



O DIREITO PENAL E O INDÍGENA: ASPECTOS ACERCA DA IMPUTABILIDADE PENAL E DA COMPETÊNCIA JUDICIÁRIA

Julianne Holder da Câmara Silva

Acadêmica do 9º período do Curso

de Direito da UFRN

Bolsista do PRH-ANP/MCT n. 36

RESUMO

Reconhecendo a necessidade de preservar uma minoria étnica nacional, a Constituição Federal estipulou uma série de direitos e garantias em prol da conservação da singularidade cultural indígena, perfilhando em seu artigo 231 o direito dos índios em manter sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, além de resguardar os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, determinando a competência dos Juízes Federais para processar e julgar as disputas envolvendo os referidos direitos. Diante desta norma constitucional grande celeuma jurisprudencial se instaurou quanto à competência para conhecer dos crimes praticados por índios e contra índios. Neste contexto o presente trabalho tece considerações não só quanto à responsabilidade criminal do indígena, avaliando sua imputabilidade penal, como também deslinda os aspectos acerca da competência judiciária em matéria criminal, analisando a abrangência da esfera Federal ou Estadual conforme as situações do caso concreto. Abordando, ainda, a questão da tolerância e do reconhecimento, pelo Estado, das normas de conduta interna das comunidades índias, a chamada *jurisdição indígena*, demonstrando a relevância do tema na conservação da estrutura cultural dos silvícolas.

Palavras-chave: Índio. Crime. Imputabilidade penal. Competência judiciária.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Não é de hoje que a questão indígena tem despertado interesses e curiosidades por compor um cenário de disputas e conflitos armados, envolvendo índios e não-índios, num interminável questionamento acerca de direitos originários e direitos adquiridos sobre posse e propriedade de terras, nunca sem uma pitada especial de sensacionalismo promovido pela mídia.

Atualmente, as atenções voltam-se à demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, e à agressão provocada a golpes de facão por um grupo de indígenas contra um engenheiro da ELETROBRÁS, em protesto contra a construção da hidrelétrica Belo Monte, no estado do Pará. No passado, atingiu grande repercussão o caso do índio Galdino, que fora queimado vivo por um grupo de adolescentes, no Distrito Federal.

Na oportunidade da edição do Decreto homologatório da demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol, quando se iniciou uma ação policial para a retirada dos arrozeiros da região, a resistência foi violenta. O caso da demarcação Raposa Serra do Sol se arrasta por décadas, atingindo interesses inúmeros, hoje dos arrozeiros, mas já foram garimpeiros e criadores de gado¹. Obviamente que em nenhum caso a solução deu-se de forma pacífica. Aparentemente, a construção da hidrelétrica de Belo Monte tende a seguir o mesmo caminho: o da violência. Dessa vez, no entanto, praticada por índios contra não-índios.

Deixando de lado as polêmicas sobre o direito agrário, o fato é que muita gente morreu, e muitas ainda hão de morrer, envolvidas em disputas sobre terras indígenas. Homicídios, lesões corporais, genocídio, e toda uma sorte de crimes são praticados, por índios e não-índios, na defesa de um direito que pretendem ter e que o Estado se faz omisso quando deveria intervir de forma enérgica.

Neste contexto, de crimes praticados contra índios e por índios, o presente trabalho busca elucidar alguns questionamentos que emergem da situação, como o caso da responsabilidade penal do índio criminoso e sua imputabilidade, a justiça adequada para processá-lo e julgá-lo (Federal ou Estadual?) e, ainda, a competência da própria tribo para reprimir os crimes praticados entre os índios de uma mesma aldeia, a chamada *jurisdição indígena*.

2 A RESPONSABILIDADE PENAL DO ÍNDIO

Existe um crime, juridicamente imputável a alguém que se encontra apto a sofrer o *jus puniendi* do Estado, quando há um fato típico, antijurídico e culpável; faltando um desses requisitos genéricos não há crime e consequentemente não se pode falar em penalização do agente. Sendo a imputabilidade um dos elementos que compõe a culpabilidade, e sem esta não há crime punível, perquirir a responsabilidade penal do indígena significa analisar a sua imputabilidade penal, ou seja,

¹ Disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/>. Acesso em: 12 jul. 2008.



o conjunto de condições pessoais que geram a capacidade do agente para que lhe seja juridicamente atribuível a prática de um fato punível (NUCCI, 2006, p. 253).

A culpabilidade é um juízo de reprovação, que recai sobre o agente por ter atuado de forma contrária ao direito, quando podia agir em conformidade com o mesmo, já a imputabilidade é a aptidão para ser culpável. Deste modo, passa pelo crivo da imputabilidade o indivíduo que reúne os dois elementos que a configura, quais sejam: higidez biopsíquica e maturidade. Pela maturidade, entende-se o desenvolvimento físico-intelectual que permite ao agente relacionar-se em sociedade, de forma independente, equilibrada e emocionalmente segura. O nosso Diploma Penal consagra a maturidade com base em uma presunção legal, aos 18 anos de idade, sem a possibilidade de perquiri-la caso a caso.

A higidez biopsíquica engloba a saúde mental propriamente dita, e a capacidade do agente em entender o caráter ilícito de sua conduta, ou de se autodeterminar conforme esse entendimento; ou seja, o agente podia agir de forma diversa, mas não o fez, preferindo, consciente e voluntariamente, delinquir. Reunido os dois pressupostos, maturidade e higidez biopsíquica, o agente é penalmente imputável.

Não é por outro motivo que o artigo 26 do Código Penal (CP) isenta de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do seu ato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Percebe-se, então, que o Diploma Penal valoriza um elemento subjetivo: a consciência que o agente tem de estar agindo de modo contrário ao Ordenamento Jurídico; ele sabe que está cometendo um crime e nem por isso deixa de praticá-lo. Não havendo a presença desse elemento subjetivo não haverá a punição penal por ser o agente inimputável.

Da mesma forma, o artigo 21 do CP exclui a pena quando o agente incide em erro inevitável sobre a ilicitude do fato (erro de proibição). Diferentemente do que ocorre no art. 26, o erro de proibição não incide em virtude de uma enfermidade mental do indivíduo, mas configura-se em face de um erro, um juízo equivocado sobre o que lhe é permitido fazer na vida em sociedade, um engano plenamente justificável ante a impossibilidade de o sujeito conhecer a ilicitude de seu comportamento.

Como dito alhures, para que haja a culpabilidade do agente é indispensável que este seja imputável penalmente, ou seja, que reúna os requisitos da maturidade e da higidez biopsíquica, compreendendo o caráter ilícito de sua conduta, sendo exigível que se portasse de forma diversa, em conformidade com o Ordenamento Jurídico. Se o sujeito não atingiu essa consciência acerca da antijuridicidade de seu comportamento, não há culpabilidade por ser o indivíduo inimputável, muito embora exista uma conduta típica (MIRABETE, 2005, p. 200).

Seguindo este raciocínio, pode-se chegar à conclusão acerca da inimputabilidade penal do indígena que vive isolado ou que remotamente contata a civilização. Por viver em uma coletividade estruturalmente e culturalmente diferente da sociedade envolvente, o aborígene, ao menos em tese, desconhece os costumes e hábitos dos *civilizados*, não possuindo, portanto, a capacidade de compreender



que sua conduta é criminosa e socialmente condenável, pois, para aquele índio, as regras de comportamento que conhece e pratica são as impostas pelo grupo tribal ao qual pertence.

Equivocadamente a doutrina (MIRABETE, 2005; NUCCI, 2006) vem enquadrando o silvícola na hipótese do art. 26 do CP, equiparando-o ao doente mental, considerando-o um inimputável por possuir desenvolvimento mental incompleto ou retardado em virtude de sua inadaptação à vida *civilizada*. Tremendo equívoco, lamentável preconceito. Não é porque os índios possuem usos e costumes diversos dos nossos, que isto implica em sua enfermidade mental, não é a adaptação aos padrões da *vida moderna* que identifica um indivíduo como mentalmente são.

O índio que apresenta pouco contato com a sociedade envolvente, ao praticar um fato típico e antijurídico, por não compreender o caráter ilícito de sua conduta, age acobertado pela inimputabilidade, não por ter ele uma doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto, mas, com arrimo no art. 21 do CP, por ser inteiramente impossível que este aborigine compreenda o crime que está cometendo, posto que vive em uma sociedade estruturalmente diferente da nossa, com costumes e tradições peculiares, estranhos a nós como os nossos usos estranham a eles, restando envolto pela excludente.

Exigir do índio que se determine conforme as normas *civilizadas* além de utópico significa uma afronta direta à Carta Constitucional e sua proteção à continuidade cultural das comunidades indígenas, tendo em vista que, em seu art. 231, assegura aos índios o direito à sua organização social, sua cultura, língua e tradições. Obrigar o autóctone a comportar-se segundo nossas regras de conduta, máxime quando esteja em sua aldeia, significa forçá-lo a abandonar seus costumes em detrimento dos nossos, numa clara inconstitucionalidade.

Admitir a inimputabilidade do indígena com fulcro no art. 26 do CP geraria uma situação bastante complicada ao se imaginar que o juiz, ao admitir a inimputabilidade do silvícola, prolate uma sentença absolutória imprópria, absolvendo-o muito embora impondo uma medida de segurança. Seria descabido que um índio, mentalmente sadio, apesar de desconhecedor de nossas leis, usos e costumes seja submetido a uma internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico ou mesmo que seja enviado para um tratamento ambulatorial.

Percebe-se o absurdo da hipótese, ficando claro que reconhecer a inimputabilidade do silvícola com base no art. 26 do Código Penal não é o melhor caminho. A solução nos parece estar no art. 21 do CP, excluindo a culpabilidade do índio pela completa impossibilidade de compreensão da ilicitude de sua conduta, devendo, no entanto, o órgão de assistência ao índio providenciar o devido esclarecimento ao autóctone.

Poder-se-ia, ainda, extrair a idéia de semi-imputabilidade penal do silvícola que apresenta um grau maior de convivência com a *comunhão nacional*, embora não esteja a ela integrado, emergindo a regra da diminuição da pena, determinada na parte final do artigo 21 do CP, pois o autóctone não era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato que praticou, não obstante lhe fosse exigível tal compreensão, por se relacionar com a cultura *civilizada*, conhecendo seus usos ainda que de forma superficial.



Obviamente que estamos aqui nos reportando aos índios que vivem isolados em suas aldeias ou com esporádico contato com a sociedade envolvente. Tal raciocínio não atinge os silvícolas integrados à comunhão nacional ou em vias de integração, uma vez que estes indivíduos possuem o pleno conhecimento das normas que regem a *sociedade moderna*, não podendo se esquivar da responsabilidade penal apenas pela condição de índio.

O que se deve levar em consideração na hora de atribuir a prática de um crime ao indígena é a consciência deste acerca do caráter ilícito de sua conduta, o que se verifica no caso concreto, dependendo da realização de perícia e do grau de contato que possua com os costumes *civilizados*; o que é bem diferente de estar, ou não, adaptado à civilização. O autóctone pode ter plena consciência da criminalidade do fato que pratica e não estar adaptado à vida em sociedade. De fato, o estatuto do índio (Lei 6.001/73) destina o título VI à regulação das normas penais atinentes aos indígenas, deixando bem claro que o índio é penalmente responsável.

A partir do estatuto infere-se que a capacidade penal do índio extrai-se, como a de todos os outros brasileiros, do Diploma Penal, perquirindo sua imputabilidade, de acordo com a capacidade de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir conforme este entendimento, mediante perícia adequada, não bastando a condição de silvícola para que se conclua por sua capacidade relativa, como fazia o CC de 1916.

Tanto é assim que o estatuto do índio determina, no parágrafo único do art. 56, que as penas de reclusão e de detenção aplicadas aos indígenas serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento da FUNAI – Fundação Nacional do Índio. Prevendo, também, que na aplicação da pena o juiz observará o grau de integração do silvícola, atenuando a penalidade a este imposta. Como se percebe, o próprio estatuto do índio disciplina a forma de aplicação da pena e o regime de seu cumprimento, sendo inegável que admite a responsabilidade criminal do indígena.

O diferencial está no cumprimento da pena, que já se inicia no modelo especial de semiliberdade, independente do *quantum* fixado e do regime adequado ao cumprimento da pena; sendo certo que, ainda, incidirá uma atenuante pelo simples fato de ser o indivíduo um indígena. Trata-se de uma benesse concedida aos aborígenes pela política protecionista do estatuto do índio.

A regra do estatuto entra em perfeita sintonia com os preceitos prognosticados no art.10, item 2, da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), pelo qual se deve dar preferência a punições outras, que não o encarceramento, quando se tratar de reprimenda ao indígena criminoso. A Convenção 169 da OIT foi incorporada ao Ordenamento Pátrio a partir do Decreto Legislativo 143/2002, possuindo natureza de Tratado de direito humanos.

Há autores, no entanto, que acreditam que a referida atenuante só incidirá caso não haja outra aplicável ao evento². Não é o que nos parece. Não tendo o legislador determinado tal condição para a incidência da circunstância atenuante,

²Quem menciona os referidos autores é SOUSA FILHO, 2008, p. 114.



não cabe ao aplicador do direito, *quicá* a doutrina, impedir sua incidência ainda que existam outras atenuantes que concorram para o fato.

Em nenhum momento a lei penal exclui a possibilidade de acumulação de circunstâncias atenuantes, desde que se observe o piso previsto para a infração em abstrato, nos conformes da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³; sendo certa a incidência da atenuante específica, prevista no estatuto do índio, ainda que presente qualquer das atenuantes genéricas do Código Penal.

2.1 *Jurisdição indígena*

No atual modelo constitucionalista de Estado, ao qual nos encontramos inseridos, a idéia da coexistência num mesmo território de sistemas jurídicos diversos, é algo inexoravelmente rechaçado; no Estado contemporâneo se sobrepõe a idéia de que o direito é único e onipresente, emanado de uma Carta Constitucional que para intangível, inquestionável e soberana sobre todas as regras sociais de comportamento. Entretanto, a realidade dos diversos Países sul-americanos e sua variada rede de etnias indígenas, com regras de conduta social próprias, parece desmentir esta concepção.

A questão do reconhecimento pelo Estado, da existência de um *sistema jurídico* entre os povos indígenas, é polêmica antiga, que remonta à época das invasões européias. A verdade é que paralelamente às normas jurídicas que norteiam nosso Ordenamento existe uma infinidade de regras que organizam e mantêm coesas as diversas formações indígenas espalhadas não só no território brasileiro, mas por toda a América Latina.

A Convenção 169 da OIT, em seu art. 9, item 1, tem admitido que as comunidades índias apliquem suas normas sociais de maneira subsidiária, desde que não se contraponham à Ordem Jurídica Nacional, admitindo a realidade fática muito embora não reconheça a existência de um efetivo direito. A imposição de um sistema jurídico exógeno à comunidade indígena contrasta com os preceitos constitucionais, contidos no art. 231, que asseguram aos índios o direito à sua organização social, usos e costumes, uma vez que os obriga a seguir regras sociais diversas de seu modelo tradicional, desconfigurando sua estrutura cultural.

Neste contexto, interessante dispositivo é o artigo 57 do estatuto do índio, que prevê a possibilidade da própria comunidade tribal aplicar as sanções que entender necessárias à disciplina e punição de seus membros, desde que tais penas não sejam de morte nem possuam caráter infamante ou cruel, pois do contrário estar-se-ia ferindo as garantias fundamentais asseguradas na Constituição. É o que a doutrina convencionou chamar de *jurisdição indígena*, posto que retira do Estado o *ius puniendi*, quanto aos delitos praticados entre os membros da comunidade tribal.

Por oportuno, relevante é o conteúdo da Carta de Direitos do Cidadão, ratificada no México, que recomenda ao Poder Judiciário dos Países signatários,

³ Súmula 231 STJ: "A incidência de circunstancia atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".



dentre eles o Brasil, a integração de mecanismos de solução de conflitos conforme aos direitos consuetudinários das populações indígenas.

Com efeito, a Carta da República reconhece aos índios sua organização social, costumes e tradições; nada mais coerente, portanto, que seja atribuído ao próprio grupo a função de reprimir penalmente os seus membros, conforme as normas tradicionais da comunidade. Agir o legislador de outro modo, seria esvaziar o sentido da norma constitucional. Retirar dos indígenas a possibilidade de punir seus próprios membros faltosos, conforme seus usos e costumes, é desestruturar seu sistema cultural, é intervir arbitrariamente nos hábitos da comunidade.

Exemplo clássico da jurisdição indígena é o caso do índio Basílio, que matou outro indígena pertencente à sua tribo. Após cometer o crime, o acusado foi julgado pela própria comunidade tribal, recebendo a seguinte pena: cavar a cova e enterrar o corpo da vítima, ficando em degredo de sua comunidade e de sua família pelo tempo que a tribo entendesse suficiente.

Submetido, o réu, ao Júri Popular, após o pronunciamento de uma antropóloga⁴, o representante do Ministério Público requereu sua absolvição por entender que o índio Basílio já havia cumprido a pena devida, imposta por sua comunidade, conforme seus costumes e tradições. Por unanimidade de votos, os jurados agraciaram o acusado com a exoneração da pena. O problema é que o índio Basílio passou 14 anos preso, aguardando julgamento pelo Tribunal do Júri, quando poderia, desde logo, ter sido reconhecida a competência de seu povo para julgá-lo, nos moldes do art. 57 do estatuto do índio.

Apesar da louvável atitude do *Parquet*, em reconhecer a idoneidade da tribo em punir seus componentes, conforme seus usos e tradições, o fato é que os tribunais vêm se revelando intolerantes às regras internas dos grupos tribais, avocando para si a competência de crimes praticados entre índios dentro das reservas⁵, desvirtuando as normas constitucionais de proteção ao sistema cultural aborígene.

3 A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR OS CRIMES COMETIDOS POR ÍNDIOS E CONTRA ÍNDIOS

3.1 Justiça Federal ou Justiça Estadual?

Grande celeuma jurisprudencial se estabeleceu quanto à definição da

⁴ A antropóloga Alesandra Albert esclareceu que, segundo a tradição milenar da etnia *Macuxi*, a qual pertencia o réu, um índio que mata outro é submetido a um conselho, formado por indivíduos de reconhecida autoridade e de grande expressão política, escolhidos pela própria comunidade; sendo o réu um *tuxaua*, indivíduo que exerce uma função político-representativa, é costume da tribo que seja ele julgado perante seus companheiros *tuxauas*. Quem conta o caso do índio Basílio com riqueza de detalhes é BARRETO, 2008, p. 119.

⁵ Assim já decidiu o STF: "(...)Homicídio em que os acusados são índios. Crime motivado por desentendimento momentâneo, agravado por aversão pessoal em relação à vítima. Delito comum isolado, sem qualquer pertinência com direitos indígenas. Irrelevância do fato ter ocorrido no interior de reserva indígena. Competência da Justiça Estadual. Ordem indeferida." SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 81827/MT**. 2ª Turma. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 28/05/2002. DJ 23/08/2002.



competência para processar e julgar os crimes praticados por índios ou contra índios, principalmente diante do inciso XI do art. 109 da Constituição da República que estabelece a competência dos Juizes Federais para processar e julgar as disputas envolvendo direitos indígenas.

A jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal (STF), até pouco tempo atrás, apontava para a Justiça Federal, pois compreendia a locução *direitos indígenas* de forma ampla: para a Suprema Corte, todos os direitos dos silvícolas, a começar pelo direito à vida, se inseriam na proteção Federal.⁶

Já nessa época, discordava da postura dominante o Ministro Néri da Silveira, que visualizava a competência Estadual quando da prática de crimes comuns, ainda que envolvendo aborígenes; salientando que a expressão *direitos indígenas*, mencionada pelo artigo 109, XI da CF, reporta-se ao conteúdo do artigo 231 da Carta, ou seja, compreendendo a proteção à organização social, cultural, lingüística, e aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente habitam, não abrangendo o direito à vida, ao patrimônio e à integridade física do índio enquanto indivíduo determinado.

Atualmente a posição do STF vem se modificando, já existindo julgados no sentido de deslocar a competência para a Justiça Estadual quando se tratar de crimes praticados, por índios ou contra índios, mas sem envolver disputas pelos direitos indígenas consagrados no art. 231 da CF⁷. Dessa maneira, a Suprema Corte passa a dar interpretação restritiva ao inciso XI do artigo 109 da CF, entendendo *direitos indígenas*, sob a proteção Federal, como o complexo de direitos atinentes aos costumes, tradições, cultura e direitos originários sobre as terras que ocupam, ficando a cargo da Justiça Estadual a competência criminal comum. No entanto, a questão ainda não foi pacificada no Pretório Excelso.

Na realidade, este já era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), inclusive, consolidado na súmula de nº. 140: "*Compete à Justiça comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima*". Não se pode olvidar, no entanto, que a competência será Estadual apenas quando o crime praticado não tiver conexão com disputas acerca de direitos indígenas, pois, do contrário, o crime será julgado perante a Justiça Federal⁸.

⁶ Conferir na jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **RE 179.485-2/AM**. 2ª Turma. Relator, Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 06/12/1994. DJ 10/11/1995. **HC 71.835-3/MS**. 2ª Turma. Relator Min. Francisco Rezek. Julgamento em: 04/04/1995. DJ 22/11/1996. **RE 192.473-0/RR**. 2ª Turma. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 04/02/1997. DJ 24/04/2001. *Apud*: BARRETO, *Op. Cit.* p. 75-77.

⁷ Conferir na jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **RHC 85737/PE**. 2ª Turma. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 12/12/2006. DJ 30/11/2007. **RHC 84308/MA**. 1ª Turma. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 15/12/2005. DJ 24/02/2006. **HC 81827/MT**. 2ª Turma. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 28/05/2002. DJ 23/08/2002.

⁸ "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO CONTRA ÍNDIO EM RAZÃO DE DISPUTA DE TERRAS. INTERESSE DA COMUNIDADE INDÍGENA CARACTERIZADO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 140 DESTA CORTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Caracterizado que o homicídio praticado contra índio foi motivado pelo interesse nas terras ocupadas por indígenas, não há que se falar em aplicação da Súmula n.º 140 desta Corte, por envolver direitos da coletividade indígena". SUPERIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **CC 37.833/RR**. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 3ª Seção. Julgamento em: 14/03/2007. DJ 26/03/2007.



É o caso, por exemplo, dos crimes porventura realizados em virtude da demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol, ou mesmo o caso da agressão indígena ao engenheiro da ELETROBRÁS. Nestes dois casos, por envolver questões ligadas à posse indígena sobre suas terras, a competência criminal será da Justiça Federal. Diferentemente do caso do índio Galdino, homicídio praticado sem vinculação às disputas por direitos indígenas, cuja competência será da Justiça Estadual.⁹

Isto porque, a competência fixada na Carta Constitucional se dá em razão da matéria, que é a disputa por direitos indígenas; não sendo este o conteúdo da ação, não há o que se falar em jurisdição Federal. Não é a simples presença do índio na relação processual que determina a competência judiciária, mas sim a matéria objeto do processo. Até porque, não sendo o caso de crime ocorrido em disputas por direitos indígenas os quais devem, por determinação constitucional, ser salvaguardados pela União, não existe o interesse desta que justifique a jurisdição Federal.

A jurisprudência do STF¹⁰ ainda esclarece que, em caso de crimes ocorridos dentro da reserva, entre índios, a competência será Estadual. Tal entendimento, na verdade, vai esbarrar com a *jurisdição indígena* estabelecida no artigo 57 do estatuto do índio, conforme mencionado algures.

3.2 Genocídio

Comete genocídio quem intencionalmente pratica atos tendentes a destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, cometendo assassinato de membros desse grupo; dano grave à integridade física ou mental; medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio da comunidade¹¹; dentre outras práticas que ameacem a existência da classe.

O genocídio, pois, atenta contra a própria existência de uma comunidade tradicional e sua continuidade físico-cultural, sendo certo que configura uma afronta aos direitos indígenas assegurados no artigo 231 da Carta Constitucional. O genocídio praticado contra índios tem por finalidade extirpar a sua organização social, dizimar seus membros, seus costumes, usos e tradições, sendo, portanto, inegável a competência da Justiça Federal, uma vez que atinge os direitos indígenas enquanto

⁹ Neste sentido, pronunciou-se o STF, ao julgar *Hábeas Corpus* no caso Galdino. Conferir: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 75.404-0/DF**. 2ª Turma. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 27/06/1997. DJ 27/04/2001.

¹⁰ “EMENTA: 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”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 419528/PR**. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 03/08/2006. DJ 09/03/2007.

No mesmo sentido: “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO POR ÍNDIO CONTRA ÍNDIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. Não havendo disputa sobre direitos indígenas, a competência para processar e julgar as causas em que envolvido indígena, seja como sujeito ativo ou sujeito passivo do delito, é da Justiça estadual. Agravo regimental a que se nega provimento”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AI-Agr 496653/AP**. 2ª Turma. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 06/12/2005. DJ 03/02/2006.

¹¹ Art 2º da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ratificado no Brasil através do Decreto 30.822/52, c/c art. 1º da Lei nº 2.889/56.



grupo ou comunidade social sob a proteção da União.

Neste sentido já decidiu o STF, no famoso caso de genocídio contra a etnia *Yanomami*, praticado por garimpeiros no Estado de Roraima, não só pela alçada da Justiça Federal em face do crime de genocídio, mas também pela competência do Tribunal do Júri Federal para julgá-lo¹².

3.3 O papel do Ministério Público

Quando o assunto é a tutela indígena, a Constituição da República consagra a atuação do Órgão Ministerial em duas oportunidades distintas. Na primeira delas, é assegurado aos índios e suas comunidades a prerrogativa de ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses, devendo o Ministério Público (MP) intervir em todos os atos do processo (art. 232). Nesta oportunidade cabe ao Órgão Ministerial atuar como fiscal da Lei, não sendo parte interessada na demanda.

Em um segundo momento, o *Parquet* tem o dever institucional de defender juridicamente os interesses indígenas (artigo 129, V). Nesta oportunidade agirá como parte, na defesa dos direitos assegurados no art. 231 da Carta, ou mesmo como terceiro interessado, na qualidade de litisconsorte, assistente ou oponente, o que pode ocorrer por ser, também, da competência do órgão de assistência ao índio, a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e de suas comunidades¹³. Sendo certo que, ainda, poderá agir em assistência ao grupo tribal que ingresse em juízo na defesa de seus direitos, atuando também como parte interessada na demanda.¹⁴

Quanto à competência Ministerial para atuar em juízo, segue-se o mesmo raciocínio empregado para estabelecer a competência judiciária. Cabendo ao MP Federal a titularidade da ação penal quando o crime estiver conexo às disputas por direitos indígenas, ou mesmo nos crimes de genocídio, por constituir este uma ameaça efetiva à própria comunidade, seus hábitos e sua continuidade físico-cultural, justificando o interesse da União na demanda.

Por outro lado, terá a titularidade da ação penal o MP Estadual quando se tratar de crime comum, praticado contra o aborígine, ou por ele, de forma isolada, enquanto indivíduo determinado, sem correlação com os direitos da comunidade tribal assegurados pelo art. 231 da Carta Magna.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, podemos concluir que em sede de responsabilidade penal, a

¹² "Compete ao tribunal do júri da Justiça Federal julgar os delitos de genocídio e de homicídio ou homicídios dolosos que constituíram modalidade de sua execução". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 351487/RR. Tribunal Pleno. Relator Min. Cezar Peluso. Julgamento em: 03/08/2006. DJ 10/11/2006. Mais detalhes sobre o massacre *Yanomami*, vide BARRETO, *Op. Cit.* p. 113.

¹³ Art. 35 do estatuto do índio, c/c parágrafo único do art. 1 da lei 5.371/67, que institui a Fundação Nacional do Índio – FUNAI.

¹⁴ Art. 37 do estatuto do índio. *In Verbis*: "Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio".



imputabilidade do indígena deve ser apurada caso a caso, analisando se os requisitos configuradores da culpabilidade penal se encontram presentes. Assim, deve-se apreciar se o autóctone que praticou um fato típico e antijurídico possui a maturidade legal, ou seja, 18 anos completos, e se possui a higidez biopsíquica, compreendendo o caráter ilícito de sua ação, sendo exigível que tivesse se portado de maneira diversa, respeitando as normas legais.

Presentes os elementos da culpabilidade, será o índio imputável penalmente, merecendo sofrer o *jus puniendi* estatal. Oportunidade em que incidirão as regras especiais do estatuto do índio que consagram o regime de semiliberdade ao autóctone criminoso, além da atenuante específica. Por outro lado, restando demonstrado que o aborígine era absolutamente incapaz de compreender a ilicitude de sua conduta, mormente pela escassez de contato com a sociedade *civilizada*, recairá sobre ele a inimputabilidade com fulcro no art. 21 do Código Penal.

Quanto à competência judiciária para processar e julgar os crimes praticados por índios e contra índios, a jurisprudência dominante dos tribunais superiores aponta para a competência Estadual quando da prática de delitos comuns, perpetrados sem vinculação com os direitos resguardados no art. 231 da Carta Constitucional, pertencendo ao Ministério Público Estadual a titularidade da ação penal.

No entanto, se o crime é praticado no bojo de disputas sobre os direitos indígenas, a competência será da Justiça Federal, conforme o art. 109, XI da CF, uma vez que é dever da União preservar o direito dos índios à sua organização social, seus costumes, língua, tradições e a posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam; sendo, ainda, incluída na jurisdição do Júri Federal a competência para julgar o crime de genocídio, tendo em vista que atenta contra a continuidade físico-cultural da comunidade indígena, competindo ao Ministério Público Federal a titularidade da persecução penal.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas:** Vetores constitucionais. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. (Brasil). Disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/>. Acesso em : 12 jul. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal:** parte geral. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.



_____. **Código de processo penal interpretado**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, A. Gursen de. Coordenador. **O direito e o índio**. Belém: Editora Cejup, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá editora, 2006.

SILVA, Américo Luís Martins da. Populações indígenas ou tradicionais. In: **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. V. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – RT, 2006. P. 138/219.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 12 jul.2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Disponível em:<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 jul.2008.

THE INDIGENOUS AND CRIMINAL LAW: ISSUES ABOUT IMPUTABILITY AND CRIMINAL JURISDICTION

ABSTRACT

Recognizing the need to preserve a national ethnic minority, the Federal Constitution stipulated a series of rights and warranties in favor of the conservation



of the indigenous cultural singularity, establish in its article 231 the right of the indians in maintaining the social organization, their habits, languages, faiths and traditions, besides protecting the original rights on the lands that traditionally occupy, determining the Federal judges' competence to process and to judge the concerning disputes to the referred rights. In face of this constitutional norm a big jurisprudence discursion has been introduced regarding the jurisdiction to judge the delict committed by indigenous and against them. In this context the present work weaves considerations not only about the indian's criminal responsibility, evaluating their penal imputabilitys, as well as it uncover the aspects concerning the judiciary competence in criminal matter, analyzing the inclusion of the Federal sphere the State according to the situations of the concrete case. It is still analyzed the tolerance and the recognition, for the State, of the norms of the indigenous communities' conduct, the call *indigenous jurisdiction*, demonstrating the relevance of the theme in the conservation of the cultural structure of the wild ones.

Keywords: Indigenous. Delict. Imputability. Judiciary competence.

Artigo finalizado em agosto de 2008.

