



MPF
FLS. _____
2ª CCR

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

VOTO-VISTA Nº 93/2013

PROCEDIMENTO MPF Nº 1.35.000.000285/2010-98

ORIGEM: PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SERGIPE

PROCURADOR OFICIANTE: EDUARDO BOTÃO PELELLA

RELATOR: CARLOS ALBERTO CARVALHO DE VILHENA COELHO

VOTO-VISTA: JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

VOTO-VISTA: OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

VOTO-VISTA

PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL. SUPOSTO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, §1º, CP) PRATICADO POR ÍNDIO CONTRA INDÍGENA MENOR DE IDADE. REVISÃO DE ARQUIVAMENTO (ART. 62, IV, LC 75/93). INEXISTÊNCIA DE IMUNIDADE PENAL A INDÍGENAS. INDÍCIOS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE. NÃO HOMOLOGAÇÃO DO ARQUIVAMENTO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL (ART. 109, INCISOS IV E XI, C/C O ART. 231 DA CF/88). DESIGNAÇÃO DE OUTRO MEMBRO DO MPF PARA PROSSEGUIR NA PERSECUÇÃO PENAL.

1. Trata-se de procedimento investigatório criminal instaurado para apurar suposto crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, §1º, CP) praticado por índio contra indígena menor de idade.
2. Consta dos autos que o investigado teria entrado, pela janela, no quarto da menor, enquanto esta dormia, e acariciado suas pernas, cessando a conduta somente quando a indígena acordou.
3. O Procurador da República oficiante promoveu o arquivamento do feito por considerar que a conduta não configura qualquer tipo penal, ante a inexistência de indícios de violência ou grave ameaça ou mesmo de ato libidinoso.
4. O art. 217-A, §1º, do Código Penal tipifica como estupro de vulnerável a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, incorrendo nas mesmas penal quem pratica essas ações com quem não pode oferecer resistência.
5. Considerando que a indígena tinha 16 anos na data dos fatos, não se aplica o caput desse dispositivo. No entanto, a índia estava dormindo no momento da prática do ato libidinoso, não podendo oferecer resistência, o que se adequa ao tipo previsto no §1º.
6. Resta assim configurado o crime de estupro de vulnerável.
7. O fato de as lideranças indígenas terem expulsado o investigado da comunidade não impede a aplicação da lei penal ao fato.
8. A regra prevista na Constituição Federal (art. 231), que assegura os direitos indígenas, não autoriza a prática de crime nem cria um espaço ou território dentro da República Federativa do Brasil imune à aplicação da lei penal.
9. Eventual desconhecimento da norma (erro de proibição) ou erro de tipo se resolvem no curso do processo e com a adequada aplicação da lei penal, tendo em vista as circunstâncias pessoais do agente.

10. Cabe enfatizar que nenhuma cultura tem o direito de violar a dignidade da pessoa humana.

11. O conceito de direitos indígenas engloba os direitos individuais dos índios e os relativos à organização social, aos costumes, às línguas, crenças e tradições das comunidades indígenas, e aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

12. Deve-se reconhecer a competência da Justiça Federal em quaisquer hipóteses de cometimento de crimes por índio ou contra índio, em decorrência da interpretação sistemática dos artigos 109, IV e XI, c/c o artigo 231 da Constituição Federal.

13. Desta forma, considerando que no presente caso a questão envolve direito indígena, que é indissociável de sua cultura e de sua organização social, a competência para o processo e o julgamento do crime ora em análise é da Justiça Federal.

14. Não homologação do arquivamento e designação de outro Membro do Ministério Público Federal para prosseguir na persecução penal.

Trata-se de procedimento investigatório criminal instaurado para apurar suposto crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, §1º, CP) praticado por índio contra indígena menor de idade.

Consta dos autos que o investigado (índio XOCÓ FRANCISCO MELO FREITAS) teria entrado, pela janela, no quarto da menor Rayane Lima Medeiros, enquanto esta dormia, e acariciado suas pernas, cessando a conduta somente quando a indígena acordou.

O Procurador da República oficiante promoveu o arquivamento do feito por considerar que a conduta não configura qualquer tipo penal, ante a inexistência de indícios de violência ou grave ameaça ou mesmo de ato libidinoso. (fl. 48)

Os autos foram remetidos a esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão para o exercício de sua função revisional.

Recebidos os autos, foi determinada a remessa à 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais) para análise antropológica.

A 6ª CCR fez as seguintes considerações:

“Considerando que as lideranças e demais chefes de família da comunidade Xokó ofereceram um caminho de solução ao caso por meio da aplicação de mecanismos próprios de resolução de conflitos (fls. 5 e 40), em termos de análise antropológica nada há a acrescentar à determinação de arquivamento formulada pelo Procurador da República em Sergipe.” (fl. 54)

É o relatório.

O art. 217-A, §1º, do Código Penal tipifica como estupro de vulnerável a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, incorrendo nas mesmas penal quem pratica essas ações com quem não pode oferecer resistência.

Considerando que a indígena tinha 16 anos na data dos fatos, não se aplica o caput desse dispositivo. No entanto, a índia estava dormindo no momento da prática do ato libidinoso, não podendo oferecer resistência, o que se adequa ao tipo previsto no §1º.

Resta assim configurado o crime de estupro de vulnerável.

O fato de as lideranças indígenas terem expulsado o investigado da comunidade não impede a aplicação da lei penal ao fato.

A regra prevista na Constituição Federal (art. 231), que assegura os direitos indígenas, não autoriza a prática de crime nem cria um espaço ou território dentro da República Federativa do Brasil imune à aplicação da lei penal.

Eventual desconhecimento da norma (erro de proibição) ou erro de tipo se resolvem no curso do processo e com a adequada aplicação da lei penal, tendo em vista as circunstâncias pessoais do agente.

Cabe enfatizar que nenhuma cultura tem o direito de violar a dignidade da pessoa humana.

A respeito da competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento de crimes cometidos por índio ou contra índio, a

Constituição de 1988 estabeleceu o que se pode chamar de *regime jurídico constitucional próprio dos indígenas*, uma vez que preordenou um sistema de normas para efetivamente proteger os **direitos e interesses** dos índios, que distribuídos em 225 etnias e falantes de 180 línguas diferentes¹, habitam quase todos os Estados brasileiros. Os índios são, pois, distintos entre si, por diferenças étnicas, linguísticas e culturais, no mesmo grau em que se distinguem da comunidade não-índia envolvente. São, portanto, minorias. As minorias devem ser protegidas em qualquer democracia. É o que justifica a especial proteção constitucional, como se pode inferir dos dispositivos constitucionais abaixo transcritos:

Art. 20. São bens da União: XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XIV - populações indígenas;

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

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

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. § 2º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

¹ Disponível em <<http://www.hsw.uol.com.br/framed.htm?parent=linguas-indigenas.htm&url=http://www.socioambiental.org/>>
Instituto Socioambiental. Acesso em: 22-02-2012.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

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.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Este regime constitucional de proteção dos direitos das minorias indígenas disciplina os direitos e interesses individuais (homogêneos e heterogêneos), culturais, coletivos ou de qualquer natureza dos índios. Abrange questões relacionadas à propriedade das terras ocupadas por eles; a competência da União para legislar sobre populações indígenas; a competência dos juízes federais para processar e julgar questões relacionadas à disputa sobre direitos indígenas; a autorização do Congresso Nacional para

mineração em terras indígenas; as relações das comunidades indígenas com suas terras; e a preservação de suas línguas, usos, costumes e tradições.

Para alguns autores, entre eles José Afonso da Silva, as bases dos direitos indígenas² estão principalmente estabelecidas nos artigos 231 e 232 da Constituição, já que reconhecem aos índios “*sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*”, bem como a legitimidade para “*ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses*”.

Por princípio constitucional, portanto, todas as disputas relacionadas a **direitos indígenas**, devem ser compreendidas em sua acepção menos restritiva de disputas relacionadas a **direito dos índios**. Direitos indígenas são direitos dos índios, na acepção constitucional. Qualquer deles, inclusive os individuais.

Ocorre que, desde que se estabeleceu, no inciso XI do art. 109 da CF, que compete aos juízes federais processar e julgar **disputa sobre direitos indígenas**, diversas têm sido as dificuldades em definir teoricamente as hipóteses em que tais disputas caracterizam efetivamente casos concretos de competência da Justiça Federal.

A jurisprudência de nossos tribunais, ao que parece, tem restringido o alcance da norma do inciso XI do art. 109 da Constituição, por não considerar relevante diversos fatores - tais como a real extensão dos direitos das comunidades indígenas e as normas constitucionais e infraconstitucionais que buscam dar maior efetividade a referidos direitos – para delimitar a competência jurisdicional na esfera criminal para processar e julgar questões que envolvam membros de comunidades indígenas. Esta restrição é incompatível com a Constituição porque limita-a a certas disputas sobre direitos indígenas, ao invés de abranger todas.

² AFONSO, José. Curso de direito constitucional positivo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 822.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, nos termos do enunciado 140 da Súmula, preconiza que *“compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”*. Aplicando este verbete, este Tribunal tem decidido:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRATICADO POR INDÍGENA. MOTIVAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE GARIMPOS EM RESERVA INDÍGENA. HIPÓTESE DO ART. 109, XI DA CF. SÚMULA 140/STJ.

INAPLICABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Nos termos do enunciado nº 140/STJ, a mera participação de indígena em crime é insuficiente para atrair a competência da Justiça Federal.

2. Na espécie, entretanto, a tentativa de homicídio praticada por silvícola contra advogado teve como motivação conflitos ligados à exploração de garimpos no interior de reserva indígena, o que caracteriza a hipótese do art. 109, XI, da Constituição da República.

3. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Federal, o suscitado, determinando-se a remessa do feito ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região a fim de prosseguir no julgamento do recurso em sentido estrito.

(CC 99.406/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 20/10/2010)

.....
CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO EM ÁREA DESTINADA À PRESERVAÇÃO PRATICADA, EM TESE, POR ÍNDIO. DISPUTA SOBRE DIREITO INDÍGENA. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. A Constituição da República atribui à Justiça Federal a competência para julgar causas relacionadas à disputa de direitos indígenas.

2. Para que esteja configurada a hipótese do art. 109, XI, da Constituição, é necessário que tenha sido ofendido direito do povo indígena coletivamente considerado.

3. O mero fato de índio figurar como autor do delito ambiental, sem nenhuma conotação especial, não enseja o deslocamento da causa para a Justiça Federal, conforme enunciado da súmula nº 140/STJ.

4. Na espécie, a suposta autora do delito construiu imóvel em área destinada à preservação ambiental, o que, por si só, não constitui motivo suficiente afastar da Justiça Estadual a competência para julgamento do feito.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara Especializada do Meio Ambiente e de Questões Agrárias de Manaus/AM, o suscitado.

(CC 93.120/AM, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010, DJe 17/06/2010)

Observo que para o Superior Tribunal de Justiça o fato de o índio figurar como autor ou vítima de um crime não autoriza o reconhecimento da competência da Justiça Federal. A Corte afirma que esta competência se dará apenas quando ocorrer ofensa direta a direito do povo indígena coletivamente considerado ou tiver por motivação a disputa pelo direito coletivo. Este entendimento restringe a norma constitucional de um modo inválido, *data venia*, porque subtrai situações que estão abrangidas pelo sistema de proteção constitucional aos índios. Qualquer sistema de proteção de minorias deve ser o mais compreensivo de todas as situações possíveis, inclusive o direito à liberdade individual do índio, que está em disputa quando ele é acusado de praticar crime; ou o direito à saúde, à integridade física, ou o direito previdenciário, quando vítima de um crime.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem admitido a competência da Justiça Federal, dando ênfase, sobretudo, à necessidade de se verificar a ocorrência de violação de um dos direitos previstos no art. 231 da Constituição como condição para aplicar as disposições do art. 109-XI da Constituição. Esta interpretação é igualmente restritiva, *data venia*. Confira-se:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. HOMICÍDIO PRATICADO CONTRA INDÍGENA EM RAZÃO DE DISPUTA DE TERRAS. COMPETÊNCIA: JUSTIÇA FEDERAL. 1. **A Constituição Federal, em seu artigo 231, impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida.** 2. **Sendo a vida do índio tutelada pela União, é competente a Justiça Federal** para processar e julgar crime praticado contra a vida do índio **em razão de disputa de terras**, não estando a Justiça Estadual, na presente ordem constitucional, legitimada a conhecer da ação penal proposta. 3. Delito praticado na vigência da Emenda Constitucional nº 01/69. Denúncia validamente recebida em setembro de 1988. Promulgação da Constituição Federal de 1988. Incompetência superveniente da Justiça Estadual. Deslocamento do processo à Justiça Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, para anular o processo a partir do interrogatório, inclusive. (RE 270379, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 17/04/2001, DJ 29-06-2001 PP-00058 EMENT VOL-02037-07 PP-01355)

.....

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. Votos vencidos. Precedentes. Exame. Inteligência do art. 109, incs. IV e XI, da CF. **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. (RE 419528, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2006, DJ 09-03-2007 PP-00026 EMENT VOL-02267-03 PP-00478)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DISPUTA DE TERRAS INDÍGENAS. CRIME PATRIMONIAL. JULGAMENTO. JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOBSERVÂNCIA. REVOGAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. **O deslocamento da competência para a Justiça Federal** somente ocorre quando o processo versar sobre questões diretamente ligadas à **cultura indígena e ao direito sobre suas terras, ou quando envolvidos interesses da União**. 2. Tratando-se de suposta ofensa a bens semoventes de propriedade particular, não há ofensa a bem jurídico penal que demande a incidência das regras constitucionais que determinam a competência da Justiça Federal. 3. Prisão preventiva restabelecida pelo Tribunal de Justiça, mediante recurso do Ministério Público, com base em fatos estranhos à acusação. Inobservância dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Revogação. 4. Recurso parcialmente provido. (RHC 85737, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00129 EMENT VOL-02301-02 PP-00333)

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. (AI 496653 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 03-02-2006 PP-00046 EMENT VOL-02219-13 PP-02725 RT v. 95, n. 848, 2006, p. 497-498)

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm reconhecido a competência da Justiça Federal somente quando o

processo versar sobre questões diretamente ligadas **à cultura indígena e ao direito sobre suas terras, ou quando envolvidos interesses da União.**

No entanto, embora o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal reconheçam a competência da Justiça Federal quando há ofensa **à cultura indígena**, ao direito sobre as terras indígenas e a interesses da União, não têm efetivamente considerado todos os aspectos relativos à coletividade indígena para a solução de questões de competência jurisdicional. Mesmo nestas hipóteses, o conceito **de direitos indígenas** empregado por estas Cortes é ainda bastante restrito. Também não abrange a real existência de interesses federais, acerca de todas (e não apenas algumas, ênfase) questões indígenas.

É que um crime praticado por índio ou contra este no interior de reserva indígena, ou fora dela, tem reflexos sobre os direitos e interesses indígenas de toda a coletividade, a legitimar o reconhecimento da competência federal nos termos do artigo 109-XI da Constituição.

Em artigo sobre tema, Manoel Lauro Volkmer de Castilho ressalta a importância de se interpretar as disposições constitucionais sobre direitos indígenas de modo a afastar qualquer negativa destes direitos, inclusive no que diz respeito às suas derivações:

Ademais, é preciso que fique bem evidenciado que a Constituição brasileira ao reconhecer aos índios sua organização social, crenças, costumes e cultura, reconhece também necessariamente as derivações de suas crenças, tradições ou costumes, de modo que não apenas as decorrências diretas delas, mas sobretudo se há de aceitar como garantidas pela Constituição também aquelas que resultem da prática dessas crenças e desses costumes.

Esse quadro permite afirmar portanto que os objetos jurídicos tutelados pela Constituição são inteiramente peculiares pois que, além de abranger os objetos jurídicos do direito “branco” na forma constitucional vigente, também se haverá de atender às regras ditadas pela tradição, cultura, organização e valores índios, que podem e devem ser igualmente protegidos tanto civilmente como penalmente, até mesmo quando não explicitamente previstos na legislação ordinária do país já que a Constituição reconheceu também as regras indígenas e portanto também os valores respectivos (inclusive jurídicos) cuja violação logicamente justifica a mesma sanção.

Dito de outro modo, se a Constituição aceita e reconhece os direitos e interesses indígenas gerados pela tradição indígena, tem de tê-los por igualmente incluídos no rol dos interesses e direitos do direito ordinário brasileiro garantindo-lhes, juntamente com estes últimos, idêntica proteção.³

Cabe enfatizar, por oportuno, que a evolução da legislação brasileira relativa aos direitos dos índios, desde de 1973, tem reforçado estes direitos e o aperfeiçoamento de suas garantias e meios de proteção. O Estatuto do Índio, aprovado pela Lei n. 6.001/73, estabelece uma proteção incipiente, aprimorada pela Constituição de 1988. Mas já fixava regras claras sobre a amplitude dos direitos dos índios e das comunidades indígenas.

Neste Estatuto, tanto em relação à pessoa do índio quanto no tocante ao seu patrimônio, foram estabelecidas normas que incorporaram elementos da realidade do índio, como suas peculiaridades culturais, seu modo característico de ocupação e uso das terras e seu relacionamento amistoso com a natureza.

A Constituição de 1988 ampliou significativamente esta proteção, como é própria do estado democrático e de direito que se propõe a garantir direitos de minorias. Reforçou extraordinariamente a posição dos índios e das comunidades indígenas na legislação brasileira, convalidando os preceitos básicos que já constavam do Estatuto do Índio⁴, e instituindo novas regras de proteção.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (*Convenção Sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes*), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143 de 2002, e em plena vigência desde

³ CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas. Disponível em :<http://www.ajufers.org.br/revistas/rev01/01_dr_volkmer.pdf> Acesso em: 22-02-2012.

⁴ "Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios", Dalmo de Abreu Dallari, Rev. Inf. Legislativa n.º 111/315 (ano 28, jul./set. 1991)

a superveniência do Decreto nº 5.051, de 19.4.2004⁵, também enfatiza a necessidade de proteção especial às minorias indígenas.

Esta Convenção reafirma e promove maior eficácia a obrigações assumidas pelo Estado brasileiro por ocasião da adesão a normas protetoras de direitos humanos.

Constituída por quarenta e três artigos distribuídos em dez seções, a Convenção 169/OIT tem por marca (i) estabelecer, em definitivo, que a diversidade étnico-cultural dos indígenas e de seus povos tem que ser respeitada em todos seus aspectos; e (ii) obrigar os governos a assumirem a responsabilidade de desenvolver ação coordenada e sistemática de proteção dos direitos dos povos indígenas, garantindo o respeito pela sua integralidade, com pleno gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais. É o que se pode inferir do disposto nos arts. 1º, 8º, 9º, 10 e 12 da Convenção 169/OIT:

1. A presente convenção aplica-se:

a) a povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas distingam-nos de outros segmentos da coletividade nacional, e estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) a povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A auto-identificação como indígenas ou tribais deverá ser considerada como critério fundamental para definir os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não será interpretada como tendo implicação no que se refere a direitos que no direito internacional lhes possam ser conferidos.

.....
Artigo 8º

⁵ Art. 1º A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do [art. 49, inciso I, da Constituição Federal](#).

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação

Brasília, 19 de abril de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos humanos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.
3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

.....

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.
2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

.....

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.
2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

.....

Artigo 12

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes."

Deve-se compreender que a Constituição, ao dispor que compete aos juízes federais processar e julgar disputas sobre direitos indígenas, incluiu os direitos individuais e direitos relativos à posse das terras tradicionalmente ocupadas por índios, como também relativos à *organização social, aos costumes, à línguas, crenças e tradições* dos povos indígenas.

Como descrito por Manoel Lauro Volkmer de Castilho:

Se é razoável aceitar a existência de disputa quando se controverte sobre terras porque os direitos sobre elas está assegurado aos indígenas na cabeça do artigo 231 da Constituição, do mesmo modo é possível identificar a existência de disputa sobre direitos indígenas quando o delito tem por objeto, direta ou indiretamente, uma controvérsia de fundo cultural, religioso, ou sobre tradição ou costumes protegidos no mesmo art. 231 da CF.⁶

Assim, pode-se afirmar que a Constituição, ao se referir a **disputa sobre direitos indígenas** no artigo 109-XI da Constituição, **e sem ressalvas**, quis assentar que está sob jurisdição federal toda e qualquer questão relacionada a direitos dos índios e dos povos indígenas, inclusive aqueles descritos no art. 231: **organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam**.

Em consequência, deve se reconhecer a atribuição do Ministério Público Federal para prosseguir na persecução penal deste caso, não só por força das disposições do art. 129-V⁷ da Constituição, como também em razão da Lei Complementar 75/93.

Acrescento que o sistema constitucional de proteção dos índios expressa o interesse e o dever federal de proteção dos índios. No aspecto cível, a competência jurisdicional é federal por força do art. 109-IV⁸ da Constituição. A legislação federal desdobra este interesse da União, atribuindo à FUNAI a competência federal para proteger administrativamente os direitos indígenas. Não há sentido em reter, como federal, toda e qualquer questão civil e administrativa que afete os índios e delegar aos Estados apenas a competência jurisdicional penal.

⁶ CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas. Disponível em :<http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev01/01_dr_volkmer.pdf> Acesso em: 22-02-2012.

⁷ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

⁸ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral

A competência penal é federal, porque as minorias indígenas são um bem jurídico a proteger, como se pode extrair da interpretação sistemática do art. 231 da Constituição, que atribui à União a responsabilidade pela proteção dos direitos e interesses dos índios, e ao Ministério Público Federal⁹ promover judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

Cláudio Lemos Fonteles também afirma a competência federal para decidir sobre crimes praticados por ou contra índio¹⁰:

18. É inquestionável: o *art. 231, caput*, da Constituição Federal impõe à União o *dever de preservar as populações indígenas*, preservando, *sem ordem de preferência, mas na realidade* existencial do conjunto: *sua cultura; sua terra; sua vida*.

19. *Sua cultura*, porque aos índios há o reconhecimento constitucional de sua 'organização social, costumes, línguas, crenças e tradições'.

20. *Sua terra*, porque aos índios há o reconhecimento constitucional 'dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam'.

21. *Sua vida*, quer na expressão do indivíduo considerado de per se; quer na expressão da liderança, ou das lideranças do próprio grupo; quer porque a cada índio, em particular, e a todos em coletividade, *estende-se o dever de proteção constitucionalmente imposto à União*: "proteger e fazer respeitar todos os seus bens". **Bens, por óbvio, não só os economicamente mensuráveis, mas os inestimáveis como a vida, a integridade física, a honra, etc;**

22. Ora, como dissemos antes, porque o *art. 231, caput*, da Constituição Federal "impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, *sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida*", e porque o inciso IX, do artigo 109, da mesma Carta, que o primeiro operacionaliza, marca na Justiça Federal de 1º grau a competência jurisdicional *para as contendas sobre direitos indígenas, a Justiça estadual não mais está legitimada a conhecer das infrações cometidas por ou contra índios.*"

Registre-se, ainda, que para a proteção dos direitos e interesses dos índios, é imprescindível a atuação da FUNAI, órgão da União que tem entre suas finalidades garantir respeito à pessoa do índio e às instituições e comunidades tribais, e exercitar o poder de polícia nas áreas indígenas e nas

⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

¹⁰ FONTELES, Claudio Lemos. *Os Julgamentos de crimes cometidos contra comunidades indígenas pela Justiça Estadual*. "Os Direitos Indígenas e a Constituição", Juliana Santilli [coord.]. Porto Alegre : Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

matérias atinentes à proteção do índio (art. 1º-VII¹¹ do Decreto nº 5371, de 5.12.1967).

Assim, sempre que houver crime em que figure indígena como autor ou vítima, será imprescindível a intervenção da União, por intermédio da FUNAI, cabendo à Polícia Federal, nos termos do art. 1º-IV¹²-“f” e “i” do Decreto nº 73.332/1973, apurar a ação criminosa.

Ademais, na forma do enunciado 150 da Súmula do STJ¹³, competirá ao Juiz Federal, à luz das informações colhidas na instrução e, **sobretudo, com atenção ao estudo antropológico elaborado pelo órgão competente**, ao preconizado pelo art. 231 da Constituição, e ao disciplinado no art. 1º-§ 2º¹⁴ da Convenção 169/OIT, decidir sobre a adequação da espécie à hipótese de competência contida no art. 109-XI da Constituição.

Cabe enfatizar, ainda sob o aspecto do interesse federal, que a competência criminal da Justiça Federal não se dá apenas quando há ofensa a bens de valor econômico de alguma das entidades previstas no art. 109-IV¹⁵ da Constituição. Esta norma também abrange a ofensa a interesses da União e de suas entidades autárquicas e fundacionais, como os da FUNAI. A prática de infrações em detrimento dos índios afeta interesse da União.

¹¹ Art 1º Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada "Fundação Nacional do Índio", com as seguintes finalidades: [...] VII - exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

¹² Art 1º Ao Departamento de Polícia Federal (DPF), com sede no Distrito Federal, diretamente subordinado ao Ministério da Justiça e dirigido por um Diretor-Geral, nomeado em comissão e da livre escolha do Presidente da República, compete, em todo o território nacional: [...] IV - prevenir e reprimir: f) crimes contra a vida, o patrimônio e a comunidade silvícola; [...] i) outras infrações penais em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, assim como aquelas cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

¹³ “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”.

¹⁴ 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos humanos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

¹⁵Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...] IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

Sobre infrações penais praticadas em detrimento de interesse da União, o Ministro Dias Toffoli, nos autos da ACO n. 1457/ES, afirma:

Na esfera penal, verifico que o caso específico é peculiar, demandando uma análise mais minuciosa da competência criminal da Justiça Federal, tratada no artigo 109, IV, da Constituição Federal (“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...) IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União...”).

Entendo que o interesse de que trata o dispositivo supra não se restringe ao aspecto econômico, podendo justificá-lo questões de ordem moral.

Nesse sentido, Vladimir Souza Carvalho destaca que o prejuízo para a União que justifica a competência da Justiça Federal em matéria criminal “é econômico e/ou moral. Econômico, quando lesa o patrimônio do ente federal. Moral, quando vulnera seu serviço **ou interesse**” (Competência da Justiça Federal. 6. ed., Curitiba: Juruá, 2002, p. 360).¹⁶

Assim, considerando que o interesse de que trata o art. 109-IV da Constituição não se restringe ao aspecto econômico, podendo justificá-lo as questões de ordem moral e a ofensa a interesses federais indígenas, tem-se que as infrações penais praticadas por índios ou contra estes devem ser processadas e julgadas na Justiça Federal.

De todo o exposto, constatado que o conceito de direitos indígenas engloba questões relacionadas **à vida, à integridade física, à previdência, à saúde, à organização social, aos costumes, às línguas, crenças e tradições das comunidades indígenas, e aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam**; e que o interesse da União decorrente de sua missão constitucional de proteger os direitos das comunidades indígenas, **deve-se** reconhecer a competência da Justiça Federal **em quaisquer hipóteses de cometimento de crimes por índio ou contra este**, em decorrência da interpretação sistemática dos artigos 109-IV e XI c/c o artigo 231 da Constituição.

¹⁶(ACO 1457, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 13/05/2010, publicado em DJe-091 DIVULG 20/05/2010 PUBLIC 21/05/2010)

Com essas considerações, voto pela não homologação do arquivamento e pela designação de outro Membro do Ministério Público Federal para prosseguir na persecução penal.

Remetam-se os autos ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Sergipe, para cumprimento, cientificando-se ao Procurador da República oficiante, com nossas homenagens.

Brasília, 05 de setembro de 2013.

Oswaldo José Barbosa Silva
Subprocurador-Geral da República
Titular – 2ª CCR/MPF