

PUNIBILIDADE E COMPETÊNCIA PROCESSUAL NOS CRIMES PRATICADOS POR AGENTE INDÍGENA NO BRASIL

Joniel Vieira de Abreu
Mestrando em Educação
Universidade Federal do Pará
E-mail: jonielabreu@hotmail.com

Paulo Sergio de Almeida
Doutor em Educação: Currículo
Universidade Federal do Pará
E-mail: paulosac@ufpa.br

EIXO TEMÁTICO: Estado, Política Criminal e Segurança Pública

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a atuação do Estado no que concerne à aplicação do direito nos casos de crimes envolvendo os indígenas. Como são tutelados na legislação brasileira os crimes praticados por agente indígena? Pesquisa de caráter bibliográfico e documental com foco nas temáticas povos indígenas e a constituição, o direito à diferença, e teoria do crime, fundamentada nos estudos de SOUZA FILHO (2009), SANTOS FILHO (2008) e BARRETO (2008). Os documentos priorizados incidiram na Constituição Federal de 1988, no Código Penal e no Estatuto do Índio. Concluiu-se que não existem elementos normativos positivados capazes de definir com segurança a agente indígena uma conduta delituosa e nem critérios para aferir sua imputabilidade, uma vez que com o advento da Constituição de 1988 os povos indígenas foram elevados à categoria de sujeitos de direitos enquanto cidadãos detentores dos mesmos direitos da sociedade não-índia, porém, devem ser percebidos pelo direito com respeito às diferenças que os constituem.

PALAVRAS-CHAVE: *Imputabilidade; Competência processual penal; Crimes indígenas; Direito à diferença.*

PUNISHABILITY PROCEDURAL AND COMPETENCE IN CRIMES PRACTICED BY INDIAN AGENT IN BRAZIL

ABSTRACT

This work aims to analyze the performance of the State as regards the application of the law in cases of crimes involving the indigenous. How are safeguarded in Brazilian law the crimes practiced by indigenous agent? Search for character bibliographic and documentary with thematic focus on indigenous peoples and the constitution, the right to difference, and theory of the crime, based on studies of SOUZA FILHO (2009), SANTOS FILHO (2008) and BARRETO (2008). The documents prioritized focused in the Federal Constitution of 1988, the Criminal Code and the Indian Statute. It was concluded that there are no normative elements doctrines accepted able to define with the security agent indigenous a tortious conduct and neither criteria to assess their imputability, once again that with the advent of the Constitution of 1988 the indigenous peoples were elevated to the category of subjects of rights as citizens holding the same rights of society not-India, however, must be perceived by the law with respect to the differences that constitute.

KEYWORD: *Criminal procedural Competence; Indigenous Crimes; Right to difference.*

1. INTRODUÇÃO

Os trabalhos que são produzidos na temática indígena, em sua maioria, limitam-se a compreender o lado histórico, cultural e lingüístico desses povos. Ao ser discorrido num dos vieses mostrados acima, seus autores deixam de apresentar o universo jurídico indigenista que é o fundamento norteador da interação desses povos com o Estado.

Este trabalho tem como objetivo analisar a atuação do Estado no que concerne à aplicação do direito nos casos de crimes envolvendo os indígenas. Seguindo esse viés examinamos o objeto “povos indígenas e normas penais”. Para tanto, perguntamos: Como são tutelados na legislação brasileira os crimes praticados por agente indígena?

A pesquisa foi realizada com base no estudo bibliográfico-documental. O levantamento bibliográfico permitiu o entendimento doutrinário de assuntos tais como: povos indígenas e a constituição; o direito à diferença; teoria do crime; para mostrar com isso como os povos indígenas devem ser interpretados na conjuntura atual. As principais produções teóricas adotadas foram: SOUZA FILHO (2009); SANTOS FILHO (2008); BARRETO (2008). Já os documentos analisados foram às legislações que regulam o assunto: Constituição Federal de 1988; Código Penal; Estatuto do Índio.

O artigo encontra-se estruturado em três partes. Na primeira, fizemos uma abordagem sobre a aplicação da pena, de modo a demonstrar que a imputabilidade é confrontada com a inimputabilidade para depois se concluir pela aplicação ou não de pena.

Na segunda, discorremos sobre a (in) imputabilidade de um agente indígena, a fim de evidenciar a lacuna penal ao constituir somente os critérios biopsicológico e biológico para se aferir pena, já que na conjuntura atual a tipificação e punibilidade de um agente indígena devem ser analisadas com base na Constituição de 1988 que consagrou o direito à diferença desses povos.

Na terceira parte analisamos um julgado do Supremo Tribunal Federal com intuito de expor que tanto a Justiça Federal como a Justiça Estadual são entes com competência para processar e julgar crimes praticados por indígenas. Caso o delito esteja relacionado ao rol expresso no artigo 231 da CRFB88 (direitos da coletividade indígena), o ente competente será a Justiça Federal, porém, na hipótese de estar ele vinculado ao interesse pessoal do agente, a esfera de competência será atribuída à Justiça Estadual.

2. – A APLICAÇÃO DA PENA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Código Penal (CP) brasileiro não define um conceito para o crime, o que se tem são critérios criados com o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal para distinguir crime de contravenção¹:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multas, ou ambas, alternativas ou cumulativamente (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914/41).

Assim o crime é definido juridicamente como sendo a conduta humana, por ação ou omissão que infringe um bem jurídico tutelado pela norma penal² (ponto de vista material).

Na legislação penal brasileira, só são punidos pela prática criminosa os “imputáveis”, por se tratar de agente capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento (GRECO, 2005). A imputabilidade é definida como “o conjunto de circunstâncias especiais ou de condições necessárias que demonstram a existência de nexo causal entre o delito e seu presumível autor” (GUIMARÃES (2008, p. 358).

A regra penal é a aplicação de pena ao agente que cometeu um ilícito. Todavia, ela traz consigo exceções elencadas no Título III (Arts. 26 a 28 do CP) da parte geral do Código Penal que discorre sobre os “inimputáveis”.

A inimputabilidade é aplicada em oposição à imputabilidade. Se nesta o agente tem capacidade para entender que praticou ato definido como crime e quis agir de acordo com o entendimento, na naquela o agente não tem a capacidade para apreciar o caráter ilícito do fato por questão de: idade; não ter alcançado determinado grau de desenvolvimento físico ou psíquico; ou por existir em concreto uma circunstância que a exclui.

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

¹ Por contravenção entende-se a transgressão a preceito legal de mínima gravidade, por isso punida com pena mais branda, inferior àquelas aplicada aos crimes.

² NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2007.

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/1940).

Vê-se que os critérios estabelecidos pela Lei Penal para a exclusão da pena (inimputabilidade) são classificados nos fatores: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; menores de 18 anos; embriaguez completa resultada de caso fortuito ou força maior. No primeiro caso (art. 26, caput) e no terceiro caso (§ 1º do Art. 28) para ser argüida a inimputabilidade, no tempo da ação ou omissão o agente deveria estar inteiramente incapaz para entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Porém, na segunda hipótese de incidência enunciada no art. 27, basta que o agente seja menor de 18 anos. Nesse caso, seguirá as regras da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Esses critérios estabelecidos para aferir a inimputabilidade são organizados em três sistemas: o biológico; psicológico; e biopsicológico.

O primeiro é o sistema biológico, segundo o qual aquele que apresenta uma anomalia psíquica é sempre inimputável, não se indagando se essa anomalia causou qualquer perturbação que retirou do agente a inteligência e a vontade do momento do fato (...). O segundo é o sistema psicológico, em que se verifica, apenas as condições psíquicas do autor no momento do fato, afastada qualquer preocupação a respeito da existência ou não de doença mental ou distúrbio psíquico patológico (...). O terceiro critério é o denominado sistema biopsicológico, adotado pela Lei brasileira no art. 26 que combina os dois anteriores. Por ele, deve verificar-se, em primeiro lugar, se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso negativo, não é inimputável. Em caso positivo, averigua-se se era ele capaz de entender o caráter ilícito do fato; será inimputável se não tiver capacidade (MIRABETE, 2006, p. 207, 208 – GRIFO MEU).

O Código Penal utiliza como regra o critério “biopsicológico”, onde para a pessoa ser considerada inimputável, não basta ser ela acometida por doença mental, devendo ainda ao tempo do crime, se encontrar em uma situação de inteira incapacidade para o entendimento do ato ilícito e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Porém, a exceção está no Art. 27, onde o legislador se apropriou somente do critério “biológico”, pois para ser aferida a inimputabilidade com fundamento nesse artigo, basta o agente ser menor de 18 anos, sem

qualquer questionamento sobre a real incapacidade de entender ou querer a materialização do fato praticado.

3 – A IMPUTABILIDADE DOS POVOS INDÍGENAS³

A aplicação de pena a um agente indígena envolve toda uma complexidade, pois, de um lado se posiciona o direito indigenista constituindo as condutas criminosas e atribuindo os critérios para serem imputados nas penas, e de outro, se tem os povos indígenas com garantias positivadas em norma constitucional recepcionadas sob o “direito à diferença”.

O conflito legislativo ganhou destaque com a promulgação da Constituição de 1988 ao reconhecer no Art. 231 o “direito à diferença” dos povos indígenas. Se antes da Constituição de 1988 a finalidade estatal era a desindianização, com a nova Carta Política a conquista foi na garantia de permanecerem indígenas e serem recepcionados com políticas públicas objetivando a manutenção e o respeito pela diversidade (ABREU, 2009). O atrito legislativo encontra-se entre a Lei 6001/73 (Estatuto do Índio); a Constituição de 1988; e o Código Penal brasileiro.

A atribuição de pena a uma conduta criminosa desferida por agente indígena envolve análise nos termos do Art. 56 e 57 da Lei 6.001/73; *caput* Art. 231 da Constituição; e Código Penal.

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 silvícola.

Parágrafo Único: As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semi-liberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado.

Art.57 - Será tolerada aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte. (BRASIL. Lei 6.001/73).

Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

O Estatuto do Índio não elenca sobre tipificação penal a agente indígena situação que vincula ao regramento da conduta com fundamento no Código Penal tanto para o “tipo” como “cominação”. O que foi elencado na norma infraconstitucional é o caso da condenação de agente indígena, situação explícita no Art. 56 de causa de redução da pena.

³ Os indígenas que não mantêm contato com a sociedade nacional, que vivem em completo isolamento (art. 4º, I, da Lei 6.001/73), são considerados inimputáveis.

Com o *caput* do Art. 231 da Constituição, normatizou-se que a condição de indígena independe da regra exposta no Art. 4º da Lei 6.001/73:

Art. 4º Os índios são considerados:

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

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura (BRASIL. Lei 6.001/73).

A Carta Política do país revoga as etapas listadas no art. 4º do Estatuto, e garante aos indígenas o direito de permanecerem diferentes sem integrar-se com a sociedade nacional.

Nesse novo contexto, se tem uma garantia de atenuação de pena pelo simples fato de ser o agente indígena (isolado ou não). Diante dessa situação, também é apontada a lacuna na norma penal ao aferir critérios para a culpabilidade (aplicação da pena). Partindo do pressuposto que um agente indígena maior de 18 anos praticou um fato típico, antijurídico e culpável, questiona-se: como garantir a aplicação da pena sem violar o direito constitucional da diferença?

Os critérios utilizados para aferir imputabilidade e inimputabilidade presentes no Código Penal brasileiro não contemplam aos povos indígenas, pois na análise de um caso concreto, a diferença indígena não está vinculada a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mas ao fator cultural que determina o funcionamento de sua sociedade.

Ao comentar a complexidade envolvendo a causa indígena em relação à sociedade nacional, Souza Filho (2009. p. 118) assim se pronunciou:

Dentro de cada comunidade ou povo, existe um complexo sistema penal que reprime condutas consideradas anti-sociais. Muitas vezes o próprio conceito de crime e pena são diferentes nas comunidades, já que estes conceitos são históricos e sociais, isto é, existem eles mesmo como resposta a uma situação histórica determinada ambiental e cronologicamente. Portanto, nem sempre aquilo que é considerado crime pela lei estatal o é dentro da comunidade. E muitas vezes, um ato legal para a lei é considerado crime abominável para outra cultura.

Com base no exposto acima percebemos que a criminalização de agentes indígenas tendo como parâmetro as legislações vigentes, não se pode aferir delito e pena sem considerar a conquista do direito à diferença. A Constituição de 1988 obriga o Estado a criar um novo

critério para se imputar crime a indígenas tendo como parâmetro seu universo cultural. Além do critério biológico aferido aos menores de 18 e o “biopsicológico” atribuído ao rol do artigo 26 do CP, torna-se necessária a criação do critério cultural para ser atribuído aos casos de crimes envolvendo o agente indígena.

Assim, o “direito à diferença” confrontado com a criminalização revela a fragilidade das doutrinas penalistas para constituir crime a agentes indígenas, forçando a um novo entendimento com base na realidade cultural do infrator.

4 – COMPETENCIA NOS CRIMES PRATICADOS POR E CONTRA INDIGENAS

Em se tratando da competência para processar e julgar os casos de crimes envolvendo indígenas existiu, até 2006, divergências na doutrina. Cabe destacar que esta situação já se encontra pacificada.

A Constituição de 1988 elenca no Art. 109, inciso XI:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

XI – a disputa sobre direitos indígenas (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

A divergência doutrinária repousava sobre o entendimento constitucional de “disputas sobre direitos indígenas” por se tratar de matéria de inteira competência dos Juízes Federais.

Alexandre de Moraes (2004) dizia que situações envolvendo indígenas poderiam ser de competência tanto da Justiça Federal como da Justiça Comum. Na primeira hipótese, se a figura de indígenas fosse apresentada como autor ou vítima em situação envolvendo a comunidade em questões ligadas à cultura ou direitos sobre as suas terras. Já a segunda quando referente à ação ou omissão vinculada somente a pessoa do índio.

Adepto de outra interpretação, o professor José Afonso da Silva (2007, p. 861), dizia que “os direitos e interesses dos índios têm natureza de direito coletivo, direito comunitário”, logo, em todos os casos litigiosos que os envolvem, o ente competente para processar e julgar recai na Justiça Federal.

O professor fundamentava seu argumento por meio da seguinte análise:

A Constituição reconhece legitimação para defendê-los em juízo aos próprios índios, as suas comunidades e às organizações antropológicas e pró-índios, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo, que é da competência, em primeira instância, do Juiz Federal da seção onde estiverem situadas as terras por eles habitadas e, na segunda, do Tribunal Regional Federal da área. Pela mesma razão, ou seja, por se tratar de direitos e interesses coletivos, indisponíveis, de ordem pública, envolvidos, além do mais, com interesses da União, é que a Constituição

também deu legitimação ao Ministério Público para defendê-los judicialmente, e, se a competência é da justiça Federal, o Ministério Público legitimado é o Ministério Público Federal (AFONSO DA SILVA, 2007, p. 861, 862).

O entendimento de Santos Filho seguia a linha do professor José Afonso da Silva afirmando que o dispositivo do inciso XI é impositivo no reconhecimento da competência da Justiça Federal para todos os casos que envolvam índios, inclusive os crimes por eles praticados.

Pelo Projeto de Lei 2.057/91, Estatuto das Sociedades Indígenas, que tramita no Parlamento há mais de dez anos, a questão é resolvida pelas disposições contidas no art. 9º, segundo o 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 (...). O Projeto de Lei 2.057/91 firma de forma inquestionável a competência da Justiça Federal para o deslinde de questões cíveis e criminais envolvendo índios (SANTOS FILHO, 2008, p. 112).

Para Barreto (2008, p. 60), a questão terminológica, a primeira vista, parece de pouca importância se

não fosse certa corrente jurisprudencial sustentar que as “competências cíveis” são aquelas definidas a partir do termo “causas” e as “competências criminais” aquelas definidas a partir do termo “crimes” (...) A partir dessa premissas, interpretam que a competência quanto à “disputa sobre direitos indígenas” é de “natureza cível”, não envolvendo os “crimes” praticados por ou contra indígenas.

Barreto ressalta, que o termo “disputa” apresentado no art. 109 da CRFB 88, deveria ser interpretado como sendo tanto de natureza cível, quanto criminal, pois a norma é de natureza “constitucional”, não sendo a afirmação um “mero jogo de palavras, mas reflete opção axiológica de evidente sobrevalorização do dispositivo constitucional em tela” (BARRETO, 2008, p. 60). O elemento fundamental para se reconhecer se a causa seria de competência da Justiça Estadual ou Federal, assentava-se nos “fins” pretendidos com a conduta. Se os “fins” dessa disputa ferissem direitos indígenas, a competência para processar e julgar seria da Justiça Federal, caso contrário, ficaria sob o arbítrio da Justiça Estadual.

Um exemplo utilizado por Barreto foi de dois processos que estiveram sob sua responsabilidade⁴ ao exercer sua função de Juiz Federal. No primeiro caso, um casal de indígenas, por ciúmes recíprocos, chegaram a vias de fato, causando lesões corporais recíprocas. No outro caso, um grupo de freiras que se dirigiam em um veículo para dar apoio a uma reunião de lideranças indígenas, foram interceptadas por fazendeiros, em uma estrada estadual, e submetidas a maus-tratos e constrangimentos.

⁴ Isso porque Helder Girão Barreto é Juiz Federal.

No primeiro caso a análise foi que se tratava de uma agressão recíproca por causa de “ciúmes”, logo, não se denota nenhum envolvimento de disputa sobre direitos indígenas no caso. Nessa situação a decisão foi que não havia competência da Justiça Federal para processar e julgar. Já no segundo caso, os “fins” que levaram as freiras a serem submetidas a maus-tratos e constrangimentos, decorreu do fato de que elas iriam prestar assistência as lideranças indígenas no que se refere a seus direitos, logo, a decisão foi a favor da competência da Justiça Federal para processar e julgar, pois, se tratava de “disputa sobre direitos indígenas”.

Nesse sentido, a interpretação de Barreto apresentava-se com maior inovação, pois, discordava tanto da interpretação dos constitucionalistas consagrados Alexandre de Moraes e José Afonso da Silva para inaugurar um entendimento que envolvia tanto indígenas como não indígenas, onde o fator determinante da competência era o “fim” da conduta.

A manifestação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para esse conflito doutrinário que se evidenciava na prática, levou a edição da Súmula 140 que diz: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure autor ou vítima”. Porém somente com o Acórdão do Recurso Extraordinário (RE) de nº 419.528-3/ PR⁵ de 03/08/2006 é que passou a se tornar pacífica a questão de competência para os crimes praticados por ou contra indígenas.

O Supremo Tribunal Federal (STF) em sua maioria apresentou um consenso sobre o inciso XI do artigo 109 da CRFB 88, no que se refere à competência para processar e julgar os casos de crimes envolvendo indígenas. A ementa do acórdão explicita:

COMPETÊNCIA CRIMINAL. Conflito. Crime praticado por silvícolas, contra outro índio, no interior de reserva indígena. Disputa sobre direitos indígenas como motivação do delito. Inexistência. Feito da competência da justiça comum. Recurso Improvido. Votos vencidos. Precedentes. Exame. Inteligência do art. 109, incs. IV e XI, da CRFB. A competência penal da Justiça Federal, objeto do alcance do disposto no art. 109, XI, da Constituição da República, 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.

O RE 419.528-3/PR tratava do caso envolvendo a prática dos crimes de ameaça, lesão corporal, constrangimento ilegal e tentativa de homicídio, atribuído a três índios contra uma menina de 15 anos, também de origem indígena. Os crimes supostamente ocorreram no

⁵ O acórdão na íntegra está disponível no site do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>.

trajeto entre o Posto Indígena Queimadas, onde morava a índia e sua família, e Ortigueira, município no interior do estado do Paraná.

A Polícia Civil paranaense instaurou Inquérito a fim de averiguar o caso. Após interrogar os envolvidos, o Ministério Público Estadual requereu à Justiça comum do Estado a extinção da punibilidade dos acusados nos crimes de ameaça e lesões corporais leves ~~à Justiça comum do Estado~~. Alegou que o prazo para oferecer denúncia já havia sido extinto. O Juiz da Comarca de Ortigueira decidiu a sentença conforme o pedido do MP e remeteu os autos para o Juizado Especial Criminal da Comarca do município para que fosse processado e julgado o delito de constrangimento penal. Na audiência preliminar, o MP estadual manifestou-se pela incompetência absoluta da Justiça Estadual. Motivo: os fatos ocorreram dentro de reserva indígena e os envolvidos são índios. O Juizado Especial Criminal da Comarca de Ortigueira adotou o pronunciamento do Ministério Público Estadual e remeteu os autos à Justiça Federal. Mas o juízo da Circunscrição Judiciária de Londrina (PR) se declarou incompetente para julgar a causa. Segundo o Meritíssimo, não seria competente para julgar o presente caso, uma vez que a causa tem como objeto jurídico a “vida, integridade física e/ou liberdade individual de uma vítima determinada”.

Diante do impasse, a Justiça Federal instaurou-se o “Conflito de Competência” 35.073/PR no STJ. A 3ª Seção da Corte julgou que a competência para esta causa seria atribuição da Justiça Estadual. O Ministério Público Federal entrou com recurso no STF para tentar reverter a decisão do STJ. No STF, a interpretação dos que deram guarida ao fato de ser a Justiça Federal como ente competente para julgar o caso, seguiu a fundamentação do ministro Marco Aurélio (relator originário). Já os que interpretaram que o caso deveria ser julgado pela Justiça Comum Estadual, seguiram a proposição argumentativa exarada pelo ministro Cezar Peluso (relator do acórdão).

Na interpretação do ministro Marco Aurélio, o inciso XI do art. 109 da CRFB 88, não pode ser percebido como sendo a intenção do legislador criar um foro privilegiado para indígenas, mas sim estabelecer como juiz natural para causas envolvendo indígenas, a Justiça Federal. Quis com isso o constituinte, dar integral proteção ao índio. Ao fundamentar seu voto a favor da competência da Justiça Federal para processar e julgar o caso, o ministro disse:

A Constituição Federal de 1988 deu ênfase à proteção dos índios prevendo parâmetro a serem observados – artigos 231 e 232 nela contidos. Sob o ângulo da atuação do Estado, considerada a jurisdição, fixou, no inciso XI do artigo 109 da Carta, a competência dos juízes federais para processar e julgar a “disputa sobre direitos indígenas”. Nele não se contem restrição, limitando a competência da Justiça Federal aos conflitos de interesses no campo patrimonial (...). Cumpre dar a maior eficácia possível à Carta da República. Iniludivelmente, o Diploma Básico

não só veio a emprestar disciplina própria aos interesses indígenas como também, sem estabelecer qualquer distinção assentou a competência da Justiça Federal. Descabe, mediante interpretação, potencializar a referência contida no inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal ao vocábulo “disputa”, devendo este ser entendido como a revelar qualquer conflito, em cujo âmbito se situam os crimes praticados pelos indígenas (RE 419.528/PR, p. 482, 484).

Seguindo essa mesma linha interpretativa, a ministra Cármen Lúcia ratificou que o termo “disputa” do inciso XI, não pode ser percebido somente pelo viés da coletividade, pois a preocupação do constituinte foi exatamente proteger a pessoa do índio. Já o ministro Joaquim Barbosa estendeu que

o espírito protetivo outorgado ao índio pela Constituição deve ser compreendido e visto em sua maior amplitude, com a inclusão de todos os aspectos, inclusive a proteção jurisdicional” (RE 419.528/PR, p. 516).

Nessa interpretação, a “disputa sobre direitos indígenas” do inciso XI, deve ser entendido como sendo todos os casos que envolvam indígenas, logo, se num ato litigioso envolver indígenas, compete unicamente a Justiça Federal processar e julgar, posto que o juizado foi eleito pelo constituinte para atuar no caso.

A linha majoritária do STF foi a interpretação do ministro Cezar Peluso, que utilizou como base para justificar seu voto em desfavor do RE 419.528, o entendimento do Min. Maurício Corrêa, relator do julgamento do Habeas Corpus⁶ (HC) nº 81. 827 em 28/05/2002, sobre as disputas de direitos indígenas. O HC foi impetrado pela FUNAI em favor dos índios: Juliano Zoneidezokai, Osvaldo Batista Xexokemas, Benedito Garcias Onezoka e Paulo Sérgio Axokeme, alegando estarem sofrendo constrangimento ilegal em face da decisão monocrática proferida pelo ministro relator do conflito de competência 20.903, do STJ, que declarou a competência da Justiça Estadual para processar e julgar ação penal em que os pacientes são acusados de crime de homicídio qualificado.

No entendimento do Min. Mauricio Corrêa no que se refere ao ente competente para processar e julgar as causas envolvendo indígenas,

(...) a Justiça Federal é competente para o processo quando ele veicula questões ligadas aos elementos da cultura indígena e aos direitos sobre terras, não alcançando delitos isolados praticados sem qualquer envolvimento com a comunidade indígena (...). Na verdade a ação penal não está ligada a questões que dizem respeito à cultura indígena ou a direitos sobre terras, de forma a deslocar a competência do feito para a Justiça Federal. Trata-se de delitos comuns isolados que não configuram “disputa sobre direitos indígenas”, razão pela qual revela-se correta a decisão que deu por competente o Juízo de Direito da Comarca de Pontes e Lacerda-MT (HC nº 81. 827, 2002, p. 237, 329).

⁶ O acórdão na íntegra encontra-se disponível no site do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>.

Nesse mesmo entendimento, o Min. Cezar Peluso foi enfático ao se manifestar:

“disputa sobre direitos” significa, em primeiro lugar, a existência de conflito que, no contexto, é sempre intersubjetivo: disputa entre duas ou mais pessoas. Depois, que o objeto desse conflito sejam direitos indígenas. A expressão é “disputa sobre direitos indígenas”. Deve, pois, haver situação teórica em que duas ou mais pessoas estejam disputando a respeito de direitos indígenas, quaisquer que sejam esses direitos, mas com o seguinte alcance: que essa disputa envolva demanda sobre a titularidade dos direitos, sem a qual, é óbvio, não há disputa sobre direitos. Quando não haja disputa sobre titularidade de direitos não há disputa sobre direitos! No caso da chamada lide penal, temos evidentemente conflito entre o Estado e o acusado, entre autoridade e *ius libertatis*, mas o objeto aí é, pura e simplesmente alegada ofensa a um bem jurídico altamente qualificado pelo ordenamento, mas sem nenhuma disputa sobre a titularidade do direito ou do bem que teria sido violado (RE 419.528/PR, 2006, p. 495, 496).

É ainda ressaltado pelo ministro que numa lide penal não se disputa direitos indígenas, mas apenas “a procedência, ou não, de acusação penal, para efeito de, verificar a existência de um crime, aplicar punição, ou não, ao seu autor” (RE 419.528/PR, 2006, p. 496). Com isso, o Min. Cezar Peluso defende que se na raiz de um ato delituoso envolvendo indígenas for comprovada disputa sobre direitos indígenas conforme os descritos pelo relator do HC nº 81. 827, deve-se reconhecer como ente competente a Justiça Federal, caso contrário, por mais que a ação tenha ocorrido dentro de uma reserva indígena por agentes indígenas, mesmo assim, o caso ficará sob competência da Justiça Estadual comum. No entendimento do ministro, se o legislador estivesse com a intenção de garantir aos indígenas um foro exclusivo, teria explicitado no art. 109, que todas as causas, civis e penais, em que seja parte um índio, deveriam ficar sob a competência da Justiça Federal, porém, o que se tem, é “a particularidade de considerar uma disputa sobre direitos indígenas no sentido lato” (p. 509).

No fundamento do voto do Min. Ricardo Lewandowski, contra o Recurso Extraordinário, ele confirmou que os “direitos indígenas” sujeitos a disputas conforme expressa o inciso XI da CRFB 88, “são exatamente os direitos coletivos relativos à organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre terra” (RE 419.528/PR, 2006, p. 507). O ministro aponta com isso que o art. 231, *caput* – que merece ser analisado em consonância com o inciso XI do art. 109 –, deve ser interpretado como sendo direitos de caráter civil, e não penal, logo, somente quando esses direitos forem afetados, cabe sua competência à Justiça Federal. O Min. Ricardo Lewandowski ainda registrou:

O fato de a competência ser da Justiça federal ou estadual não aumenta nem diminui a proteção do índio, o fato de ele ser julgado por um juiz estadual, porque ele terá que aplicar a Constituição, o Estatuto do Índio, Lei 6.001/73; haverá intervenção do

Ministério Público estadual, também se for o caso da competência da Justiça estadual, que verá se os direitos do índio estão atendidos ou não. De maneira que, o fato de se deslocar a competência para a Justiça Federal ou Estadual não implica diminuição ou aumento de proteção do índio, uma vez que a legislação protetora do índio haverá de ser observada necessariamente (RE 419.528/PR, 2006, p. 512).

O lado positivo encontrado pelo ministro, é que ficando sob competência da Justiça Comum, os direitos indígenas estarão mais bem protegidos, uma vez que a Justiça Estadual está mais espalhada por todo território brasileiro e sendo de mais fácil acesso.

O Min. Carlos Brito, que também votou contra o Recurso Extraordinário, entendeu que o substantivo “disputa” e não controvérsia e não causa, leva a entender que o legislador tinha a “preocupação em considerar as comunidades indígenas, as coletividades, os grupos e não apenas um ou outro índio em separado, em apartado” (p. 509). No fundamento de seu voto, argumentou que se convenceu dessa intenção do legislador em considerar a coletividade e não a individualidade no que tange as “disputas sobre direitos indígenas”, devido ser esclarecido no inciso V do art. 129 da CRFB 88, que entre as funções institucionais do MP, está a de “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas”, logo se observa, que o legislador constitucional, sempre primou pelo grupal, pelo coletivo, e não pelo individual.

Já o ministro Sepúlveda Pertence, chamou atenção para o caso de se levar em consideração na interpretação do inciso XI os métodos sistemático e teleológico, pois, se assim for, ao ser analisado um caso de crimes envolvendo indígenas houver motivação do fato criminoso por questões étnicas, seja do agente ou da vítima, a competência deverá ficar sob a responsabilidade da Justiça Federal, pois, a aplicação desse inciso, deverá ser casuística.

Com esse Acórdão ao RE 419.528, se percebe que entre os ministros do STF, a maioria entende que o inciso XI do artigo 109 da CRFB 88, não deve ser aplicado a casos de crimes cometidos por e contra indígenas (questão penal) que figure apenas a individualidade do sujeito, pois essas “disputas sobre direitos indígenas”, envolvem direitos cíveis conforme é elencado no *caput* do art. 231 da Carta Republicana, não sendo a intenção do legislador criar um foro exclusivo para julgar os casos envolvendo indígenas, e sim garantir seus direitos conquistados como cidadãos brasileiro a partir de 1988.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão envolvendo crimes praticados por e contra indígena no Brasil, em sua amplitude, não se encontra pacificada. No que tange a questão de competência para processar e julgar mostrou-se não haver mais divergências interpretativas no inciso XI do Art. 109 da

CRFB após o julgado do Recurso Especial 419.528 que tornou possível tanto a Justiça Estadual quanto a Federal poderão atuar no deslinde da lide.

Eleger o ente competente para processar e julgar crimes cometidos por indígenas não constitui a espinha dorsal da discussão, pois, independentemente do órgão competente o Estado irá se posicionar como o “*ius puniendi*”. O ponto conflituoso repousa no de maior relevância que é a atribuição de fato delituoso e aplicação de pena a agentes indígenas.

Os critérios estabelecidos pelo legislador penal para a punibilidade não atendem aos povos indígenas, visto que, conquistaram com a Constituição Federal de 1988 o direito de serem diferentes. A CRFB de 88, pôis fim ao processo de desindianização que era promovido por ações do Estado para garantir aos indígenas o direito de permanecerem como tais.

A conquista a diferença indígena com relação ao seu universo cultural passou a ser respeitada e mantida. Tais garantias em relação a sociedade nacional deixou de ser elemento intrínseco ao primitivismo e ganhou *status* de diferença pautada na cultura. A diferença indígena está em sua cultura e isso passou a ser dever do Estado em protegê-la, especificamente quando se tratar de atribuir a punibilidade em processo penal.

Discutir a conduta criminosa praticada por indígena nesse novo contexto tornou necessário reinterpretar a legislação brasileira sob o prisma do direito à diferença no âmbito do STJ e do STF.

A fragilidade da norma penal foi revelada tanto para se tipificar a conduta delituosa, como para atribuição da pena. Sobre a atribuição de um tipo penal, o conflito se deu com o sistema cultural indígena. Enquanto a sociedade nacional elenca por meio de legislações o que é entendido por condutas delituosas, as comunidades indígenas mantêm suas normas de repreensão por meio de sua prática cultural.

Quanto ao aferimento de critérios para a punibilidade, a regra pautada no critério “biopsicológico” não responde a realidade dos povos indígenas frente à nova conjuntura da legislação brasileira, pois o direito à diferença torna obrigatória a inserção de um critério pautado na realidade cultural do agente.

Independentemente do ente com competência para processar e julgar mostrou-se com este estudo que não existem elementos normativos positivados capazes de definir com segurança a agente indígena uma conduta delituosa e tampouco critérios para aferir a imputabilidade.

Diante do exposto, espera-se que este trabalho venha a contribuir com os operadores do direito ao se reportarem a causa indígena, pois, com a CRFB de 1988 foram reconhecidos como cidadãos, detentores dos mesmos direitos da sociedade não-índia, porém, como todo brasileiro, devem ser percebidos pelo direito com respeito às suas especificidades.

REFERENCIAS CONSULTADAS

ABREU, Joniel Vieira de. **De Selvagens tutelados a sujeitos cidadãos: Os crimes cometidos por e contra indígenas na nova conjuntura da legislação brasileira.** Monografia de Especialização em Ciências Criminais. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará/*Campus* de Santarém. 2009.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28 ed. São Paulo – SP: Malheiros Editores, 2007.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais.** 5 ed. Curitiba – PR: Juruá, 2008.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dez. 1940. **Código Penal.** Diário Oficial, Rio de Janeiro - RJ, 31 de dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dez. 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio.** Diário Oficial, Brasília, 21 de dez. 1973.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 5 ed. Rio de Janeiro – RJ: Impetus, 2005.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico Jurídico.** 11 ed. São Paulo – SP: Rideel, 2008.

HABEAS Corpus de nº 81.827-7/ MATO GROSSO, de 28/05/2002. Disponível no site: <www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acessado no dia 02.05.2009; às 16:55.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** 23 ed. São Paulo – SP: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 15 ed. São Paulo – SP: Atlas, 2004;

RECURSO Extraordinário de nº 419.528-3/ PARANÁ, de 03/08/2006. Disponível no site: <www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acessado no dia 02.05.2009; às 16:35.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. 4 ed. Curitiba – PR: Juruá, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 6 ed. Curitiba – PR: Juruá, 2009.