclusive sobre se lhes aplica ou não o regime especial.

Sendo assim, no dia 15 de dezembro de 2005 a Primeira turma do STF deu provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, nos termos do voto do Relator para anular o processo a partir da decisão que julgou encerrada a instrução, permitindo-se a realização de perícias necessárias para a verificação do grau de integração dos pacientes e para aferir a idade de Valdemir Guajajara e Argemiro Guajajara ao tempo do crime.

4.7 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DE RORAIMA AFASTANDO O ESTATUTO DO ÍNDIO PARA O INDÍGENA “INTEGRADO”

O Tribunal de Justiça de Roraima deixou de aplicar o Estatuto do Índio sob a alegação que só seria aplicável ao silvícola que, ao tempo do crime, e em razão dos costumes e tradições de seu povo, não possuía condições de entender o caráter ilícito da conduta praticada.

Sendo integrado não se pode discutir regime especial de liberdade, atenuação da pena bem como a realização de exame antropológico.

Assim ficou o acórdão:

Processo: 000008010456-5

APELANTE: ADALBERTO SILVINO ROMAO

ROGENILTON FERREIRA GOMES (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL- ART 213, C/C 224 “A” DO CÓDIGO PENAL- APELANTE QUE ALEGA SER SILVÍCOLA NÃO TOTALMENTE INTEGRADO À SOCIEDADE-REQUERIDA A INIMPUTABILIDADE-REJEIÇÃO-RÉU QUE REUNIA, AO TEMPO DO CRIME, PLENAS CONDIÇÕES DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DA CONDUTA PRATICADA-INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DO ÍNDIO-INTEGRAÇÃO À COMUNIDADE E CULTURA NACIONAIS EVIDENCIADA NOS AUTOS.

1. O Estatuto do Índio só é aplicável ao silvícola que, ao tempo do crime, e em razão dos costumes e tradições de seu povo, não possuía condições de entender o caráter ilícito da conduta praticada, o que não ocorre no caso presente, que trata de réu que se encontra plenamente integrado à sociedade e cultura nacionais.

Inconformado com o acórdão do TJRR, o Defensor Público Rogenilton Ferreira Gomes no dia 14 de março de 2011 embargou nos seguintes termos:

(...) na sentença o Magistrado considerou o embargante plenamente imputável e em nenhum momento fez menção à sua condição de indígena (...) não justificou o porquê de não aplicar o disposto no artigo 56 seu parágrafo único (...).

O embargo teve dupla finalidade, a primeira foi fazer o pré-questionamento para o recurso especial e a segunda para que fosse esclarecida a omissão pela não aplicação do regime especial previsto no artigo 56 da lei nº 600.1/73.

O embargo de declaração foi negado por unanimidade de voto no dia 29 de março de 2011, e no dia 02 de maio de 2011, foi protocolado o recurso especial para o STJ, tendo como pedido a aplicação do regime especial.

Verifica-se que à aplicação do regime especial de cumprimento de pena para as infrações penais praticadas por indígenas e a realização do exame antropológico são conflitantes em todo o poder judiciário, desde o juiz de primeiro grau até ao STF.

Sendo assim, para que possa ser assegurada a efetividade desses preceitos, é necessário que em todos os crimes envolvendo índios, como autores ou vítimas seja realizado estudo antropológico para que seja apurados a conduta criminosa, o caráter o ilícito do autor ou vítima e saber se, realmente, se trata de indígena, bem como dos reflexos do crime na comunidade em face de seus costumes e de seu direito consuetudinário.

4.8 ENTREVISTA COM AUTORIDADES FEDERAIS E ESTADUAIS SOBRE A REALIZAÇÃO DE EXAME ANTROPOLÓGICO

Como parte integrante do trabalho de pesquisa científica, foram realizadas entrevistas¹⁵⁵ com as autoridades federal e estadual tendo sido perguntado sobre a realização de exame antropológico.

Os entrevistados são: o Juiz Federal Doutor Helder Girão Barreto¹⁵⁶, o Procurador da República Doutor Fernando Machiavelli Pacheco¹⁵⁷, o Procurador Federal, Doutor Wilson Précoma¹⁵⁸ e o Procurador de Justiça Doutor Fábio Bastos Stica¹⁵⁹.

Doutor Helder Girão dando continuidade (...) e a questão do laudo antropológico como está esse tema dentro da justiça federal? Esse laudo ele é realmente necessário, é obrigatório?

(...) Então, nós temos que dividir as coisas: a questão do laudo antropológico, eu vejo sobre dois ângulos: primeiro da definição se aquela pessoa que está sendo processada é índio ou não, é claro que o laudo diz respeito à prova, prova só se houve fato controverso, se não houve fato

¹⁵⁵ A entrevista completa encontra-se anexa a dissertação

¹⁵⁶ Titular da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Roraima, Mestre em Direito, Doutor em Relações Internacionais pela UFRR/UNB, é autor do livro Direitos Indígenas Vetores Constitucionais.

¹⁵⁷ Procurador da República-representante da Sexta Câmara de Coordenação e Revisão no Estado de Roraima que trabalha com as matérias afetas as temáticas de comunidades tradicionais e de população indígena em geral

¹⁵⁸ Procurador Federal, responsável pela seção de indígenas da Advocacia Geral da União (AGU) no Estado de Roraima.

¹⁵⁹ Procurador Geral de Justiça no Estado de Roraima.

controverso não tem que ter laudo pericial para provar nada, se não houver controvérsia de que aquela parte do processo é índio o laudo antropológico é perfeitamente dispensado, havendo controvérsia aí sim se faz um laudo antropológico para definir se aquele sujeito é ou não índio.. (...) O outro lado desse tal de laudo antropológico que me parece que é uma confusão que se faz muito frequentemente é sobre a diferença entre capacidade civil e imputabilidade penal, capacidade civil é uma coisa e imputabilidade penal é outra, os índios são capazes civilmente hoje o que a Constituição faz é abandonar e eu digo com todas as letras nesse meu livro, abandonar a ideia, a concepção de que o índio era um ser incapaz, absolutamente incapaz ele só se tornava capaz quando ele se incorporasse, se integrasse. (...) a Constituição considera o índio como diferente se ele é imputável ou inimputável é uma questão de prova se houver uma dúvida durante o processo penal, durante o inquérito ou processo penal sei lá, uma questão da imputabilidade penal todos nos estamos sujeitos a ela desde que haja um incidente num processo, num inquérito que diga que essa pessoa é inimputável penalmente. O índio por ser índio ele não é inimputável penal de jeito nenhum. (...) Então pelo que eu tenho visto e eu tenho julgado processos aqui, nunca foi necessário fazer laudo antropológico nem pra definir se aquele cidadão era índio, nem pra definir se ele era inimputável, nunca! Eu fiz mais de dez júris envolvendo índio e julguei vários processos envolvendo índios e nunca houve este questionamento, nunca se fez um laudo antropológico que eu tenha conhecimento na Seção do judiciário de Roraima¹⁶⁰.

Doutor Fernando Machiavelli: como está a situação em relação à realização ou não do exame laudo antropológico.

(...) em minha opinião e na opinião de diversos colegas do MP federal, enfim, inclusive na doutrina descrevem aqueles que se o debruçam especificamente sobre esse assunto, ele é necessário (...) a maior importância da necessidade dele é a da verificação da possibilidade da compreensão da norma penal, da vedação da conduta que é levada ao efeito pelo indígena, isso em que perspectiva. (...) a ideia do laudo antropológico na verdade que nos aceitamos ele não é um laudo antropológico que verifique um grau de integração do indígena de uma maneira abstrata para poder se chegar a uma conclusão preconceituosa no sentido que o indígena estaria equiparado ao ser humano com o desenvolvimento mental incompleto que é aquela leitura que se tem lamentavelmente na legislação civil e lamentavelmente ainda é utilizada para quem lança mão do estatuto do índio sem uma filtragem Constitucional como se trata dos graus de integração. (...) nestas perspectivas, claro eu defendo a finalidade do laudo antropológico é a verificação da possibilidade ou impossibilidade por um motivo de diversidade étnica do indígena se conduzir de acordo com a lei penal da sociedade envolvente isso vai ocorrer então de duas maneiras utilizando a temática clássica do direito penal na sua perspectiva do erro de tipo e sobre a perspectiva do erro de proibição ambos em uma leitura culturalmente condicionada (...) a própria compreensão de determinada situação fática ela pode variar de acordo com o entendimento na verdade com a tradição, enfim

¹⁶⁰ Entrevista realizada no dia 7 de fevereiro de 2013, nas dependências da Primeira Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado de Roraima, com o Juiz Federal o Dr. Helder Girão Barreto.

com as características culturais de determinada pessoa dentro da sua cultura
161

Doutor Wilson Prêcoma vamos falar agora sobre laudo antropológico:

O laudo antropológico se presta para duas situações distintas. A primeira é a questão comunitária, a questão do indígena com relação à terra que ele está ocupando; é de fundamental importância; não dá para fazer nenhuma resolução de qualquer contenda judicial ou extrajudicial sem perfil, ou sem elaboração de um laudo antropológico específico para a região (...). E também na seara criminal, é de fundamental importância, tanto é que eu requeiro nas respostas a denuncia, além da oitiva das testemunhas, também requeiro a produção do laudo antropológico e já contrariando a dogmática da defesa criminal, já dizendo por que do pedido do laudo antropológico. (...). Então, como a maioria dos crimes que nós vemos são praticados pelos indígenas, é resultante do estado em função de ter ingerido bebida alcoólica, certo? Fabricada ou não por eles. (...) O laudo antropológico vem dar justamente esse respaldo e eu sempre parto da premissa que o indígena é um ser destrutivo, porque ele vive numa dualidade permanente. (...) O critério cultural dele é o critério iminente sob a questão biológica: menstruou, é mulher. Você menstruou, pode ter filhos. Pode ter filhos, tem a liberdade sexual, ou tem companheiro já pré-ajustado ou pode tê-lo depois em outro momento. Então, ela desvincula-se da figura de criança, para ser mulher. Esse rito de passagem tem trazido muitos aborrecimentos para as nossas defesas e isso nós precisamos provar também através do laudo antropológico
162

Doutor Fábio Stica gostaria que o senhor comentasse a respeito da realização ou não do laudo antropológico nas infrações penais praticadas por indígenas.

(...) alguns criticam o laudo antropológico dizendo que os próprios antropólogos são tendenciosos, eu também não gosto de partir desse pressuposto porque primeiro eu acho que você tem que respeitar todos os profissionais dentro das suas áreas de conhecimento. O código penal tem algumas situações que ele exige, por exemplo, do juiz um conhecimento que ele não detém que quando ele fala no artigo 59, que o juiz terá que examinar, levar em consideração a personalidade do réu pra efetuar o cálculo da pena, personalidade é algo que o juiz, não tem a menor condição, promotor, advogado nenhum de nós tem condição de fazer essa análise até por que ele não conhece o réu (...) o laudo antropológico não seria pra dizer se ele é indígena ou não, não seria com essa finalidade, atestar se é um indígena ou se não é. Mas sim para atestar o que a capacidade de compreensão daquele indivíduo específico de cometer determinado delito a compreensão que ele teria ou não da nossa norma, se nós poderíamos aplicar a ele uma sanção, a nossa sanção dentro daquela determinada conduta por ele praticado, e este laudo a meu ver só poderia ser feito por quem detém esse conhecimento

¹⁶¹ Entrevista realizada no dia 1 de fevereiro de 2013, nas dependências do Ministério Público Federal- Com o Procurador da República.

¹⁶² Entrevista realizada no dia 5 de fevereiro de 2013, nas dependências da Advocacia Geral da União com o Procurador Federal do Estado de Roraima, Dr. Wilson Prêcoma.

científico, que não é outro profissional senão o antropólogo (...) Os delitos praticados pelos indígenas, no mínimo nos temos que ter alguém que diga. Olha, na cultura deles isso é crime ou não é, não é que o laudo antropológico é que vai decidir, não! O laudo é uma peça que embasa a decisão mais ele não é obrigado, quem elabora o laudo antropológico não é quem decide mais ele é uma peça a meu ver fundamental pra que os integrantes da sociedade branca possam julgar os integrantes da sociedade indígena (...) E acaba com aquela ideia de que ele tem carteira de motorista, ele tem título de eleitor, então ele não é índio, não é nada disso, cultura é uma coisa, o indígena ele pode tá morando aqui há trinta anos, e ele tem 50 anos ou ele pode até ter menos mais a cultura esta dentro do cidadão¹⁶³.

Antes da Constituição de 1988 não havia discussão sobre perícia, atualmente constitui uma realidade profissional.

A perícia antropológica vem sendo desenvolvida principalmente nas sociedades indígenas, populações tradicionais, nas análises dos impactos socioambientais e de projetos de desenvolvimento.

Cabe destacar que pesquisas antropológicas, com ênfase no respeito à diversidade cultural, devem despertar interesses por juristas, como foi apresentado em todo o capítulo e, em particular, pelos entrevistados. E devem influenciar as decisões do poder judiciário em todas as questões criminais, já que – através da realização do laudo antropológico, pode-se saber se o indígena tinha o conhecimento da ilicitude do crime, ou não, e assim o juiz poderá, na análise do erro de proibição, aplicar uma pena ou isentar o indígena do crime. Acredita-se que, só assim, haverá julgamento justo em caso de crime envolvendo esses grupos minoritários importantes na formação do povo brasileiro.

¹⁶³ Entrevista realizada no dia 19 de fevereiro de 2013, nas dependências do Ministério Público do Estado de Roraima, com o Procurador Geral de Justiça Doutor Fábio Bastos Stica.

CONCLUSÃO

Todas as Constituições, com exceção das Constituições de 1824 e a de 1891, trataram de reconhecer aos índios, os direitos sobre os territórios por eles ocupados.

Como parte integrante da política pública de proteção aos índios, as Constituições de 1934, 1946, 1967 e a de 1969 continham em seu texto que os indígenas seriam “integrados” gradativamente à comunhão nacional, já as Constituições de 1937 e a de 1988 não fizeram qualquer referência à integração dos indígenas.

A ideia de integração gradativa do indígena atingiu diretamente o Estatuto do índio (Lei 6.001/73)¹⁶⁴. Primeiro, por haver previsão na Constituição de 1969¹⁶⁵, e segundo, pela promulgação através do Brasil com o Decreto nº 58.824, em 14 de junho de 1966, aprovando a Convenção 107, da OIT, influenciado assim na política indigenista brasileira.

Antes da promulgação da Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência interpretava a imputabilidade penal dos índios a luz do artigo 26 do código penal, e do artigo 4º do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/ 1973), segundo o qual os índios são considerados isolados, em vias de integração e integrados. O entendimento predominante, em resumo, era no sentido da inimputabilidade dos índios isolados e da imputabilidade dos integrados.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e em homenagem a diversidade cultural, passou-se a dar um novo tratamento jurídico aos indígenas, onde deve ser respeitada a sua cultura e tradição, sendo reconhecido ao índio um tratamento diferenciado, ou seja, o direito de ser índio, abandonado assim o paradigma da integração, que vigorou nas Constituições anteriores e que foi inserida no Estatuto do Índio e que tem colocado o indígena em situação inferior.

Temos ainda os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na Convenção 169 da OIT que possui status de um tratado internacional, e com a adesão pelo Brasil da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, reconhecendo os direitos desses povos como sendo direitos humanos, afastando assim a política da integração que junto com Constituição influenciará na aprovação do Estatuto da Sociedade Indígena e na revogação total do Estatuto do Índio que não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

¹⁶⁴C.f. Art. 66. O órgão de proteção ao silvícola fará divulgar e respeitar as normas da Convenção 107, promulgada pelo Decreto nº 58.824 de 14.07.1966.

¹⁶⁵ C.f. Art. 8, XVII, o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;

Com a Constituição de 1988 criou-se a necessidade de revisão da legislação e nas jurisprudências dos tribunais superiores relativo aos índios, quando da prática de infração penal que deve ter como fundamento o artigo 109 da CF, que trata da competência para processar e julgar indígena como sendo da justiça federal o que tem ocorrido atualmente é que por força da Súmula 140 do STJ tem-se entendido ser da justiça estadual.

Quanto à competência da Justiça Federal para processar e julgar indígenas é importante destacar a entrevista com Procurador da República e do Procurador Federal que afirmam ser da Justiça Federal a competência para processar e julgar os indígenas tanto nas questões que envolverem o interesse coletivo quanto o individual.

Já, na entrevista com o Juiz Federal, o mesmo entende que o problema da competência está em definir o que é disputa e, depois, o que são direitos indígenas; uma vez definido, pode-se dizer que será competente.

Na entrevista como o Procurador Geral de Justiça do Estado de Roraima, o mesmo entende que o simples fato de um cidadão ser indígena não o torna diferente para ser julgado na Justiça Federal e sugere que deve sim ser criada uma justiça especializada que não necessariamente seja federal.

Longe da polêmica acima, na pesquisa, pode-se verificar que o projeto de lei nº 156/09, que trata da reforma do Código de Processo Penal dispõe que será da Justiça Federal a competência para processar e julgar indígenas quanto da prática de infração penal não importando ser o interesse individual ou coletivo.

No trabalho de pesquisa foram realizados dois estudos de casos, um envolvendo o índio PAIAKAN e outro com o índio BASÍLIO. No estudo de caso apresentado, o índio Paiakan foi acusado e condenado pela prática do crime de estupro. Fica clara a urgência em se rever a jurisprudência dominante, já que o crime ocorreu no ano de 1992, tendo sido absolvido pelo o juiz de primeiro grau; e, em apelação do Ministério Público, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Pará no dia 17 de dezembro de 1998, sem que fosse observado o artigo 231 e 109 da CF, bem como o Estatuto do Índio. O argumento sustentado tanto no TJPA bem como no STJ e STF era o de que “se tratava de um índio integrado a sociedade”, por saber ler e ser eleitor, ou seja, foi aplicado ao Paiakan a política da integração prevista nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969, e foi afastado o estado pluriétnico estabelecido pela Constituição de 1988.

No segundo estudo, conhecido como Caso Basílio, ocorreu no ano de 1986, portanto anterior a Constituição de 1988, foi respeitada e aplicada a pena pela própria comunidade nos termos do artigo 57 do Estatuto do Índio.

É importante destacar que aplicação de penalidade pelos indígenas prevista na lei nº 6.001 do ano de 1973 foi bem avançada, tendo em vista que o respeito à cultura e os costumes indígenas passam a ser reconhecidos na Constituição de 1988 e pelos instrumentos internacionais como OIT 169 de 1991 e pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007.

Outra mudança que deve ser feita em havendo crime praticado por indígena é a realização de exame antropológico para a análise da aplicação da pena que é vista atualmente dentro da culpabilidade no elemento da imputabilidade, com o reconhecimento da diversidade cultural e o afastamento da integração do indígena a culpabilidade deve ser analisada dentro do potencial conhecimento da ilicitude no erro de proibição previsto no artigo 21 do Código Penal.

Durante a pesquisa verificou-se que o Juiz Federal da 1º Vara de Bauru, rejeitou a denúncia por ausência do laudo antropológico nos termos do artigo 395 II do CPP.

Pode-se assim concluir que os direitos estabelecidos na legislação indigenista brasileira não podem ser contemplados apenas aos índios que vivem em aldeias e que tiveram ou têm pouco ou nenhum contato com a cultura da sociedade não indígena envolvente. Impõe-se que também sejam assegurados aos índios influenciados pela cultura dos brancos os direitos previstos na legislação indigenista, desde que esses índios sejam reconhecidos pela comunidade indígena como tais e que sua segregação afete a comunidade (interesse coletivo).

Enquanto não ocorrem as mudanças na legislação penal indígenas, devem as autoridades policiais, o ministério público e poder judiciário confirmar de forma efetiva que o autor do crime é indígena. Uma vez confirmado, devem ser aplicadas as regras previstas nos artigos 56 e 57 em conjunto com os preceitos contidos no art. 3º, inciso I do Estatuto do Índio.

Os indígenas vivem tutelados pelo Estado, pelo menos por lei, o que significa que cabe ao governo dar as condições para que possam viver em suas comunidades, de acordo com seus costumes, sem ter que se submeter a uma legislação que não tem nenhuma relação com seu modo de vida e da qual não tem conhecimento, cabendo ao poder judiciário em particular ao STF e STJ reexaminar a jurisprudência que ainda predomina, em grande parte construída no século passado, sob o pálio de ultrapassada visão etnocêntrica e integracionista, a qual cuidava dos índios como categoria obrigada ao desaparecimento.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação: Direito à diferença*. São Paulo: Plêiade/Fapesp, 2001.

BARRETO, Helder Girão Direitos Indígenas- Vetores Constitucionais. Curitiba, Juruá, 2009.

BRASIL. Decreto Nº 36.098, DE 19 DE AGOSTO DE 1954. Promulga a Convenção Sobre o Instituto Indigenista Interamericano, Concluída em Parzcuaro, Mexico, a 24 de Fevereiro de 1940.

BRASIL Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 107 sobre as populações indígenas e tribais.

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.

BRASIL. Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928. Regula a situação dos índios nascidos no território nacional.

BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO Nº 143, DE 2002. Aprova o texto da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os povos indígenas e tribais em países independentes.

BRASIL. Decreto nº 73.332, de 19 de dezembro de 1973. Define a estrutura do Departamento de Polícia Federal e dá outras providências.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 55, de 17 de julho de 1953. Aprova a Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano elaborada por ocasião do 1 congresso indigenista interamericano que se reuniu na cidade de patzcuaro, mexico, de 14 a 24 de fevereiro de 1940 para adesão do brasil.

BRASIL. LEI Nº 9.028 de 12 de abril de 1995 Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório, e dá outras providências.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de Agosto de 2001. Acresce e altera dispositivos das Leis nºs 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, das Leis

nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências.

BRASIL. portaria Nº 839, de 18 de junho 2010. Disciplina e estabelece critérios para a atuação dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal na defesa de direitos indígenas.

BRASIL. Lei Nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

BRASIL. Projeto de LEI Nº 2.057/91- Consulta realizada <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569> no dia 17 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Crime praticado por índio. Latrocínio. Competência da Justiça Estadual. Recurso ordinário em habeas corpus. Nº 84.308-5 . Superior Tribunal de Justiça e Valdemar Guajajara ou Valdemir Guajajara, Argemiro Guajajara e Matias Guajajara. Relator Ministro Sepúlveda pertence, 20 de abril de 2011. <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/crimes/crimes>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Crime praticado por índio. Estupro. Art. 213 do CP. Inexistência de disputa sobre direitos indígenas. Competência da Justiça Estadual. (HC 79530 PA, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 16/12/1999, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 25-02-2000 PP-00053 EMENT VOL-01980-03 PP-00568 RTJ VOL-00172-02 PP-00582)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Crime praticado contra indígena. Genocídio. Disputa de terras. Direitos indígenas. Competência da Justiça Federal. Recurso Extraordinário do Amazonas- Ministério Público Federal e Wanderley Penha Nascimento e outros. (RE 179485 AM , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 06/12/1994, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 10-11-1995 PP-38326 EMENT VOL-01808-06 PP-01097).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence à pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal.(RE-351487 RR , Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/08/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-11-2006 PP-00050 EMENT VOL-02255-03 PP-00571 RTJ VOL-00200-03 PP-01360 RT v. 96, n. 857, 2007, p. 543-557 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 494-523).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Crime praticado por índio. Homicídio. Competência da Justiça Federal. Habeas Corpus nº 71835-3 Mato Grosso do Sul- Amâncio Martins, João Martins e Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Francisco Rezek, 20 de abril de 2011.<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/crimes/crimes>>

BRASIL- Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma praticados por índio. Laudo antropológico. Desnecessidade. Atenuação da pena e regime de semiliberdade. (HC 85.198-3 - 1ª T. - Rel. Min. Eros Grau - DJU 09.12.2005 - p. 16)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Crime praticado contra silvícola. Homicídio. Competência da Justiça Federal. Recurso Extraordinário nº 192473-0 Roraima Ministério Público Federal e Pedro Paulino Celeiro Megias- Relator Ministro Néri da Silveira, 20 de abril de 2011.<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/crimes/crimes>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Fatos delituosos praticados contra índios dentro de reserva indígena. Interesse da União. Competência da Justiça Federal. HC 65912 MG - Relator Ministro Célio Borja, data do julgamento 6 de maio de 1988, Segunda Turma, data da publicação DJ 24-06-1988. Consulta 22 de abril de 2011.<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/crimes/crimes>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Crime praticado por índios. Homicídio. Delito comum. Ausência de disputa sobre direitos indígenas. Competência da Justiça Estadual. Habeas Corpus nº 81.827-7 MT- Juliano Zoneizokat, Osvaldo Batista XeroKema, Benedito Garcias Onezoka, Paulo Sergio Axokeme e o Relator do conflito de competência nº 20903 do Superior Tribunal de Justiça. (Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 27/05/2002, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 23-08-2002 PP-00115 EMENT VOL-02079-02 PP-00232)

BRASIL- Superior Tribunal de Justiça Penal. pena-base. mínimo legal. menoridade e causa de aumento. Fixação Da Pena. Critérios. REsp 46182 DF 1994/0008847-7-Relator Ministro JESUS COSTA LIMA -T5 - QUINTA TURMA Publicação: DJ 16.05.1994 p. 11779, JSTJ vol. 14 p. 291, LEXSTJ vol. 66 p. 325.

BRASIL- Superior Tribunal de Justiça Penal. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Inexistência de crimes relacionados a disputa sobre direitos indígenas.(CC 38.517/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2012, DJe 31/10/2012)

BRASIL- Superior Tribunal de Justiça Penal. PENAL. Pena-base. Mínimo legal. (REsp 46182 DF 1994/0008847-7, Relator: Ministro JESUS COSTA LIMA, Data de Julgamento: 04/05/1994, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16.05.1994 p. 11779JSTJ vol. 14 p. 291LEXSTJ vol. 66 p. 325RSTJ vol. 73 p. 348 RSTJ vol. 131 p. 171)

BRASIL- Superior Tribunal de Justiça. Penal. Pena. Fixação. (REsp 7287 PR 1991/0000481-2, Relator: Ministro WILLIAM PATTERSON, Data de Julgamento: 16/04/1991, T6 -

SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06.05.1991 p. 5674J STJ vol. 14 p. 303 RSTJ vol. 28 p. 464RSTJ vol. 131 p. 151)

BRASIL- Superior Tribunal de Justiça. Penal - A atenuante não se confunde com a causa especial de diminuição da pena. (R Esp 15691 PR 1991/0021212-1, Relator: Ministro PEDRO ACIOLI, Data de Julgamento: 01/12/1992, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.05.1993 p. 7812JSTJ vol. 14 p. 310 RSTJ vol. 47 p. 196 RSTJ vol. 131 p. 158)

BRASIL- Superior Tribunal de Justiça. Penal- O Princípio Constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A atenuante distingue-se da causa especial de diminuição da pena. (R Esp 32344 PR 1993/0004667-5, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 06/04/1993, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17.05.1993 p. 9373JSTJ vol. 14 p. 318 RSTJ vol. 131 p. 167)

BRASIL- Superior Tribunal de Justiça. ASSISTÊNCIA DAFUNAI. Índio denunciado por crime de toxico que pede assistência da FUNAI, todavia recusada pelo Juiz ao entendimento de que por possuir documentos e viver na cidade o indígena está integrado.(MS 30675 AM 2009/0200796-2, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 22/11/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2011)

BRASIL- Superior Tribunal de Justiça Penal. Estupro. Art. 213 do Código Penal. Índio. Nulidade. Competência. Cerceamento de defesa. Falta de exame antropológico. (HC 9403 PA 1999/0040887-0, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 16/09/1999, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 18/10/1999 p. 242JBC vol. 46 p. 158JSTJ vol. 11 p. 354REVFOR vol. 352 p. 445RT vol. 773 p. 539, undefined).

BRASIL- Superior Tribunal de Justiça Penal. ÍNDIO. ESTUPRO. NULIDADE PROCESSUAL.REVELIA. DOSAGEM DA PENA. REGIME. LEI Nº 6.001/73.6.001A inquirição de testemunhas sem a presença do réu, declarado revel no curso da instrução, por não comparecer a audiência para a qual foi intimado. (HC 11862 PA 2000/0002143-1, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 22/08/2000, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 09/10/2000 p. 166, undefined).

BRASIL- Superior Tribunal de Justiça. Criminal. HC. Tráfico de entorpecentes. Porte ilegal de arma. Índio. Nulidade. Cerceamento de defesa. Falta de perícia antropológica. Dispensabilidade. (HC 30113 MA 2003/0154495-0, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 04/10/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16.11.2004 p. 305)

BRASIL- Superior Tribunal de Justiça- Súmula 140 STJ- DJ 24.05.1995

BRASIL- Superior Tribunal de Justiça- Súmula 231 STJ- DJ 15.10.1999

BRASIL. Lei nº 5.371, 5 de dezembro de 1967 -Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências.

BRASIL- Código Pena; Processo Penal e Constituição Federal/obra coletiva da autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Filho, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes – 7 Ed- São Paulo: Saraiva, 2011

BRASIL- Decreto Legislativo nº 55, de 17 de julho de 1953- Aprova a Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano elaborado por ocasião do 1º Congresso Indigenista Interamericano que se reuniu na cidade de Patzcuaro, México, de 14 a 24 de fevereiro de 1940 para adesão do Brasil.

BRASIL. Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957- Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº11,12,13,14,19,26,29,81,88,89,95,99,100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho.

BRASIL. Decreto nº 73.332, de 19 de dezembro de 1973. Define a estrutura do Departamento de Polícia Federal e dá outras providências.

BRASIL. Constituição (1824). Disponível em <[http: www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)> acesso em 28 julho 2012

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891) Disponível em <[http: www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)> acesso em 28 julho 2012

BRASIL.Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1934) Disponível em <[http: www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)> acesso em 28 julho 2012

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937) Disponível em <[http: www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)> acesso em 28 julho 2012

BRASIL.Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1946) Disponível em <[http: www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)> acesso em 28 julho 2012

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1967) Disponível em <[http: www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)> acesso em 28 julho 2012

BRASIL. A Emenda Constitucional número 1 de 17 de outubro de 1969 Disponível em <<http://www.camara.gov.br>> acesso em 28 julho 2012

BRASIL. Senado. Comissão de Jurista responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal / Anteprojeto/ Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal-Brasília: Senado Federal 2009. 133 p

BRASIL Constituição da República Federativa do Brasil (5 de outubro de 1988)

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. Revista de informação Legislativa- Senado Federal –ano 46, nº183, jul/set 2009.

CASTILHO, M.L.V. A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas. Disponível em: www.ajufers.org.br/revistas/rev01/01_dr_volkmer.pdf. Acesso em 25 nov. 2012.

Diário Oficial da União, Brasília, n 219, 13 de novembro de 2012 Seção 1

FARAGE, Nádia. As Muralhas dos Sertões: Os Povos indígenas no Rio Branco e a colonização- Rio de Janeiro: Paz e Terra; ANPOCS, 1991.

FONSECA, Ozório José de Menezes; BARBOSA, Waldimir de Albuquerque; MELO, Sandro Nahmias. Normas para elaboração de Monografias e Dissertação e Teses. Manaus: UEA, 2005

IBGE.Censo 2010- www.censo2010.ibge.gov.br Acesso 20 out 2011

JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 28, nov./dez. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297

LAPLANTINE, François. Aprender Antropologia- São Paulo: Brasiliense, 1999. p.16

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos Culturais dos povos Indígenas – Aspectos do seu reconhecimento. In: Juliana Santilli. *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: NDI/Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 228.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito- O Estado Pluriétnico Disponível em http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicações/docs_plurietnico.pdf. Acesso de 16 março de 2012. p.1.

Protocolo adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, "protocolo de San Salvador". Pesquisa realizada no site< <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96port/96PortCap7.1.htm>> em 22 de novembro de 2012.

Povos Indígenas do Brasil disponível em< <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/convencao-oit-sobre-povos-indigenas-e-tribais-em-paises-independentes-n%20.-169>>. Acesso em 22 de abril de 2012

PERÍCIA ANTROPOLÓGICA EM PROCESSOS JUDICIAIS Pesquisa http://www.antropowatch.com.br/protocolo_de_intencoes.html consulta realizada no 20 de dezembro de 2012

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

R.SJRJ, Rio de Janeiro, n 22, p 290- 2008- Ação Penal Pública nº 2007.41.01.001128-6

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios e competência criminal. A necessária revisão da Súmula nº 140 do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 651, 20 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6606>>. Acesso em: 16 de maio. 2012.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Cárcere privado praticado por indígenas: rejeição da denúncia por falta de prévio estudo antropológico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2802, 4 mar. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18621>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVEIRA, Edson Damas da. Sociambientalismo amazônico./Edson Damas da Silveira./1ªed. (ano 2008), 1ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2009.

VERDUM, Ricardo (Org.). Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília. Instituto de Estudo Socioeconômico – INESC 2009 Pesquisa realizada no site http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20090918_01.pdf em 22 de novembro de 2012

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, v1: parte geral**. 6 ed., rev. E atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005.

ANEXOS

ANEXO 1 - Entrevista com o Procurador da República

Dia 1 de fevereiro de 2013-Entrevista com o procurador da República

Marcos Pereira > Estou aqui com o Procurador da República Dr Fernando Machiavelli, Doutor quero inicialmente agradecer a oportunidade de estar aqui com o senhor eu estou desenvolvendo um trabalho como pesquisador por ser mestrando da Universidade Estadual do Amazonas, a onde eu trato da questão indígena no aspecto principal a competência da justiça federal ou estadual para julgar esses crimes, a questão da obrigatoriedade ou não da realização do laudo antropológico e por fim no ultimo capitulo eu trato da Súmula 140 da aplicação dela atualmente ou se deve haver OU NÃO O cancelamento desta Súmula.

MARCOS PEREIRA > Doutor Fernando eu queria saber inicialmente aqui no Ministério Público Federal qual o setor que trata, qual e a questão do local onde o senhor exerce sua função relacionada à questão indígena?

ENTREVISTADO > O Ministério Público Federal ele é dividido em na sua organização interna em seis Câmaras temáticas que são as câmaras de coordenação e revisão, que elas estão instaladas em Brasília, que elas exercem então a coordenação e revisão de todos os membros, e dentre essas câmaras a uma câmara especifica que e a Sexta Câmara de Coordenação e Revisão que trata de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais, então nesta Câmara os Procuradores representantes dessa Câmara que no caso eu sou o Procurador aqui em Roraima representante da Sexta Câmara de Coordenação e Revisão, eles vão trabalhar com as matérias afetas as temáticas de comunidades tradicionais e de população indígena em geral, então essa separação e uma exclusividade dentro da separação de atribuições do Ministério Público Federal especifica dessa temática sob tudo a temática indígena e claro não deixando de lado as comunidades tradicionais em geral, quilombolas e ciganos, comunidades extrativistas, em fim as demais que se colocam o rotulo minoria.

MARCOS PEREIRA > Doutor, nós temos aí a questão de competência então quando envolve essas minorias em particular a questão indígena, já que a constituição de 88, ela deu um tratamento especial deixou basicamente um capitulo, e nesse capitulo direciona algumas questões voltadas aos indígenas, e outros artigos espalhados dentro da própria constituição, mais ela trás também em seu artigo 109, as atribuições da justiça federal e ai é claro que o senhor como Procurador e uma vez ocorrendo a competência da justiça federal vai haver a atuação do Ministério Público Federal, mas dentro desse trabalho que esta sendo realizado nota-se no trabalho de pesquisa que há varias decisões conflitantes em relação a aplicabilidade ou não lá do inciso XI, qual e a questão que esta envolvida, então justamente essa que e o certame desse trabalho é a discussão quanto a competência da justiça federal para atuar e consequentemente da atuação do Ministério Público Federal, então gostaria de saber do senhor como esta na visão do Ministério Público essa atuação da justiça federal em relação ao artigo 109 inciso XI em relação ao artigo 109, I, já que a FUNAI é uma fundação é uma autarquia federal e como esta isso, e tivemos agora uma questão interessante e uma decisão do STJ, num mandado de segurança no dia 22 de novembro de 2011 do Ministro Gilson Dipp, e eu creio que com isso vai ocorrer uma mudança muito grande nessas questões, eu gostaria de saber, do senhor como está isso, qual entendimento que se faz aqui em relação não só ao Ministério Publico Federal aqui do estado de Roraima, bem como a posição do Ministério Publico Federal nesse sentido.

ENTREVISTADO > Em geral o Ministério Público Federal, respeitadas as dependências de colegas etc., uma posição que se pode dizer em geral, vamos dizer assumida pelo Ministério Publico Federal por seus órgãos em processos judiciais e no sentido de que mesmo que se entendendo valida e vigente a Súmula 140 do STJ, a interpretação que se tem que prestar a ela e bastante restritiva e a interpretação que se tem que dar ao artigo 109, XI da Constituição e bastante ampliativa a luz do Art.231 da Constituição que trata dos povos indígenas a luz da maior proteção da Constituição vamos dizer assim do cuidado erige, que a Constituição determina em relação aos povos indígenas e as comunidades tradicionais em geral, as proteções do modo de fazer, viver e criar das comunidades tradicionais em geral especificamente em relação aos indígenas, então há uma visão no sentido de que a justiça federal por ser justiça afeta, as causas em que a FUNAI ela é parte, as causas em que a União e parte, tendo em conta que e uma função da União e que determinado pelo 231 da Constituição os direitos dos povos indígenas, acessos a serviços, a exercício da própria cidadania ele esta diretamente ligando a

funções da União inclusive do usufruto de suas terras que é propriedade da União, no entanto a uma ligação muito mais íntima com a União federal no quanto se diz de povos indígenas em geral e aí trazendo a questão para o direito penal parece não haver dúvida que toda essa gama de temáticas em que a competência e federal autoriza a conclusão de que o trato mesmo quando se cuida de direito individual, ou seja, o indígena como vítima de determinada ação delitiva, o indígena como autor de determinada ação delitiva a justiça federal pelo que ela enfrenta em relação às temáticas dos indígenas ela estaria com uma maior capacidade de prestar contas a isso, porque a justiça que vai tratar da saúde e a justiça que vai tratar da questão da educação, e a justiça que vai tratar da questão da terra em fim e a justiça que vai tratar da disputa do direito dos indígenas, e a pergunta é, até quando se pode isolar determinado fato típico que envolve uma comunidade indígena, que envolve um autor indígena, que envolve uma vítima indígena do próprio sentido de comunidade, tendo em conta que quando se trata de indígenas, o individualismo que vamos dizer, norteia a organização social da sociedade envolvente que norteia o nosso modo de vida e nos mas das vezes não se reproduz nas comunidades indígenas então o que pode ser o fato que aos olhos da comunidade envolvente ele trata de uma questão individual, aos olhos da comunidade ele normalmente envolve interesses, direitos até como fundo da comunidade toda, a segregação de um indígena de determinadas comunidades pode envolver, acarretar uma ruptura da organização social dela, sobre tudo se pegarmos as culturas das comunidades indígenas em que a atomização do poder político dentro das famílias, das parentelas que muitas vezes são formadas por cinquenta, cem pessoas e a retirada, por exemplo uma segregação, em fim para qualquer espécie de pena criminal pode gerar um impacto muito grande, então e muito tênue a separação entre o interesse ou o direito da comunidade e aí entra o conceito de disputa do direito indígena art. 109 , e a questão da Súmula 140 que vai dizer quando a vítima ou o autor for indígena a competência e da justiça estadual, na verdade a interpretação da Súmula 140 na nossa concepção se reputar ela válida partindo do pressuposto que ela ainda não foi cancelada ela tem que ser a com menor âmbito normativo possível abarcando o menor número de situações possível , uma questão que foi levantada que é a do voto no Ministro Gilson Dipp desse mandato de segurança , isso foi curioso, interessante, por que ele em que pese não tenha afastado a Súmula 140 mesmo que de maneira que não foi sustado o cancelamento da Súmula, a participação da FUNAI que trouxe ao debate a necessidade da competência da necessidade de se aproximar mais com a justiça federal o delito no caso, o que ocorre, a FUNAI, isso a diversos Procuradores Federais que entendem como uma interpretação que parece bastante lúcida das normativas da FUNAI isso a até a assinada de um decreto que trata da questão que a FUNAI ela pode e deve intervir em todos os processos em que há indígenas demandados ou vítimas de processos penais o só fato de uma fundação federal entrar no processo, participar do processo mesmo que de maneira simples gera a alteração da competência, isso é uma jurisprudência consolidada inquestionável, a questão de que a justiça federal compete inciso I do art.109 julgar as causas em que se tenha a disputa entre interesses da União e havendo a FUNAI como assistente que seja isso já gera alteração da competência.

E por fim, outra questão que também ligada à participação da FUNAI e aquela que no, mas às vezes vão aportar os autos, se isso já não foi feito quer pela defesa, ou acusação visando à aplicação do direito penal, de um direito processual penal, etnicamente adequado, o que isso quer dizer, quer dizer assegurar igualdade dentro do processo penal reconhecendo as diferenças étnicas dos seus atores isso que dizer traduzindo que o processo penal que envolve indígenas mesmo na qualidade de vítimas, no, mas das vezes pra reclamar vai reclamar a participação, a interlocução, do que se pode chamar de um tradutor étnico, uma perícia étnica conduzida por um antropólogo que vise a uma tradução mesmo de valores não apenas um laudo antropológico, que venha dizer da conta de uma possibilidade ou não de compreensão da lei penal, mas também que ele participe ativamente da própria inquirição, por exemplo, da testemunha isso coisa que na prática não ocorre. O fato de que indígenas que falam a língua portuguesa, eles tem uma compreensão de determinados signos, de determinadas palavras, de uma forma diferente daquela utilizada pelo juízo ou pela acusação ou pela defesa, ainda mais quando se fala de conceitos jurídicos, conceitos técnicos, então a possibilidade de haver ruídos, na interlocução entre as partes quando se envolvem comunidades tradicionais e muito grandes. Daí a necessidade, por uma questão de direito a igualdade mesmo dentro do processo penal, de uma intermediação mesmo, para a compreensão de determinados signos.

MARCOS PEREIRA > ainda que ele dirija, fale, mesmo que ele esteja integrado à comunidade dominante.

ENTREVISTADO > Sem dúvidas, eu até gostaria de tratar dessa questão da integração, na verdade quando o Estatuto do Índio trata da integração, isso é até uma posição que a própria FUNAI defende a pareceres jurídicos da FUNAI, de Brasília, inclusive, tratando disso é uma posição bastante tranquila do Ministério Público Federal ou pelo menos é uma posição majoritária, e no sentido de que não houve recepção pela constituição de 1988 do conceito de indígena integrado, não integrado ou em via de integração na verdade a CF de 88 ao estabelecer o estado pluriétnico, uma sociedade multicultural, e reconhecer os valores, reconhecer as identidades, vamos dizer das diversas culturas, então reconhecendo a diversidade ela não pode cogitar de uma integração como se há sociedade envolvente também não esta integrada a cultura diversa, quer dizer que a ideia de integração parte de um paradigma que agente pode dizer etnocêntrico, e que a uma sociedade dominante etnicamente homogênea, é uma inverdade que não há uma ingenuidade étnica na sociedade envolvente, e que aquelas demais sociedades envolvidas estariam numa via de se tornarem iguais, como se a diferença diminuísse, a diferença não diminui, a diferença de forma alguma, pelo contrário ela enriquece, e ela tem que ser respeitada, e a questão da integração ela não sobrevive a uma filtragem constitucional, e de outro lado ela não sobrevive a uma filtragem de controle de convencionalidade ou de constitucionalidade dentro da perspectiva de bloco de constitucionalidade, em face da Convenção de 169 da Organização Internacional do Trabalho já que traz uma série de direitos indígenas, a partir da ideia do indígena, que dirige, que estudou, que mora em casa, vota, votar então nem se fala por que votar e o direito de cidadania que não precisa superar alguma diferença étnica ele precisa exercer a sua cidadania.

MARCOS PEREIRA > Doutor no vamos ter aqui até aproveitando um objeto do trabalho, por isso eu uso como trabalho o caso do índio PAULINHO PAIAKAN, que justamente em 1990 ocorreu para ele foi impetrado no dia 20 de setembro, várias HCs, e um dos fatores interessantes e é isso que vai ser objeto da pergunta, foi afastada a Assistência da FUNAI nesse caso concreto inclusive está nos autos e baseado nessa decisão recente do Superior Tribunal de Justiça o qual coloca a importância de ter assistência da FUNAI, e aqui eu falo do PAULINHO PAIAKAN, mas na verdade poderiam ser outros casos em que a FUNAI foi afastada como assistente, mas foi o dele que chamou mais atenção à época, e ainda tem em várias ações, ele está inclusive fora da aldeia, não foi preso ainda, já foi inclusive determinada a prisão dele, e a pergunta é a seguinte: com toda essa visão com essa quebra de paradigma, da Constituição, agora esse recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tratando aqui da questão individual aonde o indígena deverá sim ter a presença da FUNAI, ainda que a questão seja individual, ainda que ele esteja integrado e aí viria a seguinte pergunta, e esse processo o que vai ocorrer, porque o caso do Paulinho Paiakan, por exemplo, foi um que aconteceu em 1999, já o julgamento, já na atual Constituição, e claro como este vão ter vários como afastadas a assistência da FUNAI, qual vai ser o entendimento? O que deve acontecer? Vai ser nulo? Essa matéria é uma questão processual? Vai ser uma nulidade absoluta? Ou relativa?

ENTREVISTADO > Na verdade em havendo a consolidação que ainda não há por que há jurisprudências nos tribunais federais e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ela ainda é majoritária no sentido de uma aplicação bastante generosa na da Súmula 140, são raros, e esse julgado do ministro Gilson Dipp pode vir a ser um julgado excepcional, que possa ser uma jurisprudência que venha ser usada como fundamento para eventual reconhecimento de juridicidade, inclusive em havendo uma legislação nova se entendermos que ela tem algum conteúdo material, mera norma processual me parece que quando se cuida de um direito de participação de um ator dentro do processo quer pela acusação quer pela defesa, se pode pensar sim em uma posição de direito material, de qualquer maneira havendo uma alteração de evidência seria viável a veiculação de tese de nulidade, no entanto devemos lembrar que havendo uma alteração de jurisprudência ela terá que se dar de uma maneira sedimentada, e eventualmente enfrentando a questão inclusive, aí posso trazer exemplos outros, da própria decisão para mudança de jurisprudência uma eficácia prospectiva, aí temos, por exemplo, o caso do regime integralmente fechado que ao decorrer da lei dos crimes hediondos que ao determinar a possibilidade de progressão, já consignado o fato de que aquilo não geraria indenização, nenhuma prisão foi ilegal antes daquele momento. Então pode se fixar eventualmente para não gerar uma alteração, no sentido de que a participação da FUNAI é mais ampla o só fato de ela participar já e competência federal, no entanto ela não tendo participado, a justiça estadual tinha sua jurisdição então não poderia se cogitar a sua competência por nulidade em fim isso é uma questão que vai de acordo com a alteração jurisprudencial se é que vai vir, vai ter que ser definida, mas não há dúvida de que a

depende do que se decida nesse caminho, nessa alteração de jurisprudência pode sem dúvida haver uma revisão de processos anterior, o que inclusive pode haver numa eventual alteração da legislação, o estatuto dos povos indígenas, com relação trazendo a competência federal, viesse um novo código de processo penal, editado e aprovado, se não houver provável em ressalva em normas transitórias dos procedimentos anteriores.

MARCOS PEREIRA > Doutor Fernando, e o poder de polícia, vamos imaginar que ocorra um crime numa área indígena em determinado local, qual o entendimento que se tem em relação a essa questão, quem e que realiza as investigações? É a polícia civil? Ela Vai poder entrar na área?

ENTREVISTADO > Bem, na linha do entendimento, como e que a gente poderia dividir, a FUNAI ela exerce o poder de polícia administrativa das áreas indígenas, evitando as ocorrências de quaisquer atos ilícitos cíveis e criminais inclusive, enquanto a polícia federal vai a ela competir a apuração de crimes ocorridos nessas áreas, então sinteticamente, a polícia federal que de forma primordial, compete o poder de polícia e a polícia judiciária, vamos dizer assim, dentro de áreas indígenas, no entanto a polícia federal e a FUNAI tem o dever de atuar em conjunto para manter a ordem jurídica nas áreas indígenas, o próprio ingresso da polícia federal nas terras indígenas tudo vai depender de uma situação, de uma eventual necessidade de presença, de flagrante, etc, mas ele deve ser precedido de um contato com a FUNAI, de uma ação cooperada, da FUNAI, por exemplo, precisa buscar um indígena para ser ouvido num inquérito policial, comunica-se a FUNAI, a FUNAI faz uma intermediação com indígena, talvez até por necessidade antropológica, para explicar que fato é esse, o que é ser conduzido para ser ouvido numa investigação em sede policial, e a polícia federal então que faz essa parte investigativa, a intervenção da polícia civil em terra indígena a participação dela, ela deve ocorrer somente nos casos de prévia autorização da FUNAI ou por convocação por necessidade de auxílio da polícia federal, e até por outro lado o ingresso na área indígena feito sem autorização da FUNAI e independentemente de uma solicitação da polícia federal, ele vai ser uma ocorrência ilícita, vai ser contra esse entendimento, vai se revestir de ilegitimidade, essa e que e a verdade, isso na leitura que temos, a polícia civil sem uma convocação da polícia federal, sem um pedido de colaboração da FUNAI, em fim sem uma ideia cooperativa com aqueles que de forma primordial incube essa atividade do poder de polícia, ela vai estar inclusive atuando a margem da ordem jurídica, no entanto isso tem que ser frisado na prática o que temos sobre tudo em estado em que as terras indígenas tenham uma relevância territorial, como e o caso de Roraima, e também caso de outros estados da região norte, sob tudo da Amazônia legal, as polícias estaduais, elas entram e pode se dizer que a uma permissividade da atuação delas em terras indígenas, mas isso e uma questão a ser construída num plano fático, numa mudança de praticas que combinem com a ordem jurídica, a leitura de qualquer maneira que ao passo a competente da justiça federal decorre de toda aquela gama de argumentos que eu declinei anteriormente, da mesma maneira da mesma forma, e que isso ainda não vem sendo uma jurisprudência que agente possa chamar de majoritária, da mesma forma a Polícia Federal e a FUNAI que deve promover a polícia administrativa e a polícia judiciária dentro de áreas indígenas.

MARCOS PEREIRA - Dando prosseguimento a terceira parte da entrevista, iremos tratar agora da questão da súmula 140, do STJ e os conflitos de competência da justiça federal e estadual pra processar e julgar as infrações penais praticadas por índios.

Dr. Gostaria que o senhor fizesse um comentário a respeito dessa súmula 140.

ENTREVISTADO > A súmula 140, ela traz uma previsão que me parece na nossa visão, ela é inadequada, mas da forma que ela vem sendo aplicada ela se torna ainda mais adequada, além do fato, de agente vislumbrar nesse estágio de um cancelamento dessa súmula, e o que viria inclusive com uma eventual alteração normativa como um reflexo de se fixar a competência da justiça federal a tratar de causas criminais em que indígenas figuram como autor ou como réu, a súmula 140, vem sendo aplicada de uma maneira, que se quer passa por uma filtragem constitucional e sobre tudo em face do artigo 231 da constituição, em face da necessidade de ser reconhecer que a Constituição Federal, ela ao elege um estado pluriétnico ou multicultural e ao dar a União federal atribuição para tratar da defesa dos indígenas a grande maioria das questões que envolvem a realidade da vida social dos indígenas, que acaba recaindo sobre a competência da justiça federal, exatamente por ser a União, aquela que esta constitucionalmente incumbida de prestar diversos serviços, na verdade de ser o estado no sentido amplo dentro das comunidades indígenas, a uma justificativa bastante lógica, bastante coerente no sentido de que a justiça federal deveria fazer, deveria ser competente pra causa que envolve indígena e até ultrapassando isso, uma leitura diretamente do inciso XI do artigo 109, leva-se

em conta que as ações criminais, vamos dizer de uma forma mais ampla, questões, problemas que envolvem Direito penal de uma maneira geral dentro de comunidades indígenas, com indígenas como autores, com indígenas como vítimas elas no mais das vezes não envolvem a comunidade como um todo, exatamente como já expliquei anteriormente, pelo fato de que ao contrário da sociedade envolvente, ao contrário do modo de vida individualista que se tem no mais das vezes, pelo menos de uma maneira preponderante na comunidade envolvente as comunidades tradicionais e sobre tudo as populações indígenas elas tem um modo de vida muito mais ligado a valores comunitários, isso pode se verificar, por exemplo, na própria face do direito de propriedade, se é que pode se chamar de direito de propriedade quando se trata dos bens do patrimônio, enfim que existem em comunidade de terras indígenas, em que a coletividade administra, em que há outra questão a própria relação familiar, a existência das parentelas, a existência em várias comunidades de uma atomização dos poderes políticos, ou seja, várias redes de poderes normalmente ligadas por questões de parentescos em que se tem, por exemplo, aqui em Roraima a figura de um tuxaua, se tem em outras regiões a figura de um cacique enfim a figura de um chefe político, isso quer dizer o que? Isso quer dizer que essa forma de fazer e de viver, de enfim, de se organizar socialmente ela já traz uma diversidade que tem que ser observada sobre a perspectiva de qual será o impacto quando houver algum crime, ou seja, quando o direito penal e quando as agências do direito penal, ou seja, o estado ele venha a falar para processar determinado indígena ou pra processar o autor de um fato contra determinado indígena, como é que se pode afastar isso da coletividade? Como é que se pode afastar do impacto, ou como é que se pode afastar isso da relação da comunidade toda? No momento que até o só fato de ser indígena é uma autoidentificação, mas é uma autoidentificação dentro de determinado grupo, como é que a gente pode afastar essa questão da perspectiva coletiva? Isso já me parece bastante difícil e o que ocorre é que a súmula 140, ela trabalha exatamente ao contrário, ela cria o que deveria ser regra como exceção, ela trata o que deveria ser regra como exceção, ela vai dizer que de uma maneira genérica como agente pode dizer, com a tentativa de vocação abstrata e normativa geral ela diz que crimes praticados por indígenas ou contra indígenas são de competência da justiça estadual, quer dizer ela faz um fechamento de, numa visão mais hermenêutica ela fecha o sentido do artigo 109 inciso XI e sobre uma leitura a luz do artigo 231, a luz dos próprios, sobre tudo a Convenção 169 da OIT ao invés dela assegurar uma abertura de significação pra concretização dos casos em que realmente a ou não interesse da coletividade, há ou não há impacto na coletividade em decorrência de determinado delito, ela faz uma blindagem, ela fecha como se tudo que envolve crimes quer com indígenas como autores, quer como indígenas como vítimas, deveria ser da justiça estadual, isso me por parece, por isso já abrir a fala no sentido de que, há menos com uma leitura, mas podemos dizer tradicional a súmula 140, parece que não resisti a um exame mais denso a luz da onde ela deve buscar fundamento de validade, que são numa visão bem tradicional na norma constitucional, com um pouco mais de arrojo no bloco de constitucionalidade formado por tratados internacionais que o Brasil signatário que trata as comunidades tradicionais populações indígenas. Além disso, então além do fato que ela não resistir parece que não resiste ao um exame mais denso dos seus requisitos de validade mesmo se reputando a ela ainda válida do âmbito de aplicação dela, necessariamente tem que ser reduzido, e o que se vê na jurisprudência é o contrário, ela tem uma leitura superior ativa, ela tem como a gente pode dizer, uma ampliação, ela parece fechar a interpretação dos casos concretos quando se trata de indígena vítima ou autor e aí a de se fazer, quando se conseguiu fazer alguma alteração de competência, ou quando se conseguiu sustentar isso reclama um esforço argumentativo, um ônus de argumentação quer do ministério público federal quer da FUNAI, quando intervém como assistente, quer mesmo do juízo quando sustenta, que a ele falece a competência ou a ele se fixa a competência, cargo estadual, cargo federal por que parece que se tem que argumentar contra a súmula quando a súmula na verdade que deveria prestar contas a argumentos muito mais fortes, superiores a ela que são esses que agente está trazendo.

MARCOS PEREIRA - Quer dizer então doutor. Eu estou aqui só imaginando porque, quando se trata de competência, é uma norma processual, e a aplicação seria imediata; e, nessa linha de raciocínio, o ministério público será que o poder judiciário estaria preparado, já que era realmente como o senhor disse, tudo estava indo para o estadual e vamos imaginar que não tenha sido sentenciado, será que está preparada a justiça federal e o ministério público federal para receber os processos que estariam lá, esse deslocamento não vai poder alterar assim toda a máquina?

ENTREVISTADO > Isso é o que agente chama de problema de política judiciária, é como solucionar determinada alteração legislativa que eventualmente não tem nas estruturas administrativas, nas estruturas institucionais uma força para fazer frente a uma demanda nova criada; no entanto, a gente convive com isso, me parecem, crises dentro do judiciário por acúmulo, quer de recursos que são as mais conhecidas, as crises das quais decorreram a alterações, sobretudo na emenda constitucional 45, por exemplo, que fez uma redução das possibilidades de acesso às cortes superiores o que agora se pretende inclusive se estender ainda mais ao Superior Tribunal de Justiça, agente tem isso quando na emenda 45, altera a competência da justiça trabalhista, por exemplo, em que houve um acréscimo muito significativo sobre tudo no campo da responsabilidade civil em que se migrou grande parte das demandas de trabalhadores contra empregadores, então isso é uma realidade que me parece que não pode ser negado mais ela não pode ser um entrave, ela não me parece que imuniza a viabilidade, pra começar não é um argumento de principio é um argumento de política e é um argumento de política judiciária que a própria experiência institucional do judiciário brasileiro, agente pode colher agora rapidamente me referi a vários casos, mas a gente pode colher varias experiências que tivemos em que ocorreram alterações de competência, necessariamente se vai ter que fazer frente a novas demandas, mas por outro lado isso ai pode ser acertado com um mecanismo, e outros a criação de varas especializadas a criação de novos enfim, cargos, mas o que não impede na verdade de forma algumas de se pensar que uma dificuldade fática blinde ou impeça, diminua a uma obrigação um comando constitucional.

MARCOS PEREIRA - O cancelamento da súmula é cumprir o que determina a Constituição.

ENTREVISTADO > Exatamente, numa leitura que nos parece, mas correta. Deixando sempre expresso respeito total a entendimento do sentido contrario de que há e podemos afirmar sem qualquer receio de equivoco que na jurisprudência eles são o entendimento majoritário.

MARCOS PEREIRA: Daremos início ao 4º tema que é em relação ao exame antropológico, Doutor, eu queria saber do Senhor como está a situação em relação à realização ou não do exame laudo antropológico, até por que nesse trabalho, alias, seguindo uma decisão de um juiz que ele entendeu que o ministério público ao oferecer a denúncia, ele rejeitou a denúncia, tendo em vista, que o MP, ele não apresentou laudo antropológico, aliás, disse esse juiz ele coloca na sua decisão que o ministério público, atentou-se apenas a seguinte situação: que o indígena tinha sido candidato, eleitor e sabia dirigir e, portanto não havia a necessidade da realização do exame antropológico, gostaria que o Senhor fizesse o comentário desse tema.

ENTREVISTADO > Pontualmente quanto à rejeição de uma denúncia poderia haver uma discussão quanto a este expediente que é adepto ao processo penal e nesse seria um momento adequado à rejeição, por que, o laudo antropológico na opinião e em minha opinião e na de diversos colegas do MP federal, enfim, inclusive na doutrina descrevem aqueles que se debruçam especificamente sobre esse assunto, ele é necessário, sobretudo na verdade, por que digo a maior importância da necessidade dele é a da verificação da possibilidade da compreensão da norma penal da vedação da conduta que é levada ao efeito pelo indígena, isso em que perspectiva, na perspectiva disso superada a ideia do laudo antropológico na verdade que nos aceitamos ele não é um laudo antropológico que verifique um grau de integração do indígena de uma maneira abstrata para poder se chegar a uma conclusão preconceituosa no sentido que o indígena estaria equiparado ao ser humano com o desenvolvimento mental incompleto que é aquela leitura que se tem lamentavelmente na legislação civil e lamentavelmente ainda é utilizada para quem lança mão do estatuto do índio sem uma filtragem Constitucional como se trata dos graus de integração. Pois bem, superada a questão que a integração do indígena pode ser utilizada como um argumento para fim de considerar um tratamento penal que o reputa incapaz tem que se analisar superada essa visão que é um exame tradicional tem que se verificar a possibilidade de punição de indígena sobre a perspectiva do erro de proibição ou do erro de tipo culturalmente condicionado, então, na perspectiva, nesta perspectiva, claro eu defendo a finalidade do laudo antropológico é a verificação da possibilidade ou impossibilidade por um motivo de diversidade étnica do indígena se conduzir de acordo com a lei penal da sociedade envolvente isso vai ocorrer então de duas maneiras utilizando a temática clássica do direito penal na sua perspectiva do erro de tipo sobre a perspectiva do erro de proibição ambos em uma leitura culturalmente condicionada, ou seja, a própria, dentro do erro de tipo o próprio conhecimento de determinada situação fática, a própria compreensão de determinada situação fática ela pode variar de acordo com o entendimento na verdade com a tradição, enfim com as características culturais de determinada pessoa dentro da sua cultura.

MARCOS PEREIRA: é interessante isso que o senhor está falando por que dentro do próprio estatuto ele fala de atenuação da pena e o mais curioso é que atenuação da pena ocorre na segunda fase, e o juiz trazendo aquela pena ficando no mínimo legal ele não pode descer a pena, já que a jurisprudência coloca no episódio trazer abaixo daquele mínimo e sendo erro de proibição mais interessante que ele consegue já que seria na 3ª fase e justamente por ele não ter conhecimento daquele fato da forma que realmente ocorreu até para o juiz realmente analisar aquele caso indígena seria interessante.

ENTREVISTADO > Sim e na perspectiva do erro de tipo ele afasta a tipicidade e aí ele pode entender que não há crime.

MARCOS PEREIRA: ou seja, não havendo crime ou fazer a redução que é prevista dentro do próprio estatuto.

ENTREVISTADO > é dentro da perspectiva e sim da dogmática clássica, dentro do erro de tipo ele poderá afastar a tipicidade se for vencível e da para fazer a aplicação do culposo quando existente é a dogmática clássica da parte geral do código penal e na possibilidade da aplicação do erro de proibição culturalmente condicionada que até vai ser mais comum ele pode gerar a redução de pelo menos a isenção da pena por falta da culpabilidade mais uma culpabilidade que não parte do pressuposto de um desenvolvimento mental que volto a dizer um preconceito sem tamanho incompleto por que o indígena tem exatamente ou mais o mesmo desenvolvimento intelectual, a diferença é que a compreensão que ele pode fazer em determinado fenômeno da sociedade envolvente ela é tão equivocada como a compreensão que eu posso fazer em determinado fenômeno dentro da comunidade dele, se ele tivesse um desenvolvimento mental incompleto quando ele tem contato com a sociedade envolvente eu tenho esse mesmo desenvolvimento mental incompleto na comunidade dele, o Zaffaroni faz uma referência quando ele critica o conceito de integração, que ele fala, eu sou tão mais desintegrado que o indígena quando eu estou na comunidade dele.

MARCOS PEREIRA: Verdade, verdade

ENTREVISTADO > é uma questão no momento de se verificar de um ponto de vista, um paradigma pluriétnico a superação dessas ideias parece bastante clara, e aí o trabalho se vai ser utilizado o direito penal na sociedade envolvente que se faça uma leitura eticamente adequada e essa filtragem, por isso que a finalidade do laudo antropológico na perspectiva a que defendida e que há perspectiva que é comandada por diversos setores do Ministério Público Federal acho que, não posso dizer, majoritário, porque eu poderia estar manifestando alguma coisa que não tenho dados para comprovar, no entanto isso é uma tônica, é uma visão que é bastante.

MARCOS PEREIRA: ou seja, ela é analisada dentro da culpabilidade mais não na imputabilidade, e se acontecer algo do conhecimento da ilicitude e isso fica perfeito porque realmente vai permitir ao juiz até ainda que ele venha utilizar o estatuto do indígena, ainda que ele não tenha sido recepcionado, mas ele pelo menos nessa linha ele vai poder realmente ou isentar de pena do fato que não considerado, ou até fazer a devida redução o quando ele faz no meu entender, onde pude visualizar ele coloca no chamado semi-imputável, ele coloca que teve um caso que inclusive foi colocado em um indígena a única forma que teve foi considerado o indígena semi-imputável pra poder fazer aquela hipótese de reduzir a pena, então eu vejo que o senhor disse que realmente essa realização do laudo seria interessante da análise da culpabilidade.

ENTREVISTADO > é na verdade a ideia que parece adequada é uma intermediação que já venho me referido, sobretudo na coleta de prova oral interrogatório ou em tipo de testemunha uma intermediação antropologia para se evitar a possibilidade de um ruído de uma dificuldade de compreensão do que está sendo tratado, isso volto a dizer na prática, tive a oportunidade de presenciar atos processuais na verdade já registrado em audiovisual, eu participei diretamente nos atos, mas em que havia um manifesto de dificuldade de compreensão e não houve uma intermediação antropológica e isso gera resposta muitas vezes contraditória das pessoas que estão sendo requeridos por que há uma incompreensão daquilo que está sendo perguntado, a gente tem que lembrar que o contato de qualquer pessoa leiga “uma pessoas distante do sistema jurisdicional” ele é muito dificultado pela linguagem técnica pela solenidade que envolve a jurisdição e então se torna muito mais grave quando se trata uma pessoa que já vem de uma cultura que tenha traços diferentes que já pode ter uma dificuldade de menos em algumas situações não solenes e não formais ela pode eventualmente ter uma dificuldade de compreensão nas práticas sociais da sociedade envolvente no que dizia dentro de processo penal, então, a de sistema de uma participação de uma espécie de um interprete antropológico ou um perito

que faça essa finalidade e também uma análise, para fins de verificação dos graus ou da viabilidade de uma sanção penal da possibilidade da compreensão do autor do fato, da possibilidade de ter, de se conduzir da maneira enfim da sociedade envolvente compreende como correta e eventualmente até uma determinada conduta, vai ser uma conduta até meritória de uma realidade étnica e cultural diversa, tudo isso tem que ser verificado, a de se fazer essa leitura pluriétnica isso que é igualdade em processo penal, é reconhecer as diferenças quando existente dentro de uma perspectiva cultural.

MARCOS PEREIRA: é uma evolução, só pra o senhor ter uma ideia, um projeto de lei que trato do estatuto da sociedade indígena da primeira versão de Aluizio Mercadante, ele expõe dessa força, ele lê o art.90, só que vai ser modificado e coloca os processos criminais contra índio, o juízo ordenara a realização de perícia antropologia que determinara o grau de consciência da ilicitude do ato praticado para efeito da aplicação do art.21 do código penal, mas, doutor, esse art. 90, para entender mais um pouco, ele deixou de existir, mas dentro ainda do que ele prevaleceu ele faz diferença, mas não tão claro conduzindo para o art., mas o estatuto ele está sofrendo mudanças ainda como projeto, mas aqui está muito claro ele deixava inclusive dizia justiça federal a questão ela falava as atribuições e o projeto afirma que é da polícia federal também ele mantém toda essa questão.

ENTREVISTADO > Na verdade ele jogaria luz no que a gente hoje já defende que não tem nenhuma determinação, mas não tem nenhum impedimento.

MARCOS PEREIRA: ou seja, o MPF está seguindo na forma correta, está faltando o legislador fazer o papel dele e com isso nos ficamos com essa série de conflitos.

ENTREVISTADO >exatamente, mas me parece com o mesmo que se tem o acervo normativo atual é defensável é plenamente defensável, a aplicação mesmo da forma geral da dogmática clássica do direito penal com essa leitura a resposta, com essa leitura de que se pode utilizar nome, claro que numa legislação determinante seria de um avanço, uma queda paradigmática por que deve se ter uma desnecessidade de interpretações mais de filtragem, mais como a gente pode dizer, aprofundadas, e a gente sabe que a pratica jurídica brasileira em geral em países de modelo Romano Germânica, busca na lei a sua segurança muitas vezes uma dificuldade de se fazer uma interpretação que busque diretamente de uma Constituição, e nas convenções internacionais.

MARCOS PEREIRA: e com isso estaria tratando o índio de forma diferente o aspecto seria a lei, estaria dando este argumento diferenciado a ele, e eu entendo que realmente que tem que ser desta forma, Dr. Fernando, eu realmente fico muito agradecido, foi um prazer vir aqui fazer esta entrevista com o senhor, e eu creio que todos nos vamos ganhar. Esse é um trabalho, como eu disse uma dissertação de mestrado, vou procurar colocar na íntegra todas as questões que nós tratamos aqui, a maioria delas fechando com o tema da minha dissertação. Para mim eu gostaria de deixar registrado que foi motivo de grande satisfação dentro do trabalho, além de ser uma questão obrigatória vou colocar o crédito que é devido ao trabalho tenho que colocar toda essa sequência de credito que espero no futuro virar um livro, que se virar um livro vai estar o seu nome.

ANEXO 2 – Entrevista com Procurador da AGU, Dr WILSON PRÉCOMA

Advocacia Geral da União entrevista 5 de fevereiro de 2013

MARCOS PEREIRA eu me encontro agora com o Procurador da AGU, Doutor Précoma, antes de iniciar a entrevista gostaria de agradecer o senhor, a exemplo do que eu tenho feito nas demais entrevistas, comunicar que esse trabalho é um trabalho acadêmico a onde vai constar a nossa entrevista, inclusive vai ser inserido e claro dando o devido crédito, esse trabalho doutor tem quatro capítulos, a onde aqui para a nossa entrevista vou trabalhar com três deles, e sobre a competência ou não da justiça federal para processar e julgar os indígenas, o terceiro capítulo é sobre a obrigatoriedade e a necessidade ou não da realização do exame de laudo antropológico, e por último e uma questão que realmente tem atingido a todos é em relação à súmula 140 do STJ, que vai ser o nosso fechamento. Vou passar a palavra ao senhor, perguntando a quem compete julgar as infrações penais praticadas por aquele indígena, reconhecidamente indígena.

ENTREVISTADO, eu começaria fazendo uma colocação da seguinte maneira, em primeiro lugar a súmula 140, do Superior Tribunal de Justiça, ela a súmula aduz que sendo o índio vítima ou vitimador ele estará sujeito no aspecto criminal à alçada Estadual desde que a alçada estadual terá que não ter nenhuma situação que enseje disputa de direito indígena, só que quando fosse fazer uma leitura mais adequada, sobre a Súmula agente começa a entender que disputa de direito indígena só esta circunscrita a questão da terra, e que o indivíduo na sua individualidade, ele pode estar tendo questões de direito indígena a sua conduta, eu parto sempre do princípio que qualquer minoria étnica que não tenha o domínio certo, que não tenha o conhecimento da língua, e não tenha um conhecimento dos costumes, ele esta no processo de dualidade, então ora ele se comporta como membro da sociedade envolvente, ora ele se comporta como membro da sociedade envolvida que é o caso dos indígenas, então esse indivíduo por mais que ele tenha um contato com a sociedade envolvente ele sempre vai estar no que eu chamo da dicotomia, que é em caráter endógeno ou exógeno, ou seja, pessoalmente na sua psique, ele tem dois códigos de valores, o que é imposto pela sociedade envolvente que é maioria, e o que vem da sua própria origem vamos dizer assim, da sua criação, da forma como ele se apresenta perante o seu grupo, e como aquele grupo se apresenta pra ele, e então em todas as situações dos indígenas, a competência sempre será da justiça federal, e não da estadual, seja no campo, criminal, eleitoral, civil, civil com relação a nascimento, civil com relação a questões conjugais, civil a questões contratuais com terceiros, trabalhista e criminal todas as situações da vida comum do índio está afeto a justiça federal, ou seja, se eu tenho um problema de alimentos, mãe indígena engravidou e o não índio não esta pagando à pensão, uma vez provada a paternidade eu entro com a ação de alimentos na justiça federal, que é o correto, ou pelo menos deveria ser dessa forma, por que a constituição diz no caput do seu artigo 231 que a União deve defender, então, municípios e estados são concorrentes, a União tem três poderes, executivo, legislativo e federal, nesse caso é o federal, nesse caso o judiciário seria um dos poderes da União, certo, então e ela que tem que dizer onde e que esta as bases das coisas, e não o estado, mas por uma questão que eu sempre digo fisiológica de poder, essa súmula acabou invertendo, sendo mais importante do que a própria constituição, não basta se isso, o Brasil ainda fez um acordo internacional como membro signatário, da convenção internacional do trabalho, número 169, em que o Brasil reafirma que ele Estado brasileiro, que se responsabiliza pela minoria dos povos indígenas, ou seja, entra ai nessa minoria os quilombolas, que é ou que viram a ser reconhecido como tais, e também as comunidades indígenas, ou os grupos tribais, eu prefiro falar sempre em etnia indígena, por que a etnia indígena ela dá outro contexto você não entra na parte, porque quando se fala em povo, os militares já acham que vão criar uma nação, e ela chamou para si a responsabilidade do estado garantidor dos direitos fundamentais dos índios que é o caso, nessa situação do índio, e na minha visão e o que eu tenho defendido aqui nos habeas corpus, e que o índio tem, ele tem mesmo que tenha prerrogativa da capacidade judiciária dele, com a leitura do artigo 232, obrigatoriamente a União tem que participar de todas as fases da vida do indígena, enquanto indivíduo, e das comunidades indígenas, o raciocínio é simples se o indígena precisa estudar e não esta tendo essa chance de estudar, ele deve recorrer a União, a União tem que garantir isso, se ele tem problema de saúde ou esta precisando de tratamento médico, ou de saúde hospitalar, a quem ele vai recorrer? a União através dos seus órgãos, a competência primaria ou originaria, em responsabilidade plena é da União, em todos os casos que se

envolva a figura do índio, mesmo que este índio esteja num grau avançado, de interação cultural, com a sociedade envolvente que é o caso dos índios na cidade, ele não perde a característica desse estado garantidor, por parte da União na nossa visão, e o nosso trabalho esta sendo feito dentro dessa leitura, do estado garantidor, ou seja, se ele está respondendo uma ação penal, como vitimador, como réu, e ele tem advogado constituído, mesmo assim é obrigada a participação da União nesse processo, porque ela não está defendendo o indivíduo como tal, ela esta defendendo o indivíduo pertencente a uma minoria que ela é obrigada a defender.

MARCOS PEREIRA Doutor nos parece que a Súmula 140 ela veio fazer algo que é da Constituição, ou seja, ela diz quem é competente, quem fala sobre competência é a constituição, e uma súmula, no caso, elaborada pelo poder judiciário, ela diz que competente será a justiça estadual, não estaria havendo ai uma inversão.

ENTREVISTADO, primeiro a súmula vem tirar da competência federal a bem da verdade, a justiça federal, como nos a concebemos, ela quis tirar de sua responsabilidade, uma incumbência constitucional, ou seja, ela não quer fazer investigação de paternidade, ou seja, envolvendo uma indígena e um não índio, ou seja, ela não quer jogar para justiça todas as situações do universo dentro do direito privado, vamos supor assim da vida comum o poder judiciário federal não quer ter esse encargo, então joga para a estadual, o raciocínio e simples na realidade a súmula 140 veio pra afastar determinadas lides, que não são comuns no poder judiciário federal, tipo: ações de investigação de paternidade, de alimentos, a questão da infância e juventude, entre outras, e se nos formos da uma olhada no artigo 109 parágrafo primeiro (Inciso I), ele diz textualmente qual e a competência em razão, inclusive a razão da matéria, e ainda arisco dizer em razão da pessoa, então a súmula acabou jogando para a esfera estadual uma competência originária dela, por questões meramente fisiológicas, no querer ter que trabalhar nessas ações, fazer a prestação jurisdicional para o indígena, e quem e que sai perdendo nessa situação? É o indígena, porque o quanto que eu soffro aqui para fazer a defesa do índio na justiça estadual, é muito difícil.

MARCOS PEREIRA, Doutor e a questão da FUNAI, da atuação da FUNAI algumas decisões desse trabalho eu pude verificar, os juízes eles afastam a assistência da FUNAI, isso também não seria uma forma de estar atingindo essa comunidade indígena? Ou não?

ENTREVISTADO, a bem da verdade, em questão da FUNAI, a FUNAI tem uma questão de caráter bem administrativo, embora ela tenha dentro da estrutura dela um núcleo de procuradoria federal, especializada, com o advento da portaria de número 839, a Advocacia Geral da União (AGU), passou a ser na realidade o representante judicial do índio, a FUNAI então passou a ter mais uma característica, participar administrativa, e naquelas questões fundiárias, em que ela tem que participar, por que ela tem acesso à documentação, e ela que executa laudo de questões de bem feitorias, de ver toda essa situação, então essa situação que esta sendo apresentada agora, ela está se revertendo de que a AGU, tá passando gradativamente, a ter essa incumbência judicial, inclusive extrajudicial, que é o caso da Seção de indígena, aqui em Roraima que tem essa característica bem acentuada, a FUNAI já não aparece nos litígios, a FUNAI é pano de fundo ela atua no administrativo, a AGU que tem e esse e um trabalho que esta aqui sendo desenvolvido por nós, e ela quem tem que assumir essa postura, por que a AGU, perde o caráter, dogmático, empreendido pela FUNAI, a FUNAI quando ela entra em juízo ela já tem uma postura pré-determinada, e a AGU não, ela e órgão, mais abrangente, então ele consegue ser mais respeitado, ele não tem uma mácula de só defender o indígena, e a FUNAI tem algumas restrições em razão disto então eu acho que essa mudança gradativa que esta havendo, e melhor para os indígenas, tanto no aspecto coletivo, quanto no aspecto individual.

MARCOS PEREIRA, vimos agora um mandado de segurança do Ministro Gilson Diip, a onde ele fala e faz referencia, ele faz uma separação, entre a questão individual e coletiva, por que na verdade na constituição quando ele usa o art. 109, inciso XI, me parece que ele trabalha na questão do indígena em termos de coletividade, da vida atingida na coletividade, e não na questão individual, ai como e que poderia nessa tendência, nova dinâmica, que o senhor esta inovando até tivemos uma matéria agora recente, publicada aqui no estado, onde o indígena agora passa a ter uma identificação.

ENTREVISTADO é o perfil étnico

MARCOS PEREIRA gostaria que o senhor falasse um pouquinho desse tema, por ser uma coisa, nova é único? É isso ou já ocorreu?

ENTREVISTADO: É único no Brasil, o que acontece é o seguinte, como eu sou um operário do direito indígena, então nos sofremos aqui no dia a dia, as reclamações dos indígenas, ai é onde esta a

deficiência para o índio exercer sua indianidade onde sempre estava na sua identificação porque o RANI que é o livro de nascimento do indígena é uma folha A4, grande, que tem que plastificar e muitas pessoas não têm habilidade para lidar com isso, então acaba se perdendo e a pessoa nunca vai ter posse, dessa situação, 99% dos nossos indígenas assistidos nas penitenciária, no inquérito, na fase do inquérito policial, nunca consta que eles são indígenas, porque a própria autoridade não quer dar uma conotação porque ainda estão naquele pensamento, de que ser índio detém algum privilégio, que é uma situação que atrapalha muito a questão do exercício da indianidade, pelo indígena certo, e então e porque ele vai ter algum privilegio que ele vai poder ser solto, mais fácil do que um não índio, então o delegado ou o escrivão do delegado fazem questão de colocar, que é desocupado, braçal, alguma outra coisa, mas nunca qualifica como indígena, embora o crime na maioria das vezes tenha ocorrido no âmbito da comunidade indígena, e vítima é indígena sem dizer que e uma localidade indígena é tal sem dizer que é uma localidade indígena, e nos como perceber que todos tenham uma carteira de identidade, e como isso solicitando ao instituto de identificação um espaço para colocar o perfil étnico, e aí foi uma discussão muito longa primeiro foi preciso que a lei autorizava e depois fomos para secretário de segurança, fomos para procurador da FUNAI em Brasília, o procurador geral que foi contra, a procuradoria da chefia local que também era contra, e então eu comecei a ter que lutar contra todos esses até que, entre trancos e barrancos fomos lá e impusemos a situação, uma vez colocado no sistema uma única, e nos estabelecemos um dialogo muito aberto e franco foi estabelecido então, começou-se a colocar o perfil étnico; há correntes que são contra, e há correntes que são a favor, os contras dizem que expõe o indígena, e os a favor dizem que eles assumem a condição deles de indígena, exercendo a sua indianidade, eu sou favorável a que assumem a indianidade porque admitir não colocar um índio não o admitir se identifique como indígena é o mesmo de dizer que ele não é indígena, então se ele tem vontade ele vai lá e põem o perfil étnico na carteira, se ele acha que não deve, ele tem que ser o senhor da sua decisão, então a nossa colocação foi assim o indígena querendo e tendo os requisitos, no próprio registro civil ou no RANI. Foi o que passou despercebido outra conquista dos índios agora tem a etnia na certidão de nascimento, então ele já sai com sua certidão de nascimento constando o seu perfil étnico, então eles vão exercer na carteira de identidade se querem ou não, mas no registro civil dele já consta.

MARCOS PEREIRA, Doutor uma vez fazendo isso eu entendo que essa linha de raciocínio ele passa a ser reconhecido na comunidade como indígena e ainda que não queira dar um caráter individual.

ENTREVISTADO, na realidade não é reconhecido ou não, por que o reconhecimento o princípio da alteridade funciona dentro do grupo no qual ele pertence, ele esta se identificando lá fora, a indianidade na carteira não se presta, para ele se dizer índio, para impor a sua indianidade ao seu parceiro dos seus pares, o que se presta o perfil étnico e ele assumir a sua indianidade, perante a sociedade envolvente, então o estado brasileiro através do instituto, propiciou para ele um documento hábil em que ele se identifica como pertencente de uma minoria étnica dentro de um contexto regional, ele faz parte daquela minoria étnica, pouco importando para a lei a aplicação desse dispositivo, se ele esta de bem ou não com a comunidade de origem dele certo, mas ele já tem o reconhecimento já existe, ou seja, ele só está dando publicidade para este reconhecimento, e ele quer ser respeitado por ser indígena, essa e a conotação do nosso trabalho junto ao instituto de identificação.

MARCOS PEREIRA: Doutor, aqui no Estado, quantos processos, quantos presos indígenas nós temos aqui e qual justiça está processando e ainda julgando esses presos e quais são as consequências jurídicas que vão viver esses processos e esses julgamentos?

ENTREVISTADO: Na esfera criminal eu atuo em aproximadamente por cima, assim, não tem uma média com certeza, pois são 120 processos, sendo que destes 120 processos eu tenho 54 reclusos, ou seja, 54 presos. Desses 54 eu tenho 17 preventivados e o resto são condenados. Todos são da alçada da justiça estadual que o entendimento da súmula 140, o índio que esteja na condição de vítima ou de vitimador, a competência passou para as justiças estaduais. O que nos estamos fazendo com relação a isso, além de acompanhar alguns processos que estão na fase de instrução e julgamento, estamos arguindo a incompetência em razão da matéria, em *ratione personae*, ou seja, são duas na realidade são três incompetências que geram duas nulidades distintas. Em razão da matéria nós entendemos que a súmula está ultrapassada e é inconstitucional, além do caráter fisiológico da Súmula que quer ou não permitir que as questões da vida civil do indígena sejam dirimidas civil e criminal da justiça federal, certo? E por outro detalhe também, essa súmula joga uma responsabilidade para um ente que não tenha uma característica de conhecimentos técnicos com relação às minorias étnicas que é o estado ou

os estados falando em termo de Brasil. A nossa ação tem sido assim, sempre através do Habeas Corpus arguindo primeiramente de que o indígena que sofrer todo o processo, tanto o inquérito e às vezes até a condenação, recurso e o transito em julgado sem assistência de um órgão que é devido dar pela condição dele que é indígena, e isso já estamos requerendo para anular estes processos, então, isso seria a anulabilidade do processo em razão da pessoa, ou seja, extensivo de que ele tem que ter um defensor federal em todos os estágios do processo, porque nós defendemos a teve de que a União é o estado garantidor dos direitos fundamentais indígena, então a AGU tem que participar de todos os processos, mesmo que ele tenha contratado um advogado ou sendo defendido pela defensoria publica do Estado ou da União. Nenhum advogado ou defensoria substitui a União, ela tem que estar presente sob pena de nulidade, porque pelo fato dele ser indígena ele carrega para si a questão da obrigatoriedade federal de acompanhá-lo como estado garantidor, então se o estado garantidor não está presente - porque o que se está discutido é um membro de uma etnia – obviamente se arguiu a nulidade. Até o presente momento não tenho obtido nenhum resultado, porque os habeas corpus que eu entrei nessa seara com esse tema, só analisaram a liberdade do indígena e dos 5, 3 foram colocados em liberdade, mas por outro instituto jurídico que é o excesso na formação da culpa. A outra vertente do nosso trabalho é ir direto à questão de que a incompetência da justiça estadual se prende a matéria na questão da súmula, porque a mesma é inconstitucional. E a nossa intenção é de que, quem tem que analisar qualquer situação da vida do índio, é a justiça federal.

MARCOS PEREIRA: parece que é uma nulidade absoluta, tudo leva a crer...

ENTREVISTADO: ela é absoluta porque ela implica inclusive no exercício de defesa ampla.

MARCOS PEREIRA: até os processos que estão em andamento e que...

ENTREVISTADO: estamos arguindo a nulidade de todos os processos e estamos aguardando, justamente no momento em que nós temos que fazer a sustentação oral para colocar essas questões de uma maneira muito mais precisa. Eu tenho visto juízes nas comarcas as quais eu estou e que se sentem incomodados com essa questão de ter que julgar indígenas, principalmente naqueles casos em que o indígena está dentro daquele contexto de suas comunidades. Quando há um crime praticado por um indígena fora do âmbito da sua comunidade, suas terras indígenas, me parece que eles se sentem um pouco mais à vontade. Ou seja, ele é indígena, mas cometeu um crime como um atropelamento ou um estupro envolvendo um não indígena, ou alguma coisa nesse sentido, agora quando a coisa se reverte, porque no âmbito da terra indígena é bastante complexo e eu tenho notado que os magistrados tem um certo não vou dizer cuidado, mas não se sentem a vontade. No fundo, no fundo, eles gostariam que essas questões fossem dirimidas pelo juízo federal.

MARCOS PEREIRA: Essa questão da nulidade já está tramitando nos tribunais superiores?

ENTREVISTADO: A nossa estratégia aqui é colocar todos os processos em cima do tribunal do Estado para suscitar recurso para depois em outra circunstância, as instâncias superiores. Porque, qual é o objetivo? É colocar os nossos 54 indígenas presos, nós vamos arguir a nulidade de todos através do habeas corpus.

MARCOS PEREIRA: Interessante doutor, uma pausa para entrarmos agora no exame antropológico.

MARCOS PEREIRA: Doutor, o senhor foi um procurador federal que atuou no caso Basílio. Eu gostaria que o senhor comentasse um pouco sobre esse caso e como é que está atualmente, se temos alguma coisa relacionada, parecida com aquele caso (...)

ENTREVISTADO: (...) os trabalhos feitos em cima do resultado do caso Basílio não entraram nas questões dos bastidores, então às vezes a questão é olhada somente a partir da decisão do conselho de sentença que anuiu a tese com que já havia sido aplicada no âmbito do direito consuetudinário indígena, mas propriamente junto às comunidades da Serra do Maturuca e do Uiramutan, uma pena de 15 anos, sendo 5 de exílio total e mais 10 de exílio familiar quanto à pessoa do Sr. Basílio. Então, naquele momento eu cheguei ao plenário e disse: “ó, ninguém pode condenar ninguém duas vezes pelo mesmo crime, ou nós vamos respeitar o direito indígena ou ele vai ficar mais 15 anos na cadeia se for condenado”, então ele vai pagar duas vezes pelo mesmo crime? E aí que houve essa celeuma toda, mas o mais importante disso daí, é entender antes da questão do Basílio, que é a questão que estava nutrindo nos porões da questão. Naquele momento, o SINE e a Igreja Católica, junto com a FUNAI, elas estavam assim, como... Elas estavam antagônicas às posições que eu tinha tomado enquanto à defesa dos direitos indígenas, certo? Porque o SINE e a FUNAI queriam que eu defendesse algumas causas da questão do Canaimé e eu dizia que eram causas difíceis de serem sustentadas em juízo,

porque é... É... É um trato iminentemente cultural e que a sociedade envolvente não tinha compreensão que o Canaimé era um matador de índio.

MARCOS PEREIRA: (...) Canaimé (...)

ENTREVISTADO: É, Canaimé, eles diziam... É porque na realidade como é que funciona a estrutura da sociedade indígena? Eles têm uma maneira de fazer justiça e às vezes a justiça deles não é somente com relação às pessoas terem direito de defesa, contraditório, essa situação. Às vezes um elemento dentro da comunidade não está se comportando como devia e em determinada hora ele é morto por outro membro da comunidade ou uma comunidade de fora que tenha maneira de matá-lo tal e que é bem característico da reação do Canaimé, então diz que é matador de índio. É às vezes atribui-se esse matador de índio inclusive para pessoas ascógenas, ou seja, pessoas fora do contexto comunitário e até étnico. Então é muito comum que ele veja no afrodescendente da Guiana a figura do Canaimé e também do não-índio, do branco da sociedade envolvente, então ele pode eleger outras pessoas como um matador de índio. E eles estavam querendo que eu impusesse já naquele momento essa situação e o que a Igreja Católica e o SINE fizeram foram contratar um advogado para vir fazer os quatro tribunais do júri que eu já estava preparando, que era uma sessão durante duas semanas com intervalo de dois dias para cada um e quando foi a minha surpresa, veio esse advogado e ele fez o primeiro tribunal do júri, certo? E eu tive que me apressar para não deixar de fazer os outros porque eu vi que o advogado que estava fazendo não reunia conhecimentos na área indígena ou do direito indígena ou pelo menos algumas noções de antropologia jurídica... Ele não tinha uma habilidade para lidar com a questão e ia condenar todos os indígenas, como de fato ele condenou no primeiro dia a 18 anos e na terceira sessão que também foi dele, ele condenou outro indígena por 16 anos e os outros que me restaram eu absolvi os dois – um pela tese da *no bis in idem* e a outra pela inexigibilidade de conduta adversa, certo? Que é uma tese que eu apliquei de um índio no meio do mato tentando se defender de uma promessa de morte. Então, eu usei a tese. Foram as duas aceitas. Com relação ao caso do Basílio, era justamente uma situação *sui generis*, eu tinha que trazer a aplicação do direito consuetudinário comprovado pelas provas obtidas da acusação, que não eram da defesa, porque se fossem só provas da defesa a tese ficaria comprometida e não seria aceita. Como o universo era público e notório, sabido por todos, no âmbito daquelas comunidades, então o próprio réu falou o que aconteceu, admitiu o crime e assumiu crime, certo? A forma que ele teve que levar o corpo, abrir um buraco e enterrar, toda a humilhação e ficou no sopé do Monte Roraima durante 5 anos e depois mais 10 anos. Então como foi uma situação provada à luz do momento era isenção de pena, só que depois eu disse: “não, não, isso aqui é um *no bis in idem*, ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo crime”. E aí foi acolhida a tese e o Ministério Público acabou anuindo a nossa tese, e houve uma absolvição sumária por parte do conselho de sentença, que naquela área era soberano e que em pese, o juiz presidente ficou totalmente contrário, enfim, achou que aquilo não se prestava na justiça federal, mas foi voto vencido e acabou que foi resolvida essa situação. O que vem a acontecer isso aí, o óbvio que com o passar do tempo isso gerou nos indígenas “Opa! Espera aí agora, aquele procurador foi lá e disse no tribunal que a gente tem direito de fazer justiça com, a nossa justiça nos modos da nossa justiça e tem que ser respeitada”, algumas vezes acontece de ter algumas reivindicações, a mais recente e importante é a que está acontecendo na comunidade indígena Manauapiu, no município de Bonfim a cerca de 130 km daqui, Boa Vista. O que aconteceu? Há uns 3 anos atrás um irmão matou outro irmão e a família, a comunidade resolveu julgá-lo concomitantemente com a ação penal em curso e nós percebemos no processo com resposta à acusação e tal e eles estão tentando agora e a FUNAI já fez, eles fizeram um julgamento desse indígena, certo? Com a reunião de todas as lideranças da região e condenaram ele a 10 anos de desterro, ele vai ter que cumprir em outra comunidade, em outro lugar com outros costumes, vai ter que prestar serviço pra essa comunidade e ele vai ficar afastado do convívio familiar durante 10 anos. A nossa interferência foi que isso fosse efetivamente cumprido, então hoje nós já recebemos da FUNAI que ele está cumprindo a pena em uma região de SAYU, ele é um Wapixana e está cumprindo a pena dele lá nos Wai Wai no sul do estado, certo? Ele vai cumprir lá no meio da selva o que ele tem que cumprir por determinação da comunidade. E agora nós vamos entrar com a ação, nós vamos arguir que a justiça estadual é incompetente para analisar o caso dele sob o ângulo que é uma questão eminentemente de discussão de direito indígena entre o inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal. Então, eles estão reivindicando o uso consuetudinário, certo então que está em conflito, a justiça estadual não pode discutir sobre questões e direito indígena.

MARCOS PEREIRA: E além de estar ainda a própria OIT prevê esta possibilidade.

ENTREVISTADO: Isso segundo o entendimento nosso de que a súmula está vencida, inconstitucional, á luz do... Do... Do..., porque quando se recolheu o que foi acordado na convenção 169 ela passou a ter um status, né? De emenda à Constituição, automaticamente tudo que é contrário a essa emenda torna-se inconstitucional. Tá lá no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

MARCOS PEREIRA: É na verdade, são os direitos humanos que estão em jogo (...). E nesse caso ocorreu agora? É recente?

ENTREVISTADO: Faz 3 anos. Nós estamos acompanhando agora e nós recebemos aqui porque nós havíamos mandado um ofício pra FUNAI advertindo que o cidadão estava cumprindo pena numa comunidade de fácil acesso que era Vista Alegre, que é aqui na São Marcos e que nós não iríamos defender a tese dos usos e costumes se nós não percebêssemos que o exercício dessa pena não tivesse um grau de dificuldade, ou seja, tinha que ser uma pena intensa, não pode ser uma coisa muito light, ele tem que pagar alguma coisa por esse crime. O nosso argumento junto à comunidade à FUNAI foi o seguinte, “se vocês querem instituir o direito consuetudinário vocês têm que dar a mesma força de uma pena que é dada em um direito positivado, se vocês forem dar uma pena muito light não vai ser respeitada, certo?”. Então eu mandei um ofício, que é o 037 do dia 24 agora do mês passado, pedindo que fosse recolocado o indígena e eles me responderam que o indígena foi removido pelos pais para junto à Tuxaua lá, junto à Tuxaua do WaiWai. Então ele vai trabalhar junto com os Wai Wai, né, e cumprirá pena de 10 anos no município São Luiz do Anauá. A coisa está sendo encaminhada nesse sentido e eu vou pedir a confirmação disto daqui, porque eu entendo que a situação tem que ser bem explicada, tem que ser um ato da FUNAI colocando ele lá, então, por que um ato da FUNAI? Porque a comunidade exerceu o seu direito consuetudinário, mas a execução da medida é atribuição da administração do estado garantidor.

MARCOS PEREIRA: Mas ela vai por meio da FUNAI?

ENTREVISTADO: Vai por meio da FUNAI, que vem, então aqui, eu vou exigir o laudo antropológico da convivência dele lá na região para comprovar quais são as situações que ele está vivendo e que não fique nesse negócio então, um índio matou outro índio, se alega o uso e os costumes e se dá uma sentença cultural, comunitária-cultural, de menos gravidade para fugir da responsabilidade do nosso direito positivado. A gente não pode se prestar a esse tipo de trabalho, tem que ser uma coisa bem feita para não... Não é porque a gente não possa ser usado, eu não penso nesses termos, eu penso para não perder a credibilidade nos institutos dos indígenas, você tem que primar que ele seja executado com afinco, deixar uma coisa de começo, meio e fim, certo? Bastante aberto, transparente, e seja bastante eficaz, sem alguma sobra de que está havendo algum tipo de manobra, para que as instituições passem a respeitar não só esses direitos consuetudinários desta etnia, como das outras que virão ou que estão surgindo nesse momento.

MARCOS PEREIRA: Doutor, vamos falar agora sobre laudo antropológico...

ENTREVISTADO: O laudo antropológico se presta para duas situações distintas. A primeira é a questão comunitária, a questão do indígena com relação à terra que ele está ocupando; é de fundamental importância; não dá para fazer nenhuma resolução de qualquer contenda judicial ou extrajudicial sem perfil, ou sem elaboração de um laudo antropológico específico para a região, específico para aquele trato cultural e também para aquela etnia, certo? Quando não tem mais (...), é o caso do setor leste em Roraima. E também na seara criminal, é de fundamental importância, tanto é que eu requeiro nas respostas à denúncia, além da oitiva das testemunhas, também requeiro a produção do laudo antropológico e já contrariando a dogmática da defesa criminal, já dizendo por que do pedido do laudo antropológico. Porque a tese que eu defendo em juízo no aspecto criminal, é que o ser indígena vive na dualidade, é um ser dual, mas não é um assunto dual cristão do bem ou do mal, certo? Do belo e feio, do gordo ou do magro, do preto ou branco. A dualidade do indígena ele se prende a uma situação de que ele tem um pé na sociedade envolvente e o outro na sua sociedade originária, então são padrões culturais diferentes e que sempre estão numa linha tênue entre esses dois lados. Ora está navegando nos critérios da sociedade envolvente, e ora está navegando sobre os critérios da sua criação, de como ele foi criado, (...) aquelas informações foi dado pra ele pelos antepassados, pela sua comunidade e essa situação. E também na terceira fase, como ele se sente no aspecto subjetivo no contexto da sociedade envolvente e como ele se sente no aspecto subjetivo no contexto da sociedade primária, ou seja, na sua sociedade minoritária. Então, o laudo antropológico estabelece para nós e ele tem um caráter muito mais profundo, inclusive de caráter psicológico, certo? Porque eu vou ter que trabalhar com os fatores exógenos, do comportamento daquele indivíduo e fatores endógenos, como

ele se sente. Então, como a maioria dos crimes que nós vemos, são praticados pelos indígenas, é resultante do estado em função de ter ingerido bebida alcoólica, certo? Fabricada ou não por eles. Então, como nós temos essa questão da bebida alcoólica nas comunidades indígenas e o indígena está muito propenso à bebida alcoólica, porque a questão da bebida está muito implícita sob a forçada sociedade envolvente sobre o indígena, que é a força destrutiva, então ela convida o índio para beber, para destruir os seus valores para que ele destrua toda a sua estrutura familiar, como pessoa. E o laudo antropológico vem dar justamente esse respaldo e eu sempre parto da premissa que o indígena é um ser destrutivo, porque ele vive numa dualidade permanente. Ele é o diferente, ele é considerado o subcidadão, ele é o menos favorecido de todos, ele tem com a sociedade envolvente uma espécie situação de subordinação permanente, então quando você trata da questão indígena, você vai ver que ela tem um caráter... toda situação do índio tem um caráter antropológico de maneira até explícita, então você não pode fazer defesa, você não pode condená-lo, certo? Fazer um julgamento sem passar pelo perfil do laudo antropológico. Infelizmente, são poucos os profissionais em Roraima que querem fazer o laudo antropológico, se predispõem. Há uma carência muito grande de antropólogo para atuarem nessas áreas. Quais são as áreas prioritárias dos crimes praticados, ou havido praticados, por indígena? São, em primeiro lugar, os crimes chamados de estupro de vulneráveis, art. 217 A CP e homicídios, essa é a vertente de crime dos 120 que eu estou acompanhando, eu tenho só 2 casos de tráfico de drogas e 1 caso de roubo, certo? Os demais casos são homicidas ou são pessoas que praticaram crimes de ordem sexual, certo? E um detalhe importante, 90% desses casos tem o fator bebida alcoólica, ou seja, se ele não tivesse... aí não adianta eu querer questionar se ele bebeu para fazer o crime ou fez o crime porque bebeu, a questão não é discutir isso daí, a questão é que o acesso que ele tem da bebida facilita que ele pratica o crime, porque ele entra no processo da dualidade, pra ele é o valor. Qual é o nosso problema hoje? O art. 217. A mulher indígena aos 11, 12 anos por habito, ela já está sexualmente liberada, ou seja, como você vai querer jogar uma legislação nossa com usos e costumes lá dentro? Lá na existe adolescência, lá na existe essa questão da menina dos 11 aos 18.

MARCOS PEREIRA: Não há essa distinção

ENTREVISTADO: Exatamente, lá existe a mulher. O critério cultural dele é o critério eminentemente sob a questão biológica: menstruou, é mulher. Você menstruou, pode ter filhos. Pode ter filhos, tem a liberdade sexual, ou tem companheiro já pré-ajustado ou pode tê-lo depois em outro momento. Então, ela desvincula-se da figura de criança, para ser mulher. Esse rito de passagem tem trazido muitos aborrecimentos para as nossas defesas e isso nós precisamos provar também através do laudo antropológico.

MARCOS PEREIRA: Doutor, eu tenho acompanhado um juiz, Roberto Lemos, e ele tem se manifestado no seguinte sentido: se o Ministério Público oferecer a denúncia, sem a realização do laudo, ele está negando, ou melhor, ele rejeita a denúncia, torna inepta ou por faltar condições de procedibilidade para ação, na verdade, não ficou muito claro qual foi o fundamento dele no 395 do CPP.

ENTREVISTADO: é, mas eu já vi trabalhos desse juiz, e inclusive ele defende essa tese que depois eu acabei incorporando, que é a tese da súmula vencida 140, nós usamos parte do arrazoado dele nessa tese, 140, né? Então, já estávamos buscando consegui ter acesso ao texto dele e tem pautado mais ou menos em algumas linhas, certo? Ele como magistrado e eu como advogado, a minha visão é um pouquinho mais aberta, né? É mais contundente, né? Porque eu tenho que convencer, eu tenho que impor uma situação em prol do índio, né? Agora, a questão do laudo ele é de fundamental importância, não dá pra se julgar o indígena sem o laudo e todo julgamento sem o laudo indígena, implica numa nulidade. A nulidade processual. E acredito até que ela seja absoluta, porque ela é um cerne. A onde ela resume toda uma situação existencial do indivíduo e nós não temos nesses processos que eu estou atuando agora, não tem nenhum deles com laudo antropológico.

MARCOS PEREIRA: Na verdade como diz o próprio artigo, na mudança que tivemos em 2008 no artigo 395 CPP, é uma falta condição de possibilidade ação ausência desse laudo, tem uma manifestação do Min Eros Graus que ele alega e eu coloco na dissertação, ele diz que não há nem preclusão, há uma nulidade absoluta podendo ser discutida a qualquer tempo, inclusive naquele caso daquele HC onde eu faço a citação no trabalho.

ENTREVISTADO: É eu tenho entrado com o habeas corpus nesses casos, inclusive com trânsito em julgado, já tendo pena e tal. E eu tenho entrado justamente porque eu entendo é a nulidade absoluta. Ela é absoluta pela ausência da AGU é absoluta em razão de que não é pela esfera federal, e ela é

decorrente, não precisava ter essa questão. Se tá ausente, a AGU, se não foi um juiz competente, a ausência de um laudo antropológico só vem a reforçar. Uma coisa depende da outra. Mas pode-se pegar também só na questão do laudo antropológico. É de fundamental importância.

MARCOS PEREIRA: Ele coloca em argumento também esse (...), para justificar aquela hipótese chamada “erro de proibição” do artigo 21 do CP da hipótese da qual a pena pode ser diminuída ou nessa hipótese ou isenção de pena, então ele vai nessa linha, e essa é uma visão que ele está tendo desse aspecto, até que para não pesar mais a questão da culpabilidade de quando eles fazem a análise, o que ele coloca lá: o índio é imputável ou inimputável, e ele está falando o seguinte, tem que fazer o laudo, exame, para analisar dentro da culpabilidade e não da inimputabilidade, é para ser analisado dentro do chamado potencial conhecimento da ilicitude, lá no art. 21, onde se enquadra no erro de proibição.

ENTREVISTADO: É, mas eu já tenho uma concepção, assim, um pouquinho diferente, talvez mais abrangente que ele. Para mim, se no universo do índio, aquele ato que é tido pela legislação positivada é crime, mas para ele não é crime, é isso que me basta.

MARCOS PEREIRA: Aí é isento, ele vai continuar nessa linha. O (...) prevê essa hipótese.

ENTREVISTADO: daí eu entendo que ele não pode nem ser julgado.

MARCOS PEREIRA: (...) fato atípico, (...). Perfeito.

ENTREVISTADO: É o raciocínio meu, porque é isso que tem que ser feito.

MARCOS PEREIRA: Entendi.

ENTREVISTADO: Se na minha cultura esse ato é um ato que é aceito, incontestavelmente aceito, é da forma que nós agimos, na cultura do outro ele não pode dizer que eu cometo alguma coisa.

MARCOS PEREIRA: Entendi. Entendi. Não haveria processo.

ENTREVISTADO: Mais ou menos nesse sentido.

MARCOS PEREIRA: é bem mais abrangente. Perfeito.

ENTREVISTADO: o que eu não consigo ver a questão é sob o aspecto de subordinar a questão da lei, o que é que eu entendo? Nos outros aspectos, você está subordinando, vamos dizer assim... não, vamos ver se o índio... se é crime, se tem consciência ou não, ele não precisa ter. por isso, digo do processo da dualidade. A dualidade é a seguinte, o individuo tem a percepção de que aquilo... assim... eu vou praticar um ato que é comum na minha comunidade, que eu passei toda a minha existência vendo que o meu pai, minha mãe, meus parentes, todos agem daquela forma, depois eu vou ter um pé em outra sociedade. Eu vou praticar a tese sobre aplicação do 21, o índio, praticando na sociedade. Aí sim, tem que ser relatado se ele tinha conhecimento de que naquela sociedade aquela regra é aquela. O laudo também se presta para isso, certo? Agora se ele estava praticando no âmbito da comunidade dele não é crime se é permitido. O infanticídio entre os Yanomami.

MARCOS PEREIRA: fato atípico. Acabou. Entendi aí a sua visão está indo na tipicidade.

ENTREVISTADO: Por exemplo, me criticam muito aqui sobre essa questão do infanticídio, que eu mando buscar a mãe, quando é sabido que ela vai matar a criança, tiro e ela tem o parto assistido, e se ela renunciar o filho, eu tiro e coloco na adoção. O pessoal diz que é barbaridade, aí eu digo que é diferente. Se ela não manifesta que vai matar a criança a ninguém, branco ou não índio, e ela vai lá e mata, exercício do direito dela. Mas se ela comunica e o órgão tomou conhecimento, ele tem que defender a vida daquele ser que está ali dentro independente, que aí é o nosso direito tem que usar essa força e tirar aquela vida, porque se ela vai matar, aquela vida não tem importância pra ela. Se o marido não quer aquele filho por questões de população, por questões culturais ou porque achou que está sendo traído, coisa nesse sentido, então o que acontece? Aquele indivíduo já não é mais indígena porque ele já perdeu a (...).

MARCOS PEREIRA: Entendi.

ENTREVISTADO: Certo, então ele já é um produto do estado, então nos pegamos aquele indígena e colocamos para a adoção.

MARCOS PEREIRA: Perfeito. Foi (...) essa (...). A sua visão nessa linha da cultura dele, o senhor vê pela tipicidade, então excluiu o fato típico, nesse caso não deveria haver nem processo, já o juiz Roberto Lemos, já olha num outro aspecto.

ENTREVISTADO: Ele é um jurista, é aí que está a nossa diferença. Eu vejo a plenitude do direito consuetudinário. Eu ponho o direito do índio igual o direito da (...), só se muda a circunstância do exercício desse direito.

MARCOS PEREIRA: Entendi.

ENTREVISTADO: Se ele tá ofendendo o direito da nossa sociedade, você tem que aplicar esse rigor, se ele tinha conhecimento que esse fato está aqui. Se ele está praticando isso no âmbito da comunidade dele não tem que haver processo.

MARCOS PEREIRA: Nesse caso, nessa leitura, talvez nesse caso concreto ele não tenha sido praticado dentro da comunidade, não sei como é que seria se tivesse sido na comunidade, fechando esse seu entendimento, nesse caso específico, eu visualizei que ele citou, havia sido fora da comunidade, então o 21 se encaixou bem.

ENTREVISTADO: Mas eu digo assim fora da comunidade não é só territorial, não. A vítima potencial do índio não ser indígena.

MARCOS PEREIRA: Isso, nessa visão.

ENTREVISTADO: Se a vítima, mesmo que esteja fora, ela também é uma indígena, a territorialidade não é discutida. É discutida somente a questão, quem são? A vítima desse vitimador, que é indígena, qual é o perfil dela? Ela também é indígena (...).

MARCOS PEREIRA: naquele caso de Brasília, por exemplo, nessa visão nossa, vou invertendo agora, né? O pataxó, que aqueles meninos queimarão lá em Brasília, também teve essa discussão toda, naquele caso a súmula 140 levou para a justiça estadual, (...), chegou até a ser suscitado isso, mas prevaleceu a justiça estadual.

ENTREVISTADO: naquele caso concreto, a competência é da justiça federal. O fato dela não reconhecer que ele fosse um indígena, porque ele não estava se identificando por tal, o que o estado tem que defender é o fator étnico e não o individuo étnico, certo? Então assim, se o individuo é indígena, o indígena tem que ser processado e julgado no âmbito da justiça federal. Não é o individuo em si, é o que ele representa. A qualificação, eu sempre uso um termo nas minhas petições: na condição da qualidade de indígena.

MARCOS PEREIRA: ou seja, o individuo tem que ser tratado como índio.

ENTREVISTADO: exatamente, uma condição e uma qualidade de indígena estão juntas, uso até barra para sempre enaltecer que eu estou lidando com um individuo que tem outra leitura. A leitura dele é jurídico constitucional com um cunho eminentemente antropológico, quer dizer, o fator cultura, tem o fator distintivo. E o que se discute muito entre os índios é o fenótipo; alguns gostam de falar do genótipo. E eu digo que não é relevante. Para você ter uma ideia, dentre esses 54 indígenas presos, tem um paulista, branco.

MARCOS PEREIRA: ele deve ser reconhecido?

ENTREVISTADO: Claro. Ele nasceu em São Paulo, ele não tem nome e não sei o que... ele mora há 10 anos dentro da comunidade e tem uma filha e vive na comunidade, eu o reconheço como indígena dei certidão como indígena é um dos requisitos mais importantes

ENTREVISTADO: Ele fica em segundo plano. Como nós tínhamos quatro maranhenses que eram tuxauas, afrodescendentes tuxauas.

ENCERRA ENTREVISTA.

ANEXO 3 – Entrevista com Juiz Federal- HELDER GIRÃO BARRETO

MARCOS PEREIRA - Dia sete de fevereiro de 2013, eu estou agora na Primeira Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado de Roraima com o juiz federal o Dr. Helder Girão Barreto. O Dr. Helder Girão Barreto é Juiz Federal, Professor e tem o livro Publicado: Diretos Indígenas e Vetores Constitucionais.

DR. Helder esse é um trabalho, é uma dissertação de mestrado em que eu irei tratar, dividir, e são quatro capítulos e tem três capítulos que vou tratar com o Senhor o primeiro deles é sobre a competência da justiça federal para processar e julgar as infrações penais praticadas por indígenas e depois outra questão também que tem em relação a indígena é se é ou não a obrigatoriedade ou não do exame do laudo antropológico e no último capítulo é a questão da sumula 140 do STJ.

Então inicialmente já quero agradecer pelo senhor estar me recebendo aqui... vamos dar início com o primeiro tema que é justamente esse que é a competência ou não da justiça federal pra processar e julgar os indígenas contra a prática de uma infração penal.

ENTREVISTADO - Bem a fonte constitucional da competência da justiça federal é o artigo 109, e especificamente em relação aos índios inciso XI, em que ele fala que compete à justiça Federal o processo de julgar a disputa sobre direitos indígenas, o grande problema aí é definir o que é disputa e depois o que são direitos indígenas. A primeira vez que do ponto de vista constitucional essa competência foi claramente atribuída à justiça federal, claramente atribuída à justiça federal. Então a de se perquirir, portanto qual a dimensão da disputa, pelo que eu estudei e faz parte inclusive de algumas passagens da minha dissertação que está publicada com o título que o senhor mencionou é que essa definição jurisprudencial sobre a disputa ela basicamente era de natureza cível, durante muito tempo que foi abordado na jurisprudência a essa competência se dizia que essa disputa só se referia a causas cíveis e não causas penais. E depois também junto a essa limitação que eu acho que é uma interpretação limitada da constituição, se dizia que direitos indígenas eram apenas aqueles direitos relacionados à coletividade e não os direitos relacionados ao indivíduo indígena, então eram causa cíveis envolvendo a coletividade indígena. Essa era a primeira noção da competência da justiça federal.

MARCOS PEREIRA - Doutor dando continuidade nessa visão, e a questão do laudo antropológico como está esse tema dentro da justiça federal? Esse laudo ele é realmente necessário, é obrigatório? Por que tem um juiz federal juiz federal Doutor Roberto e ele numa decisão rejeitou a denuncia por estar faltando laudo antropológico e colocou que ali estava faltando. E para ele poder decidir havia necessidade desse laudo antropológico, aliás, inclusive, eu coloco na minha dissertação, faço referência a esse tema. Então gostaria de saber como está essa situação na justiça federal?

ENTREVISTADO – então, nos temos que dividir as coisas aí, questão do laudo antropológico eu vejo sobre dois ângulos: primeiro da definição se aquela pessoa que esta sendo processada é índio ou não, é claro que o laudo diz respeito à prova, prova só se prova se houve fato controverso se não houve fato controverso não tem que ter laudo pericial pra provar nada, se não houver controvérsia de que aquela parte do processo é índio o laudo antropológico é perfeitamente dispensado, havendo controvérsia aí sim se faz um laudo antropológico pra definir se aquele sujeito é ou não índio isso implica por tanto de um conhecimento antropológico, mas ao qual o juiz também não está vinculado porque o juiz não está vinculado a laudo nenhum, para ele basta apenas fundamentar sua decisão. Do que eu estudei também a definição de índio, ela é uma definição que tradicionalmente é dita que exige uma alta identificação do indivíduo que se identifica como índio e é identificado por uma comunidade indígena como pertencente a ela, há antropólogos que invertam o termo e dizem, não! Índio é aquele que é identificado por uma comunidade indígena como índio e se identifique como tal, então é uma questão de autoidentificação e de heteroidentificação, outro viés, outro lado desse tal de laudo antropológico que me parece que é uma confusão que se faz muito frequentemente é sobre a diferença entre capacidade civil e imputabilidade penal, capacidade civil é uma coisa e imputabilidade penal é outra, os índios são capazes civilmente. Hoje, o que a Constituição faz é abandonar e eu digo com todas as letras nesse meu livro, abandonar a ideia, a concepção de que o índio era um ser incapaz, absolutamente incapaz ele só se tornava capaz quando ele se incorporasse se integrasse. O índio a

constituição considera o índio como diferente se ele é imputável ou inimputável é uma questão de prova se houver uma dúvida durante o processo penal, durante o inquérito ou processo penal sei lá, uma questão da imputabilidade penal todos nós estamos sujeitos a ela, qualquer pessoa pode estar sujeito a ela desde que haja um incidente num processo, num inquérito que diga que essa pessoa é inimputável penalmente. O índio por ser índio ele não é inimputável penal de jeito nenhum, pela condição de índio ele não é inimputável isso não se destaca em lugar nenhum, a não ser numa confusão, então se houver uma dúvida sobre a imputabilidade penal do índio eu não sei nem se trataria de fazer um laudo antropológico se fazer um laudo pode definir se ele é capaz de entender o fato criminoso, se ele agiria de acordo com sua capacidade, como qualquer um de nós pode estar sujeito a esse questionamento. Então pelo que eu tenho visto e eu tenho julgado processos aqui, nunca foi necessário fazer laudo antropológico nem pra definir se aquele cidadão era índio, nem pra definir se ele era inimputável, nunca! Eu fiz mais de dez júris envolvendo índio e julguei vários processos envolvendo índios e nunca houve este questionamento, nunca se fez um laudo antropológico que eu tenha conhecimento na Seção do Judiciário de Roraima.

MARCOS PEREIRA – Doutor Helder eu poderia saber uma intervenção que está ocorrendo agora em relação à súmula 140, sobre a competência ou não baseada no que dispõe a súmula que diz que havendo crimes ou infrações penais praticados por índio como autor ou vítima e a competência passa a ser da justiça Estadual. Gostaria que o senhor explicasse como está o entendimento dentro da justiça federal em relação a esta súmula.

ENTREVISTADO - Eu estudei também essa Súmula que está com o processo que a chamam de regressão ao caso inicial Link case. O caso final dessa Súmula que a jurisprudência do Brasil, embora não seja aquela própria do sistema anglo-americano dos stare decisis em que o precedente vincula o julgamento seguinte ela é muito curiosa que em alguns passos ela embora não diga isso formalmente ela faz e a jurisprudência das súmulas que formou a súmula que formou a 140, é basicamente isso, um caso, o primeiro caso que eu identifique que eu vou já citar qual é a situação de fato que disse que a competência criminal era da justiça estadual envolvendo índios como autores ou como vítima de crimes, o caso seguinte já julgou a mesma coisa invocando a anterior e assim sucessivamente até chegar à súmula 140, então eu fiz um trabalho de regressão até o link case o primeiro caso: o fato era o seguinte dois índios se lesionaram por conta da disputa de uma porca, um animal porco, suíno e aí nesse caso o STJ decidiu que não havia disputa sobre direitos indígenas, ali era uma questão, duas pessoas que estavam brigando por causa de uma porca que porca não tinha nada haver com direitos indígenas, o caso seguinte confirmou o desentendimento se reportando a esse episódio. Até que chegou um caso julgado até pela então desembargadora do TRF do Paraná do Rio Grande do Sul desembargadora Ellen Greice, depois ministra do Supremo Tribunal Federal em que era também um caso envolvendo, já apontado pela justiça federal, envolvendo a disputa entre um pai e um pretendente que queria casar com uma filha, e ela entendeu que aquele caso envolvia competência da Justiça Federal, em vê disputa sobre direitos indígenas, e até afirmou que culturalmente em algumas etnias quem define com quem a filha se casa ou não casa é o pai, é uma questão cultural própria dos índios daquela etnia, mas chegou ao STJ. O STJ disse não! como nós dizíamos naquele primeiro caso envolvendo uma porca a competência é da justiça Estadual e mandou o processo pra Justiça Estadual. Eu faço todo esse passo a passo para chegar a seguinte conclusão, eu acho que súmula 140, a base dela foi equivocada tem que ser revista, deve ser revista, deve ser repensada por que evidentemente não, sei não conheço todas as culturas, talvez até desconheça alguém que conheça todas as culturas indígenas, todas as etnias indígenas, talvez em alguma cultura, alguma etnia a disputa sobre uma porca seria uma disputa envolvendo valores culturais indígenas, não sei, mas naquele caso inicial parece que não era.

Mas não se dá pra botar no mesmo peso um caso que francamente parece que não é envolvendo direitos indígenas, e outro caso que é claramente envolvendo direitos indígenas. Então essa súmula 140, tem dado um sinal, me parece que não é, vamos dizer assim constitucionalmente adequado, ou pelo menos desconsiderar as peculiaridades culturais das diversas etnias indígenas no Brasil.

MARCOS PEREIRA – Doutor Helder, temos o estatuto do indígena a Lei nº 6.001 de 1973, e tem um projeto de lei, o estatuto da sociedade indígena e ali ele faz, inclusive faz muitas faz várias referências em relação à questão, até da atuação da justiça federal inicialmente na primeira versão que teve. Ele deixava bem clara essa sequência do artigo 90, fazia referência aonde ele falava que a competência vai ser da justiça federal colocado no artigo 90, fazendo até referência ao tema erro de

proibição posteriormente foi modificado tivemos uma mudança, e ocorreu uma mudança totalmente neste artigo, já não está mais neste formato, mas ainda assim dentro desse artigo ele coloca ali, a atuação da Justiça Federal da Polícia Federal. Gostaria que o senhor fizesse um comentário a respeito desse estatuto sociedade indígena.

ENTREVISTADO – Bem eu acho que os projetos de estatutos parecem se eu não me engano a PL 2057 ele pretende esclarecer algumas coisas inclusive essa questão das diferenças de capacidade e imputabilidade do indígena esclarecer mais especificamente a competência ou reafirmar a competência da Justiça Federal, mas há um aspecto que eu queria acrescentar em relação a este estatuto que é pouco visto, é que ele sinaliza embora ele seja anterior quanto à possibilidade das próprias comunidades indígenas decidirem internamente segundo o seu direito próprio produzido, a solução dos seus conflitos inclusive de natureza penal, ou seja, seria o reconhecimento do que, eu no meu livro cito que é um caso julgado, um caso concreto julgado por um júri Federal em Roraima é o último caso que cito no livro é do caso Basílio, ou seja, no conhecimento de uma jurisdição indígena, eu sei que quando se fala em jurisdição se fala em poder muitos poderes uma das vertentes dos poderes do estado, o estado concentra, mas no mundo atual eu acho que o foco da produção normativa e das soluções dos conflitos não pode ser mais exclusividade de nenhum estado. Aí, nós temos que pensar em outras vertentes: uma supra Estatal e outra infraestatal, ou seja, seria legítimo que as comunidades indígenas criando seu próprio direito, resolvessem por si mesmas sem interferência de nenhum poder do Estado, os seus conflitos, inclusive de natureza criminal. Esse é um tema que merece reflexão mais aprofundada. Eu mencionei esse caso Basílio por que foi um caso concreto em que um índio foi acusado de ter cometido um homicídio contra o seu semelhante à comunidade a que ele pertencia se reuniu segundo seus usos costumes e tradição resolveu aplica-lhes as seguintes penas: é degredo, segregação de permanecer, de estar presente na comunidade e ficar afastado da própria família, mulher e filhos. Isso, apesar de ele sofrer esta pena, mesmo depois, o fato chegou ao conhecimento da Polícia Federal e do Ministério Público Federal e virou um processo do Júri, no momento do julgamento perante o júri Federal em Roraima, em que eu presidi fazia 14 anos, que ele estava em degredo, cumprindo esta pena por esse homicídio, a defesa com muita acuidade alegou essa tese de que os índios já tinham julgado e já tinham aplicado a pena, e se o Júri Federal fosse aplicar a segunda pena ele estaria sendo punido duas vezes pelo mesmo crime e para a minha felicidade o Júri Federal reconheceu, eu não sei qual foi o do quórum da votação, isto é, simplesmente o juiz federal disse que ele já tinha sido punido e resolveu não puni-lo e o processo foi concluído, assim o índio não foi punido e o Júri Federal reconheceu que ele já tinha recebido a pena e que o julgamento e a pena foram legítimos e esse processo foi arquivado sem recurso de nenhuma das partes, isso que eu chamo de Jurisdição Indígena penso que as coisas caminham por aí, esses conflitos esses direitos produzidos pelas comunidades não serem submetidos ao Estado.

MARCOS PEREIRA- Doutor Helder, aproveitando inclusive eu cito também esta questão, essa passagem eu faço até referência ao caso Basílio nesse sentido que ainda que tenha sido julgado pela comunidade, aí teve um júri, mas tudo isso aconteceu, o crime ocorreu anterior a nossa Constituição, a data do crime se eu não me engano foi 85 ou 86 e o senhor já colocava isso e mesmo assim ele foi julgado pelo júri e foi absorvido como o senhor bem disse, é interessante o que o senhor está colocando que até a OIT 169, faz referência isso as chamadas “jurisdição indígena”; eu estive ontem na AGU fazendo uma entrevista com o Procurador da FUNAI o Doutor Wilson Prêcoma e ele, acredite, está com um caso real nessa linha de raciocínio, em que a comunidade aplicou o degredo, e só que está dependendo de acertar, ou seja, não estaria nem vindo para o poder judiciário nessa visão, nessa nova interpretação que está fazendo, eu acho, eu acredito que deve ser um caso inédito e parece que este também igual do Basílio ainda assim, ele veio para justiça, esta sendo justamente o que o senhor acabou de falar, esse caso ele está lá com o Doutor Wilson, eu estou até tentando ver se eu consigo obter a documentação que ainda esta em trâmite, ele cita e faz referência na entrevista que foi feita nesse sentido, ele foi aplicado só que a AGU, quer confirmar se realmente ele foi punido, se eu não me engano foi dez anos, vai ser dez anos, também está sendo afastado para outra comunidade, e para ser aplicada essa pena está sendo observado, para ele poder homologar esta sendo definido, ou seja, não precisaria ir pra Justiça nessa visão?

ENTREVISTADO – O ineditismo seria não vir pra Justiça, agora de qualquer forma isso também seria de questionar se esse reconhecimento depende da homologação da AGU. A AGU é um órgão do estado, o estado precisa reconhecer isso como fato.

MARCOS PEREIRA – Isso vai ser algo que certamente, e talvez venha ser até para o próximo trabalho, vai ser algo inédito que vai ocorrer aqui no Estado.

Doutor Helder eu quero lhe agradecer e informar mais uma vez, deixando claro na gravação que isso é um trabalho científico, um trabalho que vai fazer parte da minha dissertação, após ter concluído todas as entrevistas vou passar para o meu orientador, que o senhor conhece o Doutor Edson Damas para que ele ali veja o que deve ser tirado ou não, vou registrar também na dissertação eu quero agradecer o seu tempo eu sei que é realmente curto e já agradecer esta entrevista.

ENTREVISTADO - Desejo boa sorte no seu trabalho científico professor e quando publicar gostaria de ter acesso.

MARCOS PEREIRA - Está ótimo doutor Obrigado.

ANEXO 4 – Entrevista com Procurador Geral de Justiça do Estado de Roraima DOUTOR FÁBIO STICA

MARCOS PEREIRA - Hoje dia 19 de fevereiro de 2012, eu me encontro aqui no Ministério Público do Estado de Roraima, e estou com o Procurador Geral de Justiça o Doutor Fábio.

Doutor Fábio Stica é um prazer estar aqui e inicialmente quero agradecer e já informar ao senhor que se trata de um trabalho de dissertação, a onde eu falo de diversas questões envolvendo indígenas, inicialmente, no primeiro capítulo eu falo das constituições, já no segundo eu vou tratar da competência ou não da Justiça Federal pra processar e julgar indígenas e nos capítulos seguintes sobre uma súmula, a súmula 140 do STJ, e por fim, por último a questão do laudo antropológico, eu pude notar Doutor que essa nossa conversa vai ser muito interessante, que ao fazer uma pesquisa vi que o senhor também falou de um tema que foi da sua dissertação de mestrado a Potencial consciência da ilicitude e o povo ianomâmi.

Doutor então começando a nossa entrevista eu gostaria de saber do senhor como esta aqui no Estado de Roraima a questão de uma forma geral da competência da Justiça Federal ou Estadual para processar e julgar os indígenas.

ENTREVISTADO - Bom prof. Marcos em primeiro lugar é um grande prazer ter sido lembrado pelo senhor pra trocar algumas ideias sobre esse tema, não tenho dúvidas que nessas conversas que agente tem sobre o tema, que de certa forma é um pouco árido por que não é novo mais você não tem ainda, exatamente uma jurisprudência formada sobre o tema, você não tem muita gente escrevendo sobre o tema e todos nos estamos ensaiando, brincando um pouquinho sobre o tema para que a gente possa tentar levar alguma luz a nossa comunidade jurídica sobre um assunto que em especial para um Estado como o nosso que é um Estado que tem uma população proporcionalmente, uma população indígena muito grande proporcionalmente a população não indígena, então é um tema que pra nos para o Estado de Roraima é um tema muito caro, eu lembro quando eu apresentei em 2007, quando eu fui fazer meu teste de seleção para o mestrado da PUC em São Paulo. Quando eu apresentei este tema eu já fui com o tema praticamente pronto, tanto que o próprio título do trabalho mudou muito pouco do que era o original, então quando eu apresentei este tema lá no primeiro momento soou um pouco exótico, várias pessoas já tinham feito trabalhos nessa área puxando para o direito penal e o indígena alguns eram direito penal indígena. Mas quando eu tratei especificamente do povo Ianomâmi parece que acendeu uma luz, foi um negócio diferente por que o povo ianomâmi é uma incógnita pra nós aqui no Estado. É uma incógnita, quer dizer pra quem está na selva de pedra, então foi assim uma coisa interessante que chamou a atenção, despertou o interesse de vários professores e eu tive a felicidade de poder concluir esse trabalho e felizmente obter o título em função do trabalho que foi desenvolvido, um trabalho que, diga-se de passagem, a meu ver deixa muito a desejar, deixa tanto a desejar que depois que eu depusitei e já se passaram aí quase três anos eu não tive coragem de relê-lo ainda eu sou cobrado demais pelo meu orientador professor Bleker, quando eu estou em São Paulo eu estou sempre com ele, sempre estou jantando com ele e, todas as vezes, me cobra inclusive a própria publicação desse trabalho, eu não tive coragem, por que eu não tive coragem de lê-lo novamente pra atualizar, ele tem muito a ser feito e atualizar esse trabalho, ele está muito embrionário.

Mais tentando dialogar com o senhor sobre o tema que foi proposto nesse primeiro momento que seria a competência entre a Justiça Federal e Estadual é uma situação que tem, como eu posso dizer, despertado paixões dos dois lados a Justiça Federal por parte de alguns membros seja da Justiça Federal ou Ministério Público Federal e da própria Advocacia Geral da União, no sentido de tentar levar essa competência pra essa justiça especializada, mais a meu ver sem uma consistência maior, o simples fato de ser indígena, a meu ver não transforma o cidadão num cidadão especial a ponto de merecer ele um tratamento diferenciado por uma justiça especializada na esfera de uma justiça especializada, mas a frente o senhor vai ver que eu vou concluir dizendo que eu entendo sim que o indígena poderia ter uma justiça especializada mas não necessariamente federal, poderia ser federal como pode ser estadual mas não necessariamente a Justiça Federal nos molde que nos temos hoje, simplesmente por que indígenas vai pra Justiça Federal, a fundamentação que muitas vezes não se fala pra isso o argumento que se utiliza realmente é o que a Constituição Federal, me parece pela simples leitura da Constituição Federal que este não é o melhor argumento que esta disposto na Constituição Federal, a meu ver não remete obrigatoriamente a Justiça Federal o que na verdade faz com que algumas pessoas tendam, e eu entendo perfeitamente razões de alguns casos tendem a que seja a

justiça federal, é por que teoricamente a justiça do estado, e quando falo em justiça, estou englobando todo o sistema, ministério público, judiciário, defensoria, procuradoria do estado o entendimento de alguns é que os estados onde tem uma população indígena elevada, em regra são Estados pequenos, em regra são Estados da região norte do Brasil região que indiscutivelmente se tem um grande preconceito contra essas regiões o entendimento é que isso não se fala, mas é que a justiça desses estados, o sistema como um todo, ele não Teria Imparcialidade necessária para julgar aqueles que sejam indígenas, ou quando há interesses indígenas. Como se aqueles estados tivessem um judiciário, o ministério público e os demais órgãos daqueles estados tivessem um interesse mais forte, sejam econômicos, seja em função do setor produtivo e não teria então a isenção necessária pra julgar o indígena e por esse motivo então teria que buscar a justiça federal, como se ele pairasse no nível superior a justiça estadual, mais isso não existe, ambas as esferas estão no mesmo nível, não existe hierarquia entre elas e a meu ver nos também, nos temos que partir do pressuposto que para mim nem pressuposto isso é, obvio que a justiça federal, a justiça estadual, o ministério público estadual e ministério público federal eles são compostos de pessoas isentas então eu não gosto dessa especialização em função de uma discriminação, determinado grupo por ser do estado ou por ser da União, essa é uma coisa que poucas pessoas falam, todos pensam poucos falam, agora entendo sim que a justiça em se tratando de indígenas e ali é algo que eu tratei no meu trabalho quando agente fala de indígena, acho que nós temos que separar, não é pelo fato do cidadão ter uma ascendência indígena que ele se torna automaticamente um brasileiro especial, ele é um brasileiro como os demais, mais ele tem algumas características culturais que o diferem dos demais, que eu no meu trabalho especificamente no mestrado eu restringir o meu trabalho ao povo ianomâmi, por que eu entendo que o povo Yanomami esse sim, é lógico diversos outros também, mas como disse eu restringi o meu. Esse povo ele tem uma característica muito própria que é muito diferente, por exemplo, de alguns indígenas lá de Pitanga do Paraná, da represa do Guarapiranga que fica dentro da cidade de São Paulo, esse indígena, esse Yanomami ele de fato tem que ter um tratamento diferenciado, talvez aquele que esta na represa do Guarapiranga ou aquele que já está em Pitanga no Paraná e aí diversas outras localidades do Brasil ele não necessariamente teria que ter esse tratamento diferenciado, vamos imaginar uma situação prática um cidadão que está ali, como se tem na represa do Guarapiranga comete um crime contra outro cidadão qualquer, e vamos imaginar que juntamente com ele tenha em concurso do delito, tenha também outro que não seja indígena, qual dos dois é que vai ter o tratamento diferenciado, é um homicídio praticado em concurso os dois se reuniram e mataram uma terceira pessoa e aí? Justiça Federal pra esse tipo de delito só pelo fato de um deles serem indígena e indígena lá de dentro praticamente do centro da cidade de São Paulo, quer dizer, me parece que esse argumento não bastaria para garantir a ele uma atração pra um fórum privilegiado que seria a Justiça Federal, eu tenho que chamar de fórum privilegiado mais pra uma justiça especializada como a Federal. Nesse ponto é que eu tenho certa dificuldade em entender que a Justiça Federal, seja mais especializada pra esse tipo de delito, eu acho sim quando nos começamos a tratar de um tipo de indígena de certa forma especial, especial por quê? Por que como disse lá no início o que difere pra mim um do outro é a questão cultural então nos vamos pegar o caso do Yanomami, vou pegar o Ingarikó e tantos outros que têm espalhado por aí, os Waimiri e os Atroari que têm uma situação totalmente diferenciada dos demais assim sim, eu acho que nós não podemos jogá-los de forma indistinta, ou seja, tratá-los igualmente sendo que eles são desiguais. Então, aí começa uma diferenciação, eu acho que deveria haver nesses casos uma justiça especializada sim, que não necessariamente a Federal, tanto poderia ser Estadual como poderia ser Federal e nessa Justiça e é o que, e foi até muito par sano o meu trabalho e tinha ficado de certa forma pensando realmente num segundo momento que seria talvez um doutorado fosse justamente aonde, que nos poderíamos e de que forma nos poderíamos compor esta justiça que muito se fala das justiças especiais, por exemplo: Justiça Militar, antigamente a forma como era composta a justiça trabalhista, muito se critica e tudo mais, eu acho que ela de certa forma perfeita não é obvio nenhuma justiça feita aqui na terra vai ser perfeita, mas que ela tem um viés muito próprio e com razão de ser, por exemplo, um juiz togado ele tem todos os conhecimentos necessários pra julgar um militar sendo que não em crime comum ai, mais em situações específicas da caserna em que tem uma legislação toda própria, mas não só uma legislação, tem uma cultura toda própria e parece que não e por esse motivo é que você tem que ter o que uma junta militar, para fornecer subsídio é claro, que muitas vezes isso gera algum tipo de corporativismo é um risco que agente corre, não há duvida a mesma coisa poderia ocorrer nisso que eu imagino que poderia ser uma justiça específica, para tratar

de delitos cometidos por indígenas por exemplo, a meu ver esse tipo de justiça teria que ter não apenas o juiz togado, mas o membro daquela comunidade, nós temos uma decisão aqui na justiça federal, salvo engano, na época o Juiz era o Doutor Helder “o caso Basílio” e o Filipe Bretania que era o procurador da República na época, caso Basílio é um caso interessantíssimo pelos seguintes, não só o caso Basílio, tem mais outro que está tramitando ainda esse está na justiça estadual em que eu até cito no meu trabalho, mais o que aconteceu o cidadão já teve uma pena na própria comunidade, naquele caso no caso Basílio a pena que ele recebeu na comunidade foi reconhecida, o Valdelizio não; o caso dele foi interessante porque o mesmo foi banido praticamente da comunidade dele, que para eles, na cultura deles, isso é uma pena grave, na nossa cultura talvez não seja entendido assim, que aconteceu comete um crime aqui estou foragido por opção, seja em qualquer outro local, mas no nosso entendimento isso não é pena nenhum, poxa mais eu fiquei longe da minha família? problema seu! você vai ser punido pela justiça estadual ou federal e vai ser preso. Essa sim é nossa punição. No caso deles não, a coisa vai além, quer dizer ele perdeu todos os bens dele praticamente perdeu a família toda, ele foi isolado da família, e depois de algum tempo é que permitiram que a família dele se aproximasse, mais durante muito tempo ele ficou isolado, mais que isolamento é esse que ele ficou? sei lá 50, 70, 100 quilômetros, para nós não é nada, nós pegamos um avião aqui hoje e de manhã estamos lá em São Paulo, em Brasília ou do outro lado do mundo em 24 h, para eles essa distância é uma eternidade, nesse ponto é que eu acho que nos poderíamos pensar e avançar sim pra uma justiça especializada composta por integrantes, pelo juiz togado e os integrantes da sociedade, isso nós poderíamos pensar por que, para gente entender o que é crime eu cito até, dou um exemplo no meu trabalho que é o seguinte chega um cidadão de outro país, quando eu falo de um outro país não vamos imaginar Estados Unidos, Venezuela, não! Não!. Vamos imaginar um país do Oriente Médio que tem costumes totalmente diferentes dos nossos, por exemplo, o que para nos aqui é crime que é a bigamia pra eles não, não seria e tantos outros delitos que para nós é gravíssimo para eles não, aí também tem outro contra ponto o furto, ou seja, essa camisa ela é minha, não admito que ninguém pegue, se alguém pegar é furto, mais na cultura muitas vezes dos indígenas esse sentimento de propriedade é relativo, não necessariamente ele é igual o nosso, então o que acontece cotidianamente aqui em Caracará, isso é comum acontecer em Caracará, chega os indígenas naquelas regiões próximas ali, vila São José que fica muito próximo e algumas acabam “furtando” algumas roupas que estão no varão pra colocar uma camisa ou um short, ele pega do varal que pra ele aquilo é ideia meio que do coletivo, é óbvio que eles têm o sentimento de propriedade, é óbvio que sim, não significa que pra eles tudo é de todo mundo, não é isso, mais ele não consegue entender a dimensão, que se ele pegar aquela roupa do varal ele pode responder por um crime que eventualmente, claro que isso não daria cadeia não! Mas ele pode até ser preso em flagrante, depois ele vai ser solto, mas se ele comete esse tipo de delito, então é nessa hora que eu me inclino, sim uma justiça especializada mais que para mim tanto poderia ser federal como poderia ser estadual a justiça militar pra mim é um exemplo mais claro de que nos temos uma justiça estadual, então nada impede que seja federal ou que seja estadual, o que eu não gosto é desse rótulo pronto, ou é federal ou é estadual, vamos trabalhar nisso, vamos trabalhar, vamos chegar ao consenso, se algum legislador entender que tem que ser federal tudo bem, mais fundamente, justifique o porquê, o juiz federal, o ministério público federal ele não está no patamar superior que justifique, não há também uma predisposição dos integrantes do sistema de justiça estadual a retirar esses indígenas do seio da comunidade por que eles atrapalham alguma coisa. O estado de Roraima já conseguiu entender, existia evidente uma rivalidade, um preconceito muito grande pra com a população indígena por conta da questão da demarcação da raposa serra do sol primeiro da área ianomâmi depois da raposa serra do sol, hoje eu acho que isso já foi absorvido pela população, lógico você pode ter um foco ou outro por uma pessoa que se sentiu prejudicada diretamente no seu patrimônio, se é que era um patrimônio dela. Mais nos não podemos partir desse pressuposto pra condenar a justiça, o sistema judiciário estadual, eu acho que agente tem que fundamentar melhor o simples, a simples interpretação do artigo da constituição federal, a meu ver não é suficiente, que se mude então a própria constituição federal e que esteja bem claro. Qualquer crime envolvendo indígena seja do polo ativo ou do polo passivo a competência é da justiça federal, ou então que se diga lá nos moldes da Súmula 140, que tanto pode ser estadual como federal, em havendo o interesse dos direitos indígenas protegidos.

MARCOS PEREIRA - Dando continuidade ao trabalho de pesquisa, Doutor Fabio, gostaria de saber do senhor a questão da Súmula 140, a súmula 140 do STJ.

ENTREVISTADO - Na verdade eu acho que vem mais ou menos na linha que agente estava falando, a definição de uma competência, e a meu ver a própria súmula não desceu a minúcias, ela não separou o que seria o motivo pelo qual seria a competência Estadual ou competência Federal, quer dizer, se apega muito ao que diz a constituição tentando interpreta o que seria os direitos indígenas, os direitos indígenas a meu ver, um dos pilares do que se chamam esses Direitos indígenas seria o que? O direito da própria terra aí que é o X da questão por que na verdade os conflitos que existem entre, e inclusive na esfera da competência Federal e Estadual e exatamente nesse ponto propriedade, é terra, é o espaço, a demarcação do território isso também é um tema que é muito delicado, por que voltando aqui para o povo Yanomami especificamente, o povo Yanomami é muito interessante por que o povo Yanomami ele come uma parte do território amazonense, uma grande parte do território roraimense e entra na Venezuela e pra eles não existe essa fronteira. Primeiro que esta fronteira não existe, fronteira, qualquer fronteira é algo que nos homens brancos que inventamos, pra eles existe um território único, um território só onde eles transitam, trafegam de um lado pra outro, mas pra nós existe esse território, e ele tem a importância inclusive no que tange a própria segurança nacional. E pra Venezuela a mesma coisa e pra outros países e isso em outros estados em que nos fazemos fronteiras também com alguns outros países, então essa questão da própria terra, da própria propriedade ele vai além desses direitos indígenas, aí vem aquilo que alguns já descreveram que é a sobreposição não apenas de árvores, sobreposição de direitos, quer dizer é o direito do indígena e a nação brasileira e o estado brasileiro, o indígena não tem noção do que é, eu estou falando desse indígena isolado mesmo, ele não tem essa noção de estado brasileiro, ele tem noção do povo que eles são, mesmo entre eles, entre os próprios ianomâmis falando em ianomâmi. Mas Eu acabo restringindo mais por que tratei especificamente desse povo, mas eles têm as diferenças, as brigas, as guerras entre eles mesmos e nós sociedade organizada, estado brasileiro podemos ter as nossas brigas, as nossas guerras com o país vizinho e ai? Como vai ficar? Essa questão, essa disputa de território, nós podemos ou não podemos estar dentro desse território. Hoje eu não posso entrar lá o senhor não pode entrar lá, por quê? Por que lá é a casa deles, do povo ianomâmi, a mesma coisa do Waimiri Atroari, nós temos essa limitação, então essa disputa é lógico e acabo fugindo um pouco aqui do tema a súmula 140, a meu ver ela tentou dizer o seguinte que o estado, que a justiça estadual também é competente desde que não esteja em disputa um interesse propriamente indígena, nós poderíamos tentar incluir aí para alargar então a interpretação, o que não esteja em conflito o interesse cultural, ou talvez se incluísse aí esse interesse e não apenas esse interesse a propriedade na terra propriamente, então eu acho que nos precisaríamos esmiuçar isso um pouco mais.

MARCOS PEREIRA - a interpretação que é dada para ela, de repente ela estende o que seria a questão criminal se é propriedade.

ENTREVISTADO - exatamente se é só propriedade, por que senão nos voltamos àquela questão do júri comum um homicídio praticado por um indígena contra outra indígena quem vai resolver a Justiça Federal ou Justiça Estadual, mais poxa, mas eu estava brigando por conta da propriedade ou da posse daquela terra, e vai ser um crime comum, um brigou com outro e matou o outro só por isso seria competência da Justiça Federal, então pela Súmula 140, não seria competência da Justiça Estadual.

MARCOS PEREIRA - Doutor Fabio, vamos tratar agora da última parte da dissertação que é sobre o laudo antropológico, gostaria que o senhor fizesse um comentário a respeito da realização ou não do laudo antropológico ou da infração penal praticada por indígena.

ENTREVISTADO - Na verdade o que eu entendo não difere muito daquilo que eu falei lá atrás sobre a competência, alguns criticam o laudo antropologia dizendo que os próprios antropólogos são tendenciosos, eu também não gosto de partir desse pressuposto porque primeiro eu acho que você tem que respeita todos os profissionais dentro das suas áreas de conhecimento. O código penal tem algumas situações que ele exige, por exemplo, do juiz um conhecimento que ele não detém que quando ele fala no artigo 59, que o juiz terá que examinar levar em consideração a personalidade do réu pra efetuar o cálculo da pena, personalidade é algo que o juiz, não tem a menor condição, promotor, advogado nenhum de nos tem condição de fazer essa análise ate por que ele não conhece o réu, ele conhece um papel, e agora não necessariamente um papel pode ser um cd, onde tem a oitiva do réu, a conduta mas não a personalidade, então a mesma coisa e talvez ate mais profundo seria por exemplo um juiz, o promotor então o advogado ter o conhecimento necessário em medicina legal para afirmar que ocorreu a morte por um politraumatismo qualquer outra causa que fosse, e com tanta razão eu entendo que seria necessário que a presença de um antropólogo no processo com a mesma

credibilidade, com a mesma validade de seu laudo para testar o conhecimento, a capacidade de compreensão do indígena, e aí é que seria a importância do laudo antropológico, por que o laudo antropológico não seria pra dizer se ele é indígena ou não, não seria com essa finalidade, atestar se é um indígena ou se não é. Mais sim pra atestar o que a capacidade de compreensão daquele indivíduo específico de cometer determinado delito, a compreensão que ele teria ou não da nossa norma, se nós poderíamos aplicar a ele uma sanção, a nossa sanção dentro daquela determinada conduta por ele praticado, e este laudo, a meu ver, só poderia ser feito por quem detém esse conhecimento científico, que não é outro profissional que não o antropólogo, para mim é a mesma coisa que então como disse antes um advogado, um dentista,... nem vou colocar o dentista porque é da área, mas um engenheiro atestar a morte de alguém, nenhum de nós tem ou então uma vítima de estupro, nós não temos este conhecimento, quem tem esse conhecimento é o médico, então quem tem o conhecimento para atestar se aquele determinado indígena teria ou não consciência ou não do ato que praticou em relação a nossa cultura. Então, a meu ver, a importância do laudo antropológico reside aí quem teria condições de atestar ou não a capacidade do indígena se guiar pela nossa legislação, ele tem que ter consciência exata de que cometeu um delito, não pode simplesmente o juiz, não! A Matar alguém, não tem como fugir desse tema eu até não queria entrar nele mais eu acho que é inviável não fazer pelo menos uma referência aquilo que a meu ver é totalmente erroneamente, mas popularmente é chamado como infanticídio praticado por indígena primeiro que não é infanticídio, não infanticídio, infanticídio é outro delito, a mulher no estado puerperal, movida pelo estado puerperal acaba matando o recém-nascido, o caso do indígena em algumas etnias notadamente aí a Yanomami, a mulher pratica aquele ato, mas já de forma premeditada, já sabe que se ela tiver gêmeos um dos dois ela vai ter que sacrificar se ela tiver um filho que ela perceba alguma deficiência ela vai sacrificar, então não é algo praticado em função do estado puerperal é praticado por que ela já sabia que iria praticar, ela tem os motivos delas, então primeiro não é infanticídio, mas popularmente condicionou a chamar de infanticídio então vamos na mesma atoadá e vamos admitir que fosse o infanticídio então por que ela comete esse delito? No caso específico vamos voltar aqui para os Yanomamis por que um dos motivos pelo qual se comete para nos sociedade branca atrocidade agora duas meninas ou mesmo uma menina quando ela sacrifica por que ela o faz porque ela não gosta das meninas, não! não é por causa disso é por uma questão muitas vezes da cultura deles de sobrevivência, sobrevive quem? Sobrevivi o mais forte e teoricamente o homem é mais forte por que o homem é o guerreiro e tal ele tem condições de sobreviver, por que no caso de gêmeos em regra ela sacrifica um, porque na cultura deles no entendimento deles ela não vai ter o que? O leite suficiente pra amamentar os dois e um vai morrer em sofrimento então ela prefere sacrificar antes, e porque até ela não tem muitas vezes esse leite porque a alimentação deles e extremamente pobre não tem os nutrientes necessários, suficientes muitas vezes pra que ela possa inclusive sustentar essas duas crianças, então na cultura deles, eles cometem isso como algo natural, mais aí nos vamos então pegar essa indígena que vive em isolamento em relação à sociedade branca e se ela cometer esse ato nós vamos denunciá-la criminalmente, o juiz quer dizer, é um crime fácil de provar, quer dizer, saber foi ela, no entanto você pode até conseguir comprovar facilmente isso, sabe que foi ela, tem ali o corpo da criança está fácil é o promotor oferecer denuncia e o juiz elaborar a sentença isso de forma simplificando. Agora vamos entender os motivos, na sociedade Yanomami isso realmente..., agora vamos pegar então aquele indígena que eu falei lá atrás lá da represa do Guarapiranga que pratica ou que pode vir a praticar esse ato mais não por esses mesmos motivos. Claro! será que tem essa necessidade do mais forte sobreviver será que tem essa necessidade em tese do mais forte que seria o homem sobreviver. Só por ser indígena ele então poderia praticar esse delito, mais quem que vai dizer que na cultura dele, na sociedade dele aquele delito não é admitido. O juiz, o promotor me parece que não, me parece que aí nesse caso nos teríamos que ter o laudo antropológico, então por que eu falei que remeto um pouco o que eu falei no início, porque na verdade o laudo antropológico a meu ver ele estaria muito ligado a quem? Aquela justiça especializada que eu falei que seria composta por representantes daqueles determinadas etnias. Há! Mais aí você vai ter um julgamento que vai se beneficiar o indígena sempre, me parece que não, a exemplo disso são as penas aplicadas pelos próprios indígenas aos integrantes da sua comunidade, banimento. No Brasil não tem essa pena, no Brasil não tem isso, ou seja, muito grave a própria pena de morte que eles aplicam o Brasil não tem, então não há de se dizer que o grupo indígena se eles compusessem aquela justiça especializada, se eles seriam tendencioso, mais tendencioso que o tribunal do júri não existe então quem é o tribunal do júri? É a sociedade, são leigos da sociedade, então a meu ver essa justiça

especializada a que eu me refiro seria o quê? Seria um tribunal do júri. Exatamente isso, só que composto por representantes da própria sociedade deles, da própria etnia. Eles é que vão dizer se aquilo é crime ou não, há mais,...! Determinada situações o branco vai ser punido e o indígena não vai, não é isso não, mas em determinada situações o branco não seria punido e o indígena seria. A punição do branco é muito, mas é muito mais leve do que a do indígena, não sei se o senhor viu hoje no jornal do meio-dia uma noticia que chegava assim a revoltar especialmente quem não é da área jurídica, não entende isso, nós que somos já não gostamos muito, mas tá lá os irmão Cravinhos, hoje foram para o regime semiaberto, um crime bárbaro, absurdo cometido próximo ao meu apartamento La em são Paulo, que é bem próximo, um negócio absurdo mataram o casal a pauladas juntamente com a filha do casal e hoje seis anos depois vão pra regime semiaberto... tem 38 anos de prisão, 38 um, 39 outro, essa pena que é uma mentira que essa não é pena, 38, 39 anos tá lá seis anos no regime semiaberto, claro continua cumprindo, está no regime semiaberto mais continua cumprindo, mais não é a mesma coisa, eu duvido que uma justiça especializada composta por integrantes da sociedade indígena num caso como aquele teria esse tipo de pena, então não da pra dizer que a nossa sociedade é mais dura do que a deles, eu acho que bem ao contrario, mais isso só quem poderia a meu ver, só quem poderia atestar por que veja nos estamos trazendo de lá pra cá pra nos, se agente disser que não! Não tem justiça especializada é a justiça estadual ou federal que julga e fim de papo vai julgar os indígenas, vai julgar os desiguais igualmente que é uma injustiça muito grande, vou trazer o Yanomami e vou condená-lo aqui, vou pegar o mulçumano, o sheik árabe e vou dizer que se ele entrar no Brasil com varias esposas... quer dizer se ele entrar no Brasil não seria um crime, mais um determina crime que ele venha cometer na nossa cultura é gravíssimo e ele vai ser condenado, então o indígena a mesma coisa, se nós quisermos, nós justiça estadual, justiça federal julgar os delitos praticados pelos indígenas, no mínimo nos temos que ter alguém que diga. Olha, na cultura deles isso é crime ou não é, não é que o laudo antropológico é que vai decide, não! O laudo é uma peça que embasa a decisão mais ele não é obrigado, quem elabora o laudo antropológico não é quem decide mais ele é uma peça a meu ver fundamental pra que os integrantes da sociedade branca possam julgar os integrantes da sociedade indígena, lembro-me de um caso que eu citei no meu trabalho, mais ele cometeu um estupro contra uma criança, sobrinha dele e o que aconteceu? Naquele caso foi bem interessante por que a sociedade dos indígenas era um tuxaua inclusive, eles prenderam o rapaz lá e trouxeram aqui, entregaram na polícia, a tuxaua prestou o depoimento dela, demonstrando que aquele comportamento não era aceito na comunidade deles, então seguramente se fosse um crime julgado pela sociedade deles teria também uma pena. Agora foi interessante isso por que ele tentou dizer que pra eles era comum e um contra ponto que se faz e esse aqui é um caso cotidiano, aqui no nosso estado ate não é tanto, mais tem muitos casos La no Mato Grosso do Sul, digo por que conversei com advogado que é de uma etnia por telefone, ele mandou alguns artigos que ele escreveu, ele é da etnia indígena e o que acontecia na sociedade deles. O que ocorre, a menina menstruou já pode casar então acabava casando, menina com 12, 11 anos de idade já estava casando e consequentemente mantendo relações sexuais, algo na cultura deles perfeito, na nossa Nem pensar é um crime dos mais graves que existe, talvez o mais grave que nos temos no nosso sistema. E o que esta acontecendo muito lá, pelo que ele me relato e depois eu fui buscar e realmente tem muitos casos, o cidadão, o indígena casa com a menina, no casamento deles e vai para cidade isso acontece muito La em Dourados, aquela região, vai lá para cidade chega à cidade ele se encanta por outra mulher e larga a primeira o que tem acontecido pelo que ele me relatou os pais da menina que foi abandonado pelo marido vão à polícia e dizem: ele mantinha relação sexual com a minha filha, resultado estão entupidas as cadeias daquelas regiões de indígenas porque teriam praticados estupros, e têm vários casos, para nós promotores de justiça, juizes é condenação na certa. Como é que ele atestou isso ele pegou o laudo medico pra atestar que a menina não é mais virgem e tal, o laudo medico é importante, o medico é importante, o medico tem valor, mais e o antropológico pra gente saber que naquela sociedade aquilo é permitido, é culturalmente aceito. Os indígenas estão ai a milhares de anos como é que nos podemos impor a nossa verdade a eles, eu acho que não é bem assim então nos precisaríamos ai do que? não basta ai ver a defesa, o advogado dizer: há mais na cultura deles isso é aceito, não! ai é um lado o promotor dizendo que é crime e o advogado dizendo que... não basta ai nos vamos pra uma pessoa que detém o conhecimento quem seria essa pessoa? O antropólogo, por esse motivo é que eu particularmente defendo essa duas estações uma justiça especializada como disse desde o inicio se estadual ou federal eu não sei, se decidir que é federal, parabéns, maravilha se decidir que Estadual ela tem tanta

competência e tanta isenção quanto a outra, mas que se tenha uma justiça especializada composta por integrantes daquela sociedade, agora também não adianta eu pegar o Waimiri Atroari para julgar o ianomâmi, não adianta, quer dizer eu vou ter buscar integrantes da mesma sociedade, a não ser um caso “de desaforamento” o crime cometido em Boa Vista é julgado em Caracarái. Não! Ele é julgado em Boa Vista, pela sociedade de Boa Vista, por quê? Por que é aquela sociedade que conhece a realidade local. Essa é a ideia do tribunal de júri, você só tira o crime daqui de Boa Vista e julga em Caracarái numa situação específica que é desaforamento, e vice versa a mesma coisa a meu ver poderia ser aplicado para julgamentos envolvendo integrantes das sociedades indígenas, não consigo ver que isso criaria um privilégio, a meu ver não seria um privilégio, se você entende que é um privilégio você está partindo do pressuposto que as pessoas não são isentas e eu não consigo partir desse pressuposto jamais, então criasse, são duas coisas que realmente eu acho que nos tem que pensar é algo, eu não tenho nenhuma pretensão de ser o dono da verdade, mais pra gente pensar e para lançar discussão, vamos discutir o laudo antropológico é importante? A meu ver é justamente para dar esse embasamento para o juiz decide e essa composição de uma justiça por integrantes de membros daquela sociedade onde o crime ocorreu, não geraria a meu ver nenhum tipo de privilégio ou de felicitação para uma absolvição, mais sim uma justiça da forma que se busca, ou seja, fazer justiça através do conhecimento do delito e se aquele “delito” é aceito ou não na sociedade, se aceito lá por que nos vamos punir aqui.

MARCOS PEREIRA - E doutor fica perfeito essa sua posição, ate baseado no que o senhor escreveu, ate mesmo pra poder o juiz ao deferi a sentença ele analisar dentro daquele potencial conhecimento. Essa seria a grande essência do que seria imputável ele vai analisar... vai realizar dentro da prioridade, mas vai realizar as mudanças nesse sentido... e se for...

ENTREVISTADO - E acaba com aquela ideia de que ele tem carteira de motorista, ele tem titulo de eleitor, então ele não é índio, não é nada disso, cultura é uma coisa, o indígena ele pode estar morando aqui há trinta anos, e ele tem 50 anos ou ele pode até ter menos mais a cultura esta dentro do cidadão, a cultura é algo que se intrometa, o senhor é do Rio de Janeiro. Quanto tempo o senhor mora aqui?

MARCOS PEREIRA - Já moro há 10 anos,

ENTREVISTADO - Eu sou do Paraná e moro há 21 anos aqui, eu lhe confesso que ate hoje eu não absorvi determinados hábitos culturais que são daqui. Por quê? Porque está introjetado em mim, eu já tenho daqui a pouco vou está a metade da minha vida aqui eu tenho 45, estou indo para 46 anos, há 21 eu moro aqui, então mais um pouquinho eu vou está meio a meio; o fato de eu estar com mais tempo aqui seguramente não vai me tirar o que eu trouxe de lá. E a mesma coisa para o indígena, então não é o fato de ele ter vindo pra cá, tá morando em boa vista eu vou lhe da um exemplo pratico Davi Yanomami, Davi se você for aqui ao bairro São Pedro, encontra o Davi na rua Do Carmo; se você for a New York, na ONU, você pode encontrar com o Davi lá, se você for à Alemanha, você pode encontrar com o Davi, agora ele continua, numa entrevista que eu tenho gravada com Davi que eu reputo fantástica, utilizei no meu trabalho Davi, conversando sobre vários assuntos eu perguntei da alimentação para o Davi, e foi interessante eu me lembro dessa cena, está gravada na memória, quando eu perguntei o que o Davi gostava de comer? Ai o Davi falou que ele ficava aqui, que ele estava doido pra voltar para o Demini para comer macaco moqueado. Eu em lembro dele falando isso, eu estou ouvindo a voz, eu tenho gravado, mas eu estou ouvindo a voz do Davi me falando isso, eu me lembrava daqueles desenhos animados que você vê quando alguém fala sair água da boca, o Davi falando aquilo, falei.. pois é Davi, mas lá você pode comer seu macaco moqueado, mais você sabe que isso é crime, quer dizer, tentar comer esse macaco aqui, ou seja, e aqui matar o macaco, é crime ambiental, aí nós vamos condenar o Davi por que ele comete o crime ambiental de comer o macaco moqueado ou será que isso é da cultura dele, mas isso está dentro da cultura do Davi como é que nos vamos mudar isso? É a mesma coisa que condenar o ribeirinho por comer a tartaruga, nos vamos condenar o ribeirinho se ele tiver por ai vendendo a tartaruga, mais a comida aquilo é da cultura dele.

MARCOS PEREIRA - E o que vai precisar fazer ai, o que diz a constituição e ele ser reconhecido como índio, e quem faz isso é a própria comunidade, como por exemplo, como militar eu tenho que ser reconhecido pelos militares que se por acaso ocorrer alguma questão que envolva, eles vão falar oba ele é militar então vamos agir dessa forma mais se os militares falar assim não! Ele não é militar, foi expulso aconteceu alguma coisa e perdeu a patente... aí é uma outra, então têm vários fatores que permitem dessa forma, mas na verdade doutor não é isso que acontece geral.

ENTREVISTADO - Não! Na pratica não, na pratica nos estamos hoje fazendo o que? O ianomâmi furtou uma camiseta lá em Caracarái, poxa, é crime claro que é menor potencial ofensivo, muitas vezes não vai acontecer nada, mas teoricamente ele cometeu um delito, ele cometeu, mais a mãe matou o filho, cometeu um crime é mais vamos entender os motivos pelo qual ela cometeu esse homicídio, é crime pra nos, há! mas ele estuprou a menina porque ela tinha 12 anos, 9 anos, 10, 11 anos de idade e ele manteve relações sexuais, mas, espera aí, lá na comunidade dele disse que isso pode, como é que nos podemos chegar hoje aqui e falar não você não pode fazer isso é muito delicado, então...

MARCOS PEREIRA - Esse é um caso e teve repercussão....

ENTREVISTADO - Então quer dizer que nos corremos o risco sim, evidente de que a sociedade queira... nós tivemos um caso aqui em 1992, eu fui escalado para fazer um júri, há anos que não tinha júri no estado, e caiu pra mim foi meu terceiro júri o processo mais famoso que tinha aqui na época, que era o caso do Telmar Mota...ele tinha sido condenado, e houve um desaforamento, foi condenado em Brasília pelo crime do Silvio Leite o prefeito da cidade, e ai depois de um tempo ele abriu e disse quem era o mandante do crime que era o tal do Luizinho da agropecuária, e ai o Telmar acabou matando o Luizinho da agropecuária, na entrada do presídio, da penitenciaria do Monte Cristo no dia da inauguração da penitenciaria, matou o Luizinho e tal e foi a júri a sociedade, quem que julgou o Telmar? Sociedade de boa vista. Boa vista era quase que uma aldeia tinha na época que eu cheguei aqui Boa Vista tinha 100 mil habitantes mais ou menos, pequeno e se não for assim imagina um júri num Bom Fim ou Muçajá que é menor ainda, é a própria comunidade que julga, mas a comunidade entendeu que o Telmar não tinha cometido crime e foi absorvido, deu seis tiros no outro na frente de todo mundo, o que a sociedade entendeu, porque ela achava que outro era pior que ele, na pratica foi isso. Tanto que o final daquele júri foi muito interessante eu brinquei que eu esperava uma absolvição por 7 a 0 e acabou sendo 5 a 2 e parecia uma final de fla flu a explosão. O interessante um foi homicídio que eles sabiam, mas a sociedade resolveu que não era crime, que ele não tinha cometido crime propriamente, absolveu do crime, então pode acontecer isso com o indígena se você quer? Pode, com um militar não pode acontecer? e não acontece! Pode, acontece, na época que nos tínhamos os vogais na justiça do trabalho não acontecia isso, acontecia então vai ser difícil criar isso vai ser muito difícil por que você vai ter que trazer o indivíduo lá do meio da área ianomâmi, se ele vem ou não vem, como é que ele vem, vai julgar lá ou... não sei, mais aqui nós estamos falando em tese, isso é uma ideia como vai se pôr em prática, há mas isso custa caro? não é problema nosso, se nós estamos falando em sistema de justiça e queremos a melhor forma de julgar eu acho que nós temos que discutir várias ideias... para mim essa é uma delas simplesmente discutir se vai ser justiça federal ou se vai ser a estadual não basta. Vai ser um julgamento injusto tanto por uma quanto pela outra, por que nenhuma das duas tem condições de julgar, na minha humilde visão tem condição de julgar da forma correta.

MARCOS PEREIRA - Doutor Fabio eu quero agradecer como eu disse logo no começo esse é um trabalho de dissertação aonde eu vou pegar essa entrevista, parte dela vai ser colocada dentro do próprio texto outra parte vai ficar como anexo, então eu tenho certeza que dessa forma a exemplo da sua dissertação de mestrado, nos estaremos contribuindo para essa sociedade indígena, então desde já eu agradeço essa entrevista. Muito obrigado.

ENTREVISTADO - Eu que agradeço a oportunidade, espero de alguma maneira, mesmo que seja apenas para se for o caso fazer um contra ponto por que eu acho que essa dialética que é importante no direito, eu sei que varias opiniões são até contrarias a minha e eu não me considero a mais avalizada evidentemente mais, de qualquer forma se agente puder de alguma forma contribuir para o debate e eu acho que isso que é importante, a beleza do próprio direito é agente debater, debater ate um dia quem sabe chegar não ao mundo perfeito, ideal mais pelo menos próximo dele.