

A Jurisprudência Brasileira em Relação à Atuação Estatal Diante de “Crimes Indígenas”¹

Tainá Viana (UFPel)

I INTRODUÇÃO

Tratar-se-á aqui de singelas exposições acerca de práticas culturais indígenas que são historicamente e colonialmente consideradas como crimes diante do ordenamento jurídico brasileiro, seja pela conotação de incapacidade dada aos nativos em 1973 com o advento do Estatuto do Índio, seja pela desconsideração das normas internacionais relativas aos direitos indígenas quanto a sua autodeterminação e auto-organização, bem como pela total ignorância ao direito constitucional, que lhes é assegurado desde 1988, de viverem de acordo com sua cultura.

Frente à larga, histórica e/ou atual coletânea de normativas direcionadas a direitos humanos nativos, e sua conseqüente e constante violação, assim como de uma série de mecanismos e técnicas antropológicas, necessário se faz a exposição, ainda que breve, de alguns julgados e casos encontrados sobre práticas culturais, no Brasil, que foram analisadas de forma errônea, preconceituosa, ultrapassada e colonial. Bem como, a aparição de raros casos em que as legislações supralegais e constitucionais foram acatadas em prol dos indígenas. Mostrando, portanto, a conhecida figura da insegurança jurídica enraizada no nosso sistema judicial brasileiro.

Assim, através dos métodos hipotético-dedutivo e hipotético-comparativo, mostra-se um compilado de decisões emblemáticas somadas a uma pincelada acerca do contexto histórico do sistema de julgamento pátrio quanto a situações que envolvam acusados indígenas no sistema penal e criminal passado e atual.

Diante disso, busca-se trazer possibilidades de adequação do Estado à realidade cultural e cotidiana dos sistemas internos de organização indígena, bem como o respeito e a aplicação do que é previsto legalmente, tanto no âmbito interno como internacional, em relação aos povos originários no Brasil.

¹ VIII ENADIR – GT06 Criminalização de indígenas e a interseccionalidade entre direito e antropologia

II Breve Exposição quanto à Jurisprudência Brasileira

Nesse tópico serão expostos os principais aspectos presentes na forma de julgamento de processos que envolvam indígenas no sistema judicial brasileiro.

É notório, segundo Silva ([2021?]), que “[...] o direito indígena existe, e como tal serve, num primeiro momento, a desmascarar o tema indígena como sendo apenas um problema ou uma questão”, já em um segundo momento “[...] tenta ele regular, direta ou indiretamente, alguns aspectos, e não todos, das relações travadas nas áreas indígenas”. A partir disso, destaca-se que pode ser reconhecida aos povos indígenas uma jurisdição própria para solver os impasses internos de suas comunidades, com base nas diretrizes multiculturais constantes na Constituição Federal, de 1988, as quais, a partir daí, fizeram com que cessasse, ao menos teoricamente, a posição assimilacionista que foi historicamente implementada pela legislação brasileira (BRASIL, 1988; ANTONELLO, 2019a).

Ocorre que essa alternativa pouco tem sido acolhida pelo nosso sistema jurisdicional pátrio. Entretanto, nas hipóteses em que os delitos ocorram fora dos limites tradicionais, isto é, se deem entre os agrupamentos indígenas distintos ou que sejam aptos a ofender os direitos humanos, poderá ocorrer a incidência da jurisdição brasileira, com atuação pautada nas balizas normativas do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), da Portaria nº 839 da Advocacia Geral da União (AGU) (BRASIL, 2010), da Resolução 287 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2019) e da Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004; HERINGER JÚNIOR, 2019).

Por força do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, tem-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Assim, não só o procedimento de demarcação de terras pode ser levado ao judiciário, como também se admite o questionamento sobre esse aceitar ações que envolvem outros assuntos indígenas (VILLARES, 2013). E, segundo Pereira ([2021?]):

Ao assumir o caráter pluriétnico da nação brasileira, que não se esgota nas diferentes etnias indígenas, como evidencia o parágrafo 1º do art. 215, a Constituição de 1988 tornou impositiva a aplicação analógica do tratamento dado à questão indígena e aos demais grupos étnicos’. Assim, diante desse novo padrão de respeito à heterogeneidade da regulamentação ritual da vida, impõe-se a exata compreensão das pautas de conduta que agora orientam os diversos atores sociais, em particular os agentes públicos e políticos (PEREIRA [2021?]).

Ademais, pelo fato dos povos nativos serem encobertos pelos direitos humanos sob a ótica nacional e internacional, quanto à consulta prévia dos indígenas sobre a demarcação e uso de suas terras, bem como no tocante aos seus direitos políticos e organizacionais, há que

se referir a existência da possibilidade de as comunidades indígenas, como sujeitos de direitos, pleitearem suas causas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sendo que o Brasil é membro da Organização dos Estados Americanos (OEA) e assinou o Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, portanto, é submetido a tal legislação supralegal, sendo que tal natureza se dá por força do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em 1992 (BRASIL, 1992a). Vale também referir que Piovesan e Mazzuoli consideram que tal pacto possui também *status* normativo de Emenda Constitucional, por força do disposto no artigo 5º, §2º da Constituição (BRASIL, 1988).

Ocorre que uma das principais questões a serem enfrentadas pelos indígenas, no tocante à tutela de seus direitos, é o fato da jurisprudência brasileira, ter entendido, equivocadamente, que o laudo antropológico-cultural poderá ser dispensado quando o juiz puder aferir a responsabilidade penal do nativo através da teoria da inimputabilidade pela falta de desenvolvimento mental, chegando até a adotar uma presunção de que o indígena socializado, que fala português e possui diploma escolar, seria então passível de responsabilização criminal (BRASIL, 2005c). Porém, desde logo, frisa-se que isso não se admite, visto que, segundo Villares (2013): “[...] o índio pode sim se mostrar apto a todos os atos da vida, mas, internamente, sem o entendimento perfeito do caráter ilícito da conduta, ou mesmo, entendendo a ilicitude, não podendo agir diferente por sua cultura assim exigir”.

Desta forma, entende-se que essa presunção geral, que nega a análise ao caso concreto e dispensa o uso de provas técnicas antropológicas no processo penal, priva o nativo da justiça equitativa e reafirma o histórico de opressão vivenciado por essa minoria ao longo dos tempos. Para Villares (2013):

Julgar o índio através de uma presunção, sem analisar com profundidade o contexto social em que está inserido e seus valores culturais, é atingir o respeito ao diferente e violar o artigo 231 da Constituição, ferindo mortalmente os direitos fundamentais dos índios e o próprio Estado Democrático de Direito.

Conforme Toledo (1984), para a aferição do injusto penal, o julgador terá de analisar o fato em dois momentos: o primeiro destinado a verificação da tipicidade; e o segundo atinente a constatação, ou não, de uma causa de excludente de ilicitude. Diante disso, ao estudar diversos julgados, verificou-se que aos casos que envolvam réus nativos, por vezes, aplica-se o erro de proibição como excludente, com base no grau de integração do agente (o que não se sugere no presente trabalho), bem como também se aplicam, raramente, as excludentes de ilicitude advindas de causas supraleais, baseadas na *cultural defense* (que é o que se sugere). Esse último modelo (*cultural defense*) se mostra um instrumento capaz, no Direito Penal

brasileiro, de afastar a responsabilidade penal do nativo de uma forma que não coloque em pauta discriminatoriamente sua capacidade mental.

Portanto, segundo Pereira ([2021?]), “[...] sendo o direito um conjunto de representações sociais, toda a normatividade que contemple esses grupos étnicos tem que se pautar por sua compreensão de vida”, pois se assim não for, estar-se-á agindo em inconstitucionalidade, visto que é em função da insubmissão desses valores indígenas que deve se basear a consciência coletiva.

Nessa senda, como bem expõe Pereira ([2021?]), “[...] o Direito não escapa à finitude da razão humana e não está absolutamente alheio à experiência vivida da sociedade concreta. Antes de ser universal, é contingente, buscando atualidade a cada aplicação”. Assim, com a intenção de ser aplicada a metodologia hipotética-comparativa, mostra-se alguns julgados brasileiros sobre o assunto, na tentativa de fazer clara a disparidade e o antagonismo nas decisões do poder judiciário quanto ao tema, motivo pelo qual se faz tão necessária a consideração prática deste artigo.

III Caminho metodológico da pesquisa jurisprudencial

Para a escolha dos julgados que tratam de temas indígenas e aqui foram colacionados, a pesquisa se deu em todos os tribunais brasileiros, dando maior enfoque à região sul do país. As palavras chaves utilizadas na busca foram: Crimes Indígenas; Excludente De Ilicitude; Indígenas; Justiça Indígena; Multiculturalismo. Não houve uma delimitação temporal, visto que essa pesquisa é atemporal e se buscou trazer apenas alguns exemplos de como o tema é abordado pelo judiciário pátrio.

IV Síntese de Julgados Indígenas

Com o intuito de exemplificar a questão aqui trabalhada, inicia-se a explanação sintática de alguns julgados emblemáticos que demonstram todo o problema da controvérsia e dos antagonismos vivenciados pelos indígenas nas decisões judiciais do país, bem como a não rara desconsideração dos conhecimentos antropológicos para a resolução dos conflitos.

A primeira casuística trata-se do *Habeas Corpus* nº 85198, do Estado do Maranhão, julgado pelo STF em 11 de novembro de 2005 (BRASIL, 2005c). Essa demanda se refere ao crime de tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma praticado por réu indígena. Sem

adentrar no mérito da questão, é necessário explanar os aspectos legais e procedimentais adotados no julgamento em tela (BRASIL, 2005c).

Nesse julgado, conforme se extrai da decisão, o paciente fora considerado como integrado à comunhão nacional, portanto, inserido nos termos do artigo 4º, inciso III, do Estatuto do Índio, sujeito desta forma às leis penais impostas aos cidadãos “comuns” brasileiros, e com isso foi dispensado pelo juízo, o laudo antropológico, ante a justificativa de que:

[...] 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 (BRASIL, 2005c, grifo nosso).

Do trecho da ementa colacionada, percebe-se que a decisão de dispensa do laudo antropológico se deu de forma arbitrária, pois tal prova técnica, que é realizada por um antropólogo, foi substituída pela percepção e convicção do julgador que não é especialista no assunto, e essa fora aferida apenas com base nos autos do processo e na figura física do acusado (BRASIL, 2005c). Tal entendimento contraria as prerrogativas constantes na Constituição (BRASIL, 1988), na Resolução 267 do CNJ (BRASIL, 2019), na Portaria da Advocacia Geral da União nº 839 (BRASIL, 2010) e na Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004), pois, entende-se na contemporaneidade que o laudo antropológico é peça fundamental no julgamento de indígenas, visto que tal prova técnica é essencial para aferir elementos socioculturais e histórico tradicionais importantes para o deslinde da questão.

Nessa mesma linha se deu a defesa, alegando que quando se tratar de julgamento de réu indígena “[...] deveria ser respeitada a pluralidade étnica e cultural, o que demandaria a necessária intervenção antropológica em todos os atos do processo”, pois sem essa aferição o julgador não seria capaz de compreender os fatos (BRASIL, 2005c). A impetrante justificou tal alegação com base nos artigos 215, *caput*, §1º, e 216, I e II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como dos artigos 1º, *a* e *b* e 2º da Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004; 2005c).

Destacou a defesa que o artigo 56, do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), prevê a necessidade do estudo antropológico para a avaliação do grau de integração do indígena acusado e que essa avaliação pode refletir, ainda, na atenuação da pena, em caso de condenação (BRASIL, 2005c). Por fim, a impetrante ressaltou que o artigo 56, do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), diz que basta ser *índio* para que a ele seja concedida a atenuante de

pena e o regime de semiliberdade em habitação próxima a sua aldeia (BRASIL, 2005c). No entanto, conforme conferido acima, as acertadas alegações não foram acolhidas.

O artigo 56 em comento deve ser interpretado a partir de sua recepção contextualizada com a Constituição atual que constrói o sistema indígena a partir de sua diversidade cultural, de seus códigos culturais, reforçando-se que no exame antropológico não será constatado o grau de integração, muito menos será desvendada a capacidade mental do réu, pois esse entendimento há muito fora superado, mas sim será aferida a sua forma de percepção quanto ao ordenamento macro e a legislação desse, bem como sua visão acerca das normas e tradições internas da comunidade. Ou seja, trata-se de uma análise cultural, étnica e etnicopsicológica.

Do trecho da sentença condenatória colacionada ao HC em análise, ainda, extrai-se que o julgador constatou a incorporação à sociedade do indígena acusado pelo fato dele liderar as ações da quadrilha de traficantes, dizendo: “Ora, não há como considerar sem cultura uma pessoa capaz de praticar tais atos criminosos, os quais exigem sim, muita perspicácia por parte dos membros da quadrilha a qual integra o paciente” (BRASIL, 2005c). De tantos problemas evidenciados nesse trecho da decisão, o maior deles se atém ao fato do acusado ter sido considerado incapaz de articular um crime ou que o termo *sem cultura* foi empregado, erroneamente, para dizer que o indígena que é mesmo indígena não é capaz de ter perspicácia para articular grandes ações (BRASIL, 2005c). Aqui, sem entrar no mérito, claramente, evidencia-se o fator discriminatório, colonialista e pejorativo aplicado aos indígenas que sofrem a persecução penal estatal.

Ocorre que essa decisão, e tantas outras que nela se apoiaram, fere o direito constitucional do indígena de se autodeclarar como tal e de, portanto, ter um procedimento especial de julgamento consubstanciado nessa autodeclaração apenas. Denota-se que há que se falar inclusive em vedação ao devido processo legal, ao amplo contraditório e em cerceamento de defesa no caso exposto (BRASIL, 1988), pois a aferição do caráter étnico de um réu que se identifica como indígena e tem inclusive sobrenome indígena (Adalto Viana Guajajara da Silva), deve, substancialmente, ser dada pelo estudo social e antropológico e não pela percepção e convicção de um magistrado que não é tecnicamente apto para tal ato (BRASIL, 2005c).

O segundo caso trazido se atém ao *Habeas Corpus* n° 0032144-66.2017.4.01.0000, oriundo do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que trata de um crime cometido por indígena, considerando como integrado à comunhão nacional e inserido nos termos do artigo 4º, inciso III, do Estatuto do Índio, sujeito assim às leis penais impostas aos cidadãos

“comuns” brasileiros (BRASIL, 2017a). Esse caso ocorreu no estado de Rondônia e se deu por meio de denúncias anônimas que apontavam indígenas, pertencentes à etnia Suruí, do interior da Terra Indígena Sete de Setembro, participando da lavra garimpeira ilegal de diamantes (BRASIL, 2017a). As denúncias relatavam que os indígenas se encontravam divididos em dois grandes agrupamentos, sendo um deles integrado por aqueles que concediam auxílio ao Projeto Carbono da FUNAI (exploração de atividades legais) e o segundo dedicado a oferecer amparo à lavra garimpeira ilegal (BRASIL, 2017a). Veja-se parte da ementa da decisão sobre o caso:

[...] 7. O Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento no sentido de que “a pretendida aplicação da atenuante de que cuida o art. 56, parágrafo único, da Lei n. 6.001/1973 somente tem incidência ao indígena não integrado socialmente, não assim àquele já incorporado à comunhão nacional e no pleno exercício dos seus direitos civis, ainda que conserve usos, costumes e tradições características de sua cultura” (AgRg no RHC 79.210/SC, Sexta Turma, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, DJe de 20/04/2017). 11. Ordem de habeas corpus denegada (BRASIL, 2017a, grifo nosso).

Denota-se que o julgado acima foi interpretado na seara criminal de acordo com os valores, já superados, que circundavam o Código Civil de 1916, baseado na assimilação dos povos indígenas (BRASIL, 1916; 2017a). De acordo com esse ultrapassado ponto de vista, a verificação da capacidade penal para fins de responsabilização do indígena, pela prática de atos criminosos, modifica-se de acordo com o grau de inserção desse na sociedade brasileira macro. Esse grau de inserção é comumente dividido nas categorias de isolados, em vias de integração e integrados. De acordo com o ponto de vista legal, o indivíduo tido como isolado é isento de pena em face de ser considerado como inimputável, devido à sua incapacidade de autocompreensão quanto à natureza ilícita da conduta cultural praticada.

De diferente forma, o indígena tido como integrado, colocar-se sob os regramentos da jurisdição penal, em razão da sua aptidão para compreender os regramentos de igual maneira dos outros cidadãos brasileiros. Por último, o indígena em vias de integração é aquele que deve ser submetido à produção de laudo pericial antropológico, para fins de verificação do grau de percepção que ele possui em relação ao ato praticado, sendo a partir disso redirecionado a uma das duas alternativas antecedentes (ANTONELLO, 2019a).

Sobre isso, o autor Baltazar Júnior traz sua percepção quanto ao assunto da seguinte forma: “A imputabilidade do índio deverá ser verificada mediante perícia, a fim de verificar sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato criminoso, consideradas as particularidades de sua cultura e costumes” (BALTAZAR, 2017). Ocorre que, conforme

dispõe o autor, entende-se não ser suficiente essa visão delimitada e ultrapassada quanto ao grau de integração do réu indígena nos julgamentos de um ato praticado por motivação cultural. Compreende-se que se faz exigível, em qualquer situação, quando envolva réu nativo, a análise técnica antropológica e etnológica.

Nessa senda, Baines (2013) é cirúrgico ao dizer que isso é reflexo de:

Paradoxos e ambivalências de uma legislação indigenista de uma sociedade pluralista que reconhece os direitos diferenciados dos povos indígenas ao mesmo tempo em que os operadores do direito aplicam o princípio de que todos são iguais perante a lei.

Por último, a crítica que se faz aos julgados anteriores é quanto a não consideração das prerrogativas constantes no Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), na Resolução 267 do CNJ (BRASIL, 2019), na Portaria da AGU nº 839 (BRASIL, 2010) e na Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004), visto que não fora aplicado o procedimento instrutório de acordo com os direitos processuais conferidos aos povos indígenas enquanto réus. Tanto que se percebe que fora denegado o pedido de não encarceramento do réu indígena em um dos casos expostos (artigo 56, parágrafo único da Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973) (BRASIL, 1973).

Nesse mesmo sentido crítico, tem-se o posicionamento de Pereira (2017):

[...] Na jurisprudência, começando pelas cortes superiores, há o reflexo do senso comum, estabelecendo parâmetros equivocados de tratamento aos indígenas, calcados na visão idílica de que o índio ‘verdadeiro’ é o ‘silvícola’, habitante das selvas, nu de arco e flecha na mão, caçando para sobreviver e falando uma língua desconhecida.

[...] Tome-se o exemplo do estado de Roraima: há diversas comunidades indígenas próximas a cidades, cujos índios falam português, vestem roupas, usam automóveis e telefones celulares, votam e frequentam a vida urbana. Deixaram de ser índios, ‘evoluíram’ e ‘se tornaram civilizados’? Claro que não!

[...] A Convenção 169/OIT estabelece um conceito internacionalizado de índio, como aquele descendente de populações originárias que preserva a consciência individual de identidade indígena.

[...] É preciso que os operadores do Direito fujam da noção preconceituosa do indígena, como sendo, necessariamente, ‘nu e sem coisa alguma cobrindo suas vergonhas, trazendo nas mãos arco e setas’, como descrevia a carta de Pero Vaz de Caminha ao rei de Portugal. O índio moderno não deixará de ser índio por usar roupas modernas, falar ao celular e navegar na internet. (grifo nosso).

Mas, apesar dessa majoritária visão judicial inconstitucional, em um caso semelhante aos acima expostos, no HC nº 604898, de Mato Grosso do Sul, a defesa obteve um desfecho positivo (BRASIL, 2020a). O Ministro julgador ao analisar o caso de uma tentativa de homicídio, praticada por um agente indígena, considerou em seu julgamento a linha de defesa trazida que pleiteava a aplicação da Resolução 267 do CNJ (BRASIL, 2019), bem como da Constituição (BRASIL, 1988), e requeria, liminarmente, a nulidade da instrução e da sentença

de pronuncia pela ausência do laudo antropológico, visto as circunstâncias expostas nos autos, quais sejam, a autodeclaração do réu e o fato dele ter residido em aldeia indígena antes do fato (BRASIL, 2020a).

O julgador então invocou o disposto na Portaria nº 839 da AGU (BRASIL, 2010) e acatou o pedido liminar da impetrante em favor do paciente indígena, *in verbis*:

Na hipótese, *prima facie*, tem-se que a Resolução CNJ n. 287, de 25/06/2019, para a sua incidência, não exige que a pessoa desconheça o vernáculo brasileiro ou mesmo que resida em determinada comunidade, bastando que as pessoas ‘se identifiquem como indígenas’.

Assim, sem adentrar, nesta **análise perfunctória**, a questão da efetiva condição de indígena ou da demonstração, ou não, da efetiva necessidade do laudo antropológico, assim como da comprovação do eventual prejuízo pela inexistência do laudo no feito principal, entendo prudente, por ora, conceder o pedido liminar, parcialmente, para apenas suspender o feito na origem até que haja a devida instrução dos autos, a r. manifestação do d. Ministério Público Federal e da d. Advocacia Geral da União.

Por este motivo, **defiro o pedido liminar, parcialmente, para suspender o feito principal na origem** até decisão definitiva ou superveniente nesta impetração (BRASIL, 2020a, grifo do autor).

No HC nº 40884, do Paraná, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o relator, ao analisar o caso de dois menores indígenas acusados de estupro, também decidiu pela necessidade do exame antropológico e psicossocial para aferir qual a medida socioeducativa seria mais adequada aos pacientes e decidiu pela anulação da decisão que determinou a internação dos menores sem a realização das provas técnicas (BRASIL, 2005d). Nesse caso, entende-se que o magistrado agiu de acordo com a Lei nº 6.001/73 (BRASIL, 1973) e com a Lei nº 8.069/90 (BRASIL, 1990a).

Já no processo nº 021/2.10.0012312-91, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo/RS, que se refere a um conflito ocorrido entre indígenas, dentro da aldeia, pode-se observar um julgado que utiliza uma interpretação de ordem multicultural para solução do conflito criminal ocorrido no interior do Estado do Rio Grande do Sul, na aldeia do Acampamento Indígena do Município de Mato Castelhana, conhecido como Caso Kogja (BRASIL, 2014a). No entanto, ao mesmo tempo se observam elementos de violência praticada contra a mulher, que apontam um ilícito, e que a legislação pátria não alberga, apresentando-se como um paradoxo (BRASIL, 2014a).

Ocorre que os atos praticados neste caso correspondem a tipos penais brasileiros. Em face disso, a indígena que foi vítima, ciente da legislação, dirigiu-se até as autoridades brasileiras, dando notícia do fato ocorrido na aldeia (BRASIL, 2014a). Dessa forma, deu-se então o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, que cuidou de incriminar os

nativos agressores pela prática do crime de tortura (conforme as definições contidas no artigo 1º, inciso II, combinado com os incisos II e III, do §4º do mesmo artigo, da Lei Federal nº 9.455 de 1997, na forma do artigo 29, *caput*, do Código Penal) (BRASIL, 1940; 1997; 2014a). Em sequência disso, o processo criminal foi julgado pelo magistrado da 2ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo, autuado sob o nº 021/2.10.0012312-9, e, na sentença, o magistrado considerou a defesa cultural no âmbito do direito brasileiro. Veja-se o trecho correspondente:

[...] tem fundamento constitucional e é reforçado pelo Estatuto do Índio, na medida em que se tolera a aplicação de sanções penais ou disciplinares contra os membros da tribo, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida, ainda, a pena de morte (BRASIL, 2014a).

Ainda, especifica o magistrado que:

[...] na espécie, o instrumento que lesou e, de certa forma, é verdade, até restringiu a liberdade da vítima, era o meio ao alcance dos acusados, representantes legítimos daquele grupo indígena, de corrigir o comportamento do membro, para eles, infrator (BRASIL, 2014a).

O Juiz, ainda, assentou que “[...] punições dessa natureza fazem parte da cultura daqueles indígenas, as quais ganham serventia frente ao desrespeito das normas internas do grupo” (BRASIL, 2014a). Ademais, destacou o julgador a relevância da não intervenção do Direito Penal brasileiro na resolução de conflitos internos das aldeias indígenas, por afetar a igualdade de tratamento e a organização entre os membros da comunidade (BRASIL, 2014a). Veja-se:

Se sob o fundamento da *cultural defense*, isto é, o argumento de seguir as regras de sua própria cultura, cogitar-se de uma ausência de ilicitude, no fim das contas serão estabelecidos padrões diferentes de atuação estatal, conforme a origem e filiação das vítimas; em outras palavras, a proteção jurídica que beneficiaria alguns, não alcançaria membros de outra comunidade, de maneira a afrontar-se o princípio da igualdade. Portanto, o fato se afigura contrário ao Direito (BRASIL, 2014a).

Diante todo o explanado, o magistrado então absolveu todos os réus com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal brasileiro (BRASIL, 2014a). Ressalta-se que posteriormente, em sede de recurso de apelação, a competência para apuração do ilícito foi declinada para a Justiça Federal, pois se entendeu que:

Não havendo dúvida de que o julgamento do crime passa, necessariamente, pela análise dos costumes e tradições de tribo indígena, assume o fato caráter coletivo, uma vez que a questão – no caso concreto, uma ‘ata’ em que, segundo os réus,

constariam as normas que os integrantes da tribo deveriam seguir e foram desrespeitadas pela ofendida – interessa a toda comunidade silvícola. Assim, a competência é absoluta da Justiça Federal (BRASIL, 2014b)².

Assim, para a explanação deste estudo e de acordo com a revisão bibliográfica trabalhada anteriormente, é veemente a relevância dos julgados pró-indígenas quanto aos atos culturais nativos em geral, visto que o entendimento dos magistrados nos casos acima colacionados se baseou na defesa cultural, com fundamento fulcral para a resolução do conflito de origem étnico-cultural, respeitando o ordenamento interno, fundamentando-se justamente na teoria multiculturalista, mais precisamente na *cultural defense*, que se entende como sendo a teoria adequada aos conflitos indígenas.

Importante, ainda, constar que o entendimento da competência Federal para julgar os casos que envolvam réus indígenas (que é estabelecida pela Magna Carta no artigo 231, bem como por força do disposto nos incisos IV e XI, do artigo 109, da mesma (BRASIL, 1988) e de acordo com os artigos 8º, 9º, 10º e 12º, da Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004), por vezes, ainda é também questionada e afastada pelo poder judiciário. Como se pode perceber do debate enfrentado no HC nº 158657, do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2019).

Um julgado paradigmático que não pode ficar de fora desse sucinto estudo jurisprudencial é o Recurso Extraordinário (RE) nº 1270202, do Paraná, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2020c). No caso deste RE, a parte requerente foi a FUNAI e a parte requerida o Ministério Público Federal (MPF) (BRASIL, 2020c). Trata-se de um recurso interposto contra a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que ratificou a sentença condenatória de primeiro grau (BRASIL, 2020c). Em síntese, refere-se a um cacique condenado por porte ilegal de armas em que, na decisão, fora desconsiderada sua especialidade indígena ante a avaliação do magistrado de que o acusado era integrado à cultura dominante e, por isso, afastada foi a aplicação do artigo 56, do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973; 2020c). Do texto do acórdão se extraem os seguintes trechos:

[...] A excludente de culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa é aplicável apenas quando comprovado, de forma irrefutável, que era impossível ao agente adotar postura diversa em razão das situações que enfrentava no momento do cometimento do ilícito.

A aplicação do parágrafo único do art. 56 da Lei n.6.001/1973 (Estatuto do Índio) é limitada aos indígenas em fase de aculturação. Evidenciado, nos autos, que o apelante está integrado à sociedade, não há falar na concessão do regime especial de semiliberdade (BRASIL, 2020c).

² Importante referir que nesse julgado houve uma interpretação de absolvição dos réus indígenas sob o argumento da diversidade cultural, no entanto, evidenciou-se a situação de violência perpetrada contra mulher, a qual não há qualquer apoio ou incentivo sobre nesta pesquisa.

Discordando de tal decisão, o cacique Valdir José Kokoj dos Santos, assistido pela FUNAI, interpôs o recurso extraordinário em análise alegando contrariedade ao § 2º e ao inciso LVII, do artigo 5º, bem como aos artigos 231 e 232, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988; 2020c). Sustentou também que integrava grupo étnico minoritário (indígena), que é constitucionalmente reconhecido nos termos do artigo 231, da Constituição Federal, e que o acórdão recorrido infringiu direito constitucional ao afastar a alegação do réu pelo direito ao cumprimento de eventual pena em regime especial de semiliberdade em sua Reserva Indígena de Origem (artigo 56 do Estatuto do Índio) (BRASIL, 1973; 1988; 2020c). Ainda, contestou a decisão pela inaplicabilidade da Convenção 169 da OIT, que impede que indígenas sejam recolhidos às penitenciárias comuns na intenção de resguardar a condição peculiar de indígena e sua cultura, pois conforme o artigo 9º, da Convenção, se o agente indígena pratica o fato sem consciência do caráter delituoso de sua conduta, em razão dos valores culturais do seu povo, estas características culturais devem ser levadas em conta pelas autoridades e tribunais, quando se pronunciam sobre questões penais, o que não fora observado no julgado em tela (BRASIL, 2004; 2020c).

Por fim, a defesa também pleiteou que a pena deveria ser atenuada pela simples condição de indígena, não havendo de se condicionar a pretensão de atenuação da reprimenda ao grau de integração, pois a Constituição Federal de 1988 migrou de um regime de tutela dos povos indígenas para um regime de proteção desses e enfatiza que deveria ser excluída ou reduzida a pena em razão do fato da inexigibilidade de conduta diversa, visto que em comunidades indígenas as armas encontradas são entregues ao cacique de modo que seria inexigível conduta diversa por parte dele, porque, como líder indígena, possuía a missão de velar pela segurança dentro da sua comunidade (BRASIL, 1988; 2020c). Frente a isso, o HC no STJ restou concedido a fim de evitar a execução provisória da sanção restritiva de direitos (BRASIL, 2020c).

Ao analisar, então, o caso dos autos no STF, a Ministra Cármen Lúcia decidiu, corretamente, nos seguintes termos:

Prospera a alegada contrariedade ao § 2º do art. 5º da Constituição da República, pela não observância da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, norma com status supralegal e na qual se dispõe sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificada pela República Federativa do Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional com a edição do Decreto Legislativo n. 142/2002, promulgada pelo Decreto n. 5.051/2004, e consolidada no Decreto n. 10.088/2019, inc. LXXII do art. 2º, anexo LXXII.

Em cumprimento ao § 2º do art. 5º da Constituição da República, deve-se observar o sistema integrado de normas oriundas de convenções e tratados internacionais

ratificados pela República Federativa do Brasil junto com as normas do direito interno.

A conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade é compatível com o disposto no art. 10, item 2, da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (fl. 111, vol. 5), portanto não configura contrariedade ao §2º do art. 5º da Constituição da República. Está prejudicado o pedido de aplicação da atenuante de pena por ser indígena (caput do art. 56 da Lei n. 6.001/1973), pois a pena foi imposta ao recorrente no mínimo legal.

A imposição de pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) com regime de cumprimento de pena diverso do regime especial de semiliberdade descumpre o §2º do art. 5º da Constituição da República, pois incompatível com a Convenção n. 169 da OIT, da qual a República Federativa do Brasil é parte.

Este Supremo Tribunal concluiu, em julgado paradigma, que basta a condição de indígena para a aplicação do regime especial de semiliberdade: [...] Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 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. Ordem concedida, em parte (HC n. 85.198, Relator o Ministro Eros Grau, Primeira Turma, DJ 9.12.2005). Na espécie, se houver descumprimento da atual pena restritiva de direitos imposta, o juízo da execução somente poderá definir, se for o caso, o regime especial de semiliberdade, não se acolhendo a pena de encarceramento, como previsto na Convenção n. 169 da OIT (BRASIL, 2020c).

Por fim, afere-se que a grande questão aqui não é a criminalização dos indígenas, mas sim construir pontes para a concretização do texto normativo, seja no aspecto sociocultural, seja na proteção tradicional desses, ambos com o mesmo *status* constitucional de aplicação. Um dos paradoxos que se apresenta é este evidenciado pela *colisão* entre garantias de mesmo *status* normativo que aparentam não ser conciliáveis. Assim, a tarefa do Judiciário em construir uma decisão que observe as sutis nuances das diferentes violências perpetradas, culturais e físicas, e que reconheça todos os valores normativos envolvidos, é hercúlea. Portanto, a via mais fácil seria aquela que retrocede em direção ao texto que submetia os indígenas à tutela, tratando-os como incapazes. Por sua vez, a via mais difícil seria a que reconhecesse a diversidade cultural sem que esse reconhecimento apagasse outras garantias fundamentais, pois “[...] para os índios, também está na hora de voltar ao Estado de Direito” (CUNHA, 1987).

Por tudo isso, depreende-se que a análise antropológica de caso a caso, quando nos deparamos com pessoas indígenas como partes em processos judiciais no Brasil, é imprescindível e traz a segurança de que esses cidadãos estão sendo ouvidos com paridade de armas diante do poder estatal para serem julgados, quando o julgamento de fato se fizer necessário na esfera estatal, de acordo com todas as prerrogativas e procedimentos especiais aos quais fazem jus.

V CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao que se percebe dos julgados analisados, o indígena responderá juridicamente pelo cometimento do ato considerado ilegal quando suas características subjetivas forem capazes de demonstrar que, ao tempo do ato, ele era capaz de compreender o caráter ilícito da conduta praticada. E, assim sendo, serão então afastadas as garantias constantes no Estatuto do Índio, tendo em vista que essas são consideradas como exclusivas à proteção cultural do indígena que não é integrado à sociedade brasileira. Isso se dá pela visão ultrapassada de que só nesses casos é necessária a preservação de sua organização social, sua língua, suas crenças, seus costumes e suas tradições nativas. Nesse ponto, percebe-se que essa estruturação judicial se coaduna claramente ao modelo assimilacionista-igualitário, uma vez que a estruturação jurídico-penal macro, vigente no Brasil, observa o modelo canônico tradicional do direito penal, marcado pela indiferença quanto aos padrões normativo-culturais existentes em grupos etnoculturais diversos e minoritários.

De todo o exposto, denota-se que essa estrutura jurídica busca a absorção e integração dos grupos minoritários e diferenciados à sua ordem comum majoritária, a fim de que se alcance uma sociedade que seja culturalmente homogênea e uníssona. Assim, majoritariamente, tem entendido o Estado que, quando o indígena sai da comunidade ou incorpora qualquer comportamento social diverso do que se espera de alguém que seja nativo, ele automaticamente perde o direito de manter suas convicções e ideais indígenas, passando a responder como um cidadão “comum” e a ele é dispensado à aplicação de qualquer procedimento especial ou o uso de técnicas antropológicas. No entanto, frisa-se que é imprescindível o acompanhamento dos acusados indígenas por um antropólogo e pelo órgão indigenista competente como efetiva forma de respeito ao devido processo legal, ao acesso à justiça e aos direitos humanos e constitucionais que lhes são assegurados.

V REFERÊNCIAS

ANTONELLO, AnuskaLeochana Menezes. **Crimes culturalmente motivados**: abordagem jurídico-penal do conflito multicultural no ordenamento jurídico brasileiro. 2019a. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2019.

BAINES, Stephen Grant. Criminalização de Indígenas no Sistema Penitenciário de Roraima, Brasil. *In*: **37º Encontro anual da associação nacional de pós-graduação e pesquisa em ciências sociais**. São Paulo: Anpocs, 2013. Disponível em: <http://anpocs.com/index.php/papers-37-encontro/st/st28>. Acesso em: 12mar. 2022.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 40884 Paraná**. Habeas Corpus. estupro. menores indígenas. ausência de laudo antropológico e social. dúvidas quanto ao nível de integração. nulidade. Impetrante: Murillo José Digiácomo. Impetrado: Segunda câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, 09 de maio de 2005d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500007260&dt_publicacao=09/05/2005. Acesso em: 12mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 604898 Mato Grosso do Sul**. Recurso em sentido estrito, tentativa de homicídio - preliminar de nulidade afastada - mérito: pronúncia mantida pretensão de afastamento das qualificadoras do motivo fútil e feminicídio - não acolhida - recurso defensivo não provido. Impetrante: Cledisson Lopes Gonçalves. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Felix Fischer, 14 de agosto de 2020a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/920079820/habeas-corpus-hc-604898-ms-2020-0202326-0>. Acesso em: 12mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal (1. Turma). **Habeas Corpus nº 85198 Maranhão**. 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. Paciente: Aduino Viana Guajajara da Silva. Relator: Ministro Eros Grau, 11 de novembro de 2005c. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762532/habeas-corpus-hc-85198-ma>. Acesso em: 12mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Habeas Corpus nº 158657 Rio Grande do Sul**. Índios. Delitos cuja prática foi-lhes atribuída pelo Ministério Público estadual: extorsão agravada, esbulho possessório, incêndio doloso e participação em organização criminosa. A questão da competência penal para o processo e julgamento de crimes praticados por indígenas ou contra eles cometidos. Inexistência, no caso, de correlação entre os delitos atribuídos aos pacientes e qualquer disputa ou conflito em torno de direitos indígenas (CF, art. 109, inciso XI) [...]. Recorrente: Caroline Dias Hilgert e outro(a/s). Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Melo, 18 de setembro de 2018a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631877925/habeas-corpus-hc-158657-rs-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 12mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário nº 1270202 Paraná**. Decisão recurso extraordinário. Penal. Processo penal. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Crime praticado por indígena. Inobservância da convenção 169 da organização internacional do trabalho: afronta ao §2º do art. 5º da constituição da república. Direito ao regime especial de semiliberdade. Precedente [...]. Recorrente: Valdir José Kokoj dos Santos. Recorrido: Ministério Público Federal Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 29 de julho de 2020c. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1154698943/recurso-extraordinario-re-1270202-pr-5002805-4020164047012/inteiro-teor-1154698948>. Acesso em: 12mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Habeas Corpus n. 0032144-66.2017.4.01.0000 Rondônia**. Processo penal. Habeas corpus. Artigos 2º da lei 8.176/1991, 55 da lei 9.605/1998 e 2º da lei 12.850/2013. Garimpo em terras indígenas. Paciente silvícola [...]. Impetrante: Maurício Amorim Dourado e outros. Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Ji-Paraná - RO. Relator: Desembargador Federal Ney Bello, 16 de agosto de 2017a. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00321446620174010000&pA=&pN=321446620174010000>. Acesso em: 12mar. 2022.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Antropologia do Brasil**: mito, história, etnicidade. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Direito Penal e povos autóctones no Brasil**: ordem normativo dos e para os índios. v. 85. Juris Plenum, 2019.

PEREIRA, André Paulo dos Santos. O índio como sujeito de proteção jurídica específica. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-nov-27/indio-sujeito-protecao-juridica-especifica#_ftn3. Acesso em: 12mar. 2022.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. **O estado pluriétnico**. [S. l.: s. n., 2021?]. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83433/PEREIRA_DMDB_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal n° 70062972922**. Apelação crime. tortura. direitos indígenas. delito decorrente de desrespeito a uma norma da tribo na qual se inserem réus e vítima. envolvimento de costumes e tradições indígenas. relativização da súmula 140 do stj.competência da Justiça Federal. Apelantes: Ministério Público. Apelados: DorvalinoKogja Joaquim, Maurilio Joaquim e Jose Beto da Silva. Desembargador-Relator: Luiz Mello Guimarães, 21 de agosto de 2014b. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 12mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Sentença criminal n° 021/2.10.0012312-9**. [...] tem fundamento constitucional e é reforçado pelo Estatuto do Índio, na medida em que se tolera a aplicação de sanções penais ou disciplinares contra os membros da tribo, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida, ainda, a pena de morte [...]. Autor: Ministério Público. Réus: DorvalinoKogja Joaquim, Maurilio Joaquim e Jose Beto da Silva. Julgador: Orlando Faccini Neto, 21 de agosto de 2014a. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 12mar. 2022.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direito indígena, direito coletivo e multiculturalismo**. [S. l.: s. n., 2021?]. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83425/SILVA_PTG_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12mar. 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VIANA, Tainá; BECKHAUSEN, Marcelo. Crimes culturalmente motivados: o abandono de gemelares Guarani sob a perspectiva do direito. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonetet *al.* (org.). **Direitos fundamentais em processo**: estudos em comemoração aos 20 anos da escola superior do Ministério Público da União. Brasília, DF: ESMPU, 2020. p. 706-721. *E-book*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao>. Acesso em: 12mar. 2022.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1. ed. n. 2. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2013.