



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª Câmara de Coordenação e Revisão

VOTO Nº: 989/2016

PROCESSO Nº: 1748-80.2015.4.01.3200 (NF Nº: 1.13.000.002166/2014-61)

ORIGEM: PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO AMAZONAS

PROCURADOR OFICIANTE: EDMILSON DA COSTA BARREIROS JÚNIOR

RELATOR: JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

NOTÍCIA DE FATO. SUPOSTO CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO PRATICADO POR MÉDICOS CONTRA ÍNDIO. PROMOÇÃO DE DECLÍNIO DE ATRIBUIÇÕES DO APURATÓRIO AO MPF, COM AMPARO NA AUSÊNCIA DE INTERESSE FEDERAL NO FEITO. REVISÃO (ENUNCIADO 32 DESTA 2ª CCR). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA APRECIAR O CASO. DIREITO SOCIAL ESSENCEIAL DOS INDÍGENAS À SAÚDE. OMISSÃO NO DEVER DA UNIÃO DE ASSEGURAR E PRESTAR DE FORMA EFICIENTE TAL DIREITO. FATALIDADE QUE TEVE INÍCIO QUANDO A VÍTIMA AINDA SE ENCONTRAVA DENTRO DO TERRITÓRIO TRIBAL (POSSÍVEL OMISSÃO DOS SERVIDORES DO DSEI), CONTINUOU DENTRO DE AEROPORTO (POSSÍVEL AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA DEVIDA) E PRODUZIU RESULTADO A BORDO DE AERONAVE (NÃO HAVENDO PROVA DA INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO MÉDICA). FALHA NO SERVIÇO DA UNIÃO. INFRAÇÃO QUE NÃO ATINGE, APENAS, O ÍNDIO, INDIVIDUALMENTE, MAS TODA SUA COMUNIDADE (GRUPO HUMANO ÉTNICO EM EXTINÇÃO). ESPECIAL INTERESSE FEDERAL NA PRESERVAÇÃO INDÍGENA (EXTREMA VULNERABILIDADE DA ETNIA). NECESSIDADE DE DILIGÊNCIA PARA O ESCLARECIMENTO DOS FATOS. NÃO HOMOLOGAÇÃO DO DECLÍNIO E DESIGNAÇÃO DE OUTRO MEMBRO DO MPF PARA PROSSEGUIR NA PERSECUÇÃO PENAL.

1. Notícia de fato instaurada para apurar possível crime de homicídio culposo, ocorrido em 31.05.2013, de paciente indígena da tribo *Yanomami*, que necessitava de tratamento médico contínuo, em razão de acidente sofrido quando tinha 12 anos, e precisou ser removido em voo marcado para as 11h daquele dia, de Maturucá/AM para Boa Vista/AM. Porém, ao chegar ao local para prestar assistência, a equipe médica percebeu que havia esquecido os “potes de vezes” [sic] e, então, resolveram voltar para buscá-los, de modo que, quando do retorno ao aeroporto de para buscar o paciente, às 17:30h, com apenas 30 (trinta) minutos após o voo, a vítima não resistiu e faleceu.

2. Promoção de declínio de atribuições do apuratório ao Ministério Público Estadual pelo Procurador Oficiante, sob alegativa de que a fatalidade do índio não se deu por falha direta do serviço de transporte aéreo, mas por eventual culpa (omissão) da equipe médica, com relação ao procedimento de verificação dos materiais necessários, antes de empreender voo ao encontro do paciente, e não a bordo da aeronave. Registrhou o Membro do Ministério Público Federal, assim, que tais fatos não dizem respeito a interesses intrínsecos às etnias indígenas, no que concerne aos seus costumes, tradições e problemática de demarcação de terras, pelo que carece a Justiça Federal de competência para apreciação do caso.

3. Remessa dos autos a esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, nos termos do Enunciado nº 32.

4. Declínio inadequado. Competência da Justiça Federal para analisar o feito (interpretação sistemática dos arts. 109, incisos IV, IX e XI, e 231, ambos da CF, cc. o art. 6º do CP).

5. Os fatos ora examinados versam sobre direito social de indígena à escorreita e essencial prestação de serviço público de saúde, mostrando-se desinfluente o delito ter atingido, *a priori*, apenas, 01 indivíduo componente do grupo tribal, o qual, também, foi vitimizado pela infração, já que afetada a integralidade da comunidade e os direitos e garantias a ela inerentes, em razão da precária assistência à saúde a toda a tribo. Não bastasse isso, a omissão criminosa teve início quando o índio ainda estava dentro de sua terra (possível omissão dos servidores do DSEI), continuou dentro de aeroporto (ausência de adequada assistência) e produziu o resultado óbito a bordo da aeronave (não havendo, ainda, prova/diligência comprobatória da ausência de omissão médica), a se despertar, com maior rigor, a competência da Justiça Federal para processar e julgar a hipótese, revelando-se imperiosa, ademais, a realização de diligências para o escorreito esclarecimento dos fatos.

6. Outrossim, a União tem o dever de prestar eficientemente o serviço à saúde indigenista, por meio do Distrito Sanitário Especial Indígena – DSEI, órgão da Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI, vinculada ao Ministério da Saúde, o qual, juntamente com a Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, tem o dever de adotar as providências necessárias para que os DSEIs no Brasil estejam em plena capacidade operacional (Decreto nº 6.878/09). Cabe à SESAI (órgão parceiro da Fundação Nacional do Índio – FANAI) coordenar e executar o processo de gestão do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena em todo Território Nacional, articulando e avaliando ações de atenção à saúde no âmbito do subsistema de saúde indígena, identificando, organizando e disseminando conhecimentos referentes à saúde indígena e estabelecer diretrizes e critérios para o planejamento, execução, monitoramento e avaliação das ações de saneamento ambiental e de edificações nos DSEIs (Decretos nº 7.335/10 e nº 7.336/10).

7. A Constituição Federal de 1988, sensível às particularidades da cultura silvícola, estabeleceu o *regime jurídico constitucional próprio dos indígenas*, preordenando um conjunto de normas para efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios. Sob esse aspecto, não se pode conceber que um direito tão relevante seja subtraído deste sistema especial de proteção, à conta de não ser expressivo o grupo tribal vitimizado, nem que não tenha havido mácula a este serviço federal. É dizer: o grupo humano em comento é minoria (em extinção), pelo que a União detém especial interesse na preservação desta etnia (máxime diante da extrema vulnerabilidade), ou seja, tem a missão constitucional (art. 231 da CF) de proteger os direitos das comunidades indígenas.

8. A Convenção nº 169 da OIT (Decreto nº 5.051/2004, art. 25), também, tem por marca, dentre outras, 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.

9. Não homologação do declínio de atribuições e designação de outro Membro do Ministério Público Federal para dar prosseguimento à persecução penal.

Cuida-se de notícia de fato instaurada para apurar possível crime de homicídio culposo, ocorrido em 31 de maio de 2013, em desfavor do paciente indígena MARCÍLIO MELO PAIXÃO, da tribo Yanomami, que necessitava de

tratamento médico contínuo, em razão de acidente ocorrido quando tinha 12 anos, e precisou ser removido em voo marcado para as 11h daquele dia, de Maturucá/AM para Boa Vista/AM. Porém, para prestar assistência, a equipe médica percebeu que havia esquecido os “potes de vezes” [sic] e, então, resolveram voltar para buscá-los, de modo que, quando do retorno ao aeroporto de para buscar o paciente, às 17:30h, com apenas 30 (trinta) minutos após o voo, a vítima não resistiu e faleceu, às 18h.

O Procurador da República oficiante promoveu o declínio de atribuições do apuratório ao Ministério Público Estadual, sob alegativa de que a fatalidade do índio não se deu por falha direta do serviço de transporte aéreo, mas por eventual culpa (omissão) da equipe médica, com relação ao procedimento de verificação dos materiais necessários, antes de empreender voo ao encontro do paciente, e não a bordo da aeronave. Registrhou o Membro do Ministério Público Federal, assim, que tais fatos não dizem respeito a interesses intrínsecos às etnias indígenas, no que concerne aos seus costumes, tradições e problemática de demarcação de terras, pelo que afastada a competência da Justiça Federal para apreciação do caso (fs. 20 e 21).

Os autos vieram a esta 2^a Câmara de Coordenação e Revisão, nos termos do Enunciado nº 32.

Eis, em síntese, o relatório.

Revela-se inadequado o presente declínio de atribuições do procedimento ao MPE (interpretação sistemática dos arts. 109, incisos IV, IX e XI, e 231, ambos da CF, cc. o art. 6º do CP).

Os fatos ora examinados versam sobre direito social de indígena à escorreita e essencial prestação de serviço público de saúde, mostrando-se desinfluente o delito ter atingido, a priori, apenas, 01 indivíduo componente do grupo tribal, o qual, também, foi vitimizado pela infração, já que afetada a integralidade da comunidade e os direitos e garantias a ela inerentes, em razão da precária assistência à saúde a toda a tribo.

Não bastasse isso, a omissão criminosa teve início quando o índio ainda estava dentro de sua terra (possível omissão dos servidores do DSEI), continuou dentro de aeroporto (ausência de adequada assistência) e produziu o resultado óbito a bordo da aeronave (não havendo, ainda, prova/diligência

comprobatória da ausência de omissão médica), a se despertar, com maior rigor, a competência da Justiça Federal para processar e julgar a hipótese.

No ponto, oportuno trazer à baila o conhecido entendimento da 6^a Câmara de Coordenação e Revisão (Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais) do MPF, no sentido de que:

[...] todo fato envolvendo indígena contém uma questão insuperável que é sua cultura. O que nos leva a concluir ser tecnicamente impossível que um crime praticado por ou contra indígenas se reduza a interesses desprovidos de cultura. Realidade que independe se o interesse é coletivo ou individual. Os interesses particulares de seres humanos são tão dotados de cultura quanto os coletivos. Ambos são culturais porque ambos são humanos.

[...] Se estamos falando de indivíduos da espécie humana, seus interesses, independentemente de serem individuais ou coletivos, serão sempre constituídos de cultura; e se a cultura é indígena o interesse também será indígena. O interesse só não será indígena quando a cultura não for indígena.

O arcabouço teórico e metodológico da Antropologia nos permite discutir o que é cultura, porém, e evidentemente, não nos habilita a dizer em que consiste a disputa sobre direitos indígenas; tarefa que cabe ao Direito, mas para a qual, certamente, contribui o exercício interdisciplinar. De posse do consenso científico sobre o que é cultura (e sobre a própria definição de ser humano), o Direito poderá com mais propriedade e aporte avaliar se a mera participação de indígena em crimes, seja como vítima ou autor, constitui, ou não, elemento suficiente para configurar disputa sobre direitos indígenas de modo a deslocar a competência para a Justiça Federal, conforme prevê o Artigo 109, Inciso XI, da Constituição Federal de 1988.

A esse respeito, vale ainda dizer que, do ponto de vista da Antropologia, falar de direitos é falar de signo linguístico, isso é, de um significante com significado partilhado, cuja existência destina-se a orientar as pessoas no curso corrente das coisas experimentadas. É, portanto, conceito. E se é conceito, está necessariamente vinculado à cultura dos povos e dos indivíduos para os quais faz sentido; razão pela qual, na exegese antropológica de viés semiótico, falar de direito indígena é falar de cultura indígena.”

Outrossim, e por conseguinte, resta atraído o interesse da União no caso, eis que tem o dever de prestar eficientemente o serviço à saúde indigenista, por meio do Distrito Sanitário Especial Indígena – DSEI, órgão da Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESA, vinculada ao Ministério da Saúde, o qual, juntamente com a Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, tem o dever de adotar as providências necessárias para que os DSEIs no Brasil estejam em **plena** capacidade operacional (Decreto nº 6.878/09).

Cabe à SESAI (órgão parceiro da Fundação Nacional do Índio – FANAI) coordenar e executar o processo de gestão do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena em todo Território Nacional, articulando e avaliando ações de atenção à saúde no âmbito do subsistema de saúde indígena, identificar, organizar e disseminar conhecimentos referentes à saúde indígena e estabelecer diretrizes e critérios para o planejamento, **execução, monitoramento e avaliação** das ações de saneamento ambiental e de edificações nos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (Decretos nº. 7335/10 e nº 7336/10).

A respeito da competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento de crimes cometidos por índios ou contra estes, a Constituição Federal estabeleceu o que se pode chamar de *regime jurídico constitucional próprio dos indígenas*, preordenando um conjunto de normas para efetivamente proteger seus **direitos e interesses**, que, distribuídos em 225 etnias e falantes de 180 línguas diferentes¹, habitam 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 existentes (CF, art. 20, inc. XI, art. 22, inc. XIV, art. 49, inc. XVI, art. 109, inc. XI, art. 129, inc. V, art. 176, § 1º, art. 210, § 2º, art. 215, § 1º, art. 231, §§ 1º a 7º, e art. 232).

Esse 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 tais direitos; 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.

¹Disponível

em

<<http://www.hsw.uol.com.br/framed.htm?parent=linguas-indigenas.htm&url=http://www.socioambiental.org/>> Instituto Socioambiental. Acesso em: 16.03.2015.

Para alguns autores, entre eles José Afonso da Silva, as bases dos direitos indígenas² estão principalmente estabelecidas nos artigos 231 e 232 da Constituição, sendo reconhecidos 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*”.

Embora estabeleça o inciso XI do artigo 109 da Constituição 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 artigo 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 quanto a questões que envolvam membros dessas comunidades.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, na dicção da Súmula 140, preconiza que “*compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima*”. Aplicando este verbete, a Augusta Corte Superior 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, Relator Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 13.10.2010, DJe 20.10.2010).

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

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, Relator Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 09.06.2010, DJe 17.06.2010).

Portanto, para o STJ, o fato de o índio figurar como autor ou vítima de um crime não autoriza o reconhecimento da competência da Justiça Federal, dando-se tal competência tão só quando ocorrer ofensa direta a direito do povo indígena coletivamente considerado ou tiver por motivação a disputa pelo direito coletivo.

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 artigo 231 da Constituição, como condição para aplicar as disposições do artigo 109, inciso XI, da CF. 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 Ministro 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 Ministro Marco Aurélio, Relator para Acórdão: Ministro Cesar 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): Ministro 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 Ministro 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 STJ e o STF 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, não se pode perder de foco que um crime praticado por índios ou contra estes 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, inciso XI, da Carta Magna.

A propósito, em artigo sobre o tema, Manoel Lauro Volkmer de Castilho ressalta a importância de se interpretar as disposições constitucionais sobre direitos indígenas, de modo a afastar qualquer negativa desses direitos, inclusive no que diz respeitos 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 dos 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, inclusive, que a evolução da legislação brasileira relativa aos direitos dos índios, desde de 1973, tem reforçado esses direitos, bem como o aperfeiçoamento de suas garantias e os meios de proteção.

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: 16.03.2015.

O Estatuto do Índio, aprovado pela Lei nº 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.

Nesse 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 de direito, que se propõe a garantir direitos às minorias, reforçando, 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 nº 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 a superveniência do Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004⁵, também enfatiza a necessidade de proteção especial às minorias indígenas.

A citada 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 nº 169/OIT (art. 25) 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

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

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”.

fundamentais. É o que se pode concluir do disposto nos seus artigos 1º, 8º, 9º, 10 e 12, abaixo transcritos:

"[...] 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 descenderm 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

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 [...]."

Nesse aspecto, considerando que a legislação brasileira vem caminhando no sentido de proteger os direitos indígenas em uma maior extensão, não se pode conceber que seja subtraído deste sistema especial de proteção direito de grupo silvícola, ainda que pequeno.

Sob esse aspecto, não se pode conceber que um direito tão relevante seja subtraído deste sistema especial de proteção, à conta de não ser expressivo o grupo tribal vitimizado, nem que não tenha havido mácula a este serviço federal. É dizer: o grupo humano étnico em comento é minoria (em extinção), pelo que a União detém especial interesse na sua preservação, máxime diante da extrema vulnerabilidade, ou seja, tem a missão constitucional (art. 231) de proteger os direitos das comunidades indígenas.

No mais, para definir o significado jurídico de *organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*, é importante colher elementos da antropologia, da etnossociologia e da história, a respeito das características desses fatos. O Direito colhe de tais ciências os estudos que identificarão quando há organização social entre os índios, quais as características e a dimensão de seus costumes, crenças e tradições; do mesmo modo que verifica se a língua é ou não própria; se a comunidade é ou não autônoma; ou se são ou não identificáveis seus costumes e crenças⁶.

Os autores do crime aqui investigados não afetaram apenas indivíduo que sofreu a ação criminosa diretamente, mas, também, a própria comunidade indígena.

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

Como descrito por Manoel Lauro Volkmer de Castilho:

⁶NETO, Caetano Lagrasta. "Breves anotações à Constituição sobre o direito indígena". RT 648/46

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.⁷

Assim, pode-se afirmar que a Constituição, ao se referir a disputa sobre direitos indígenas no artigo 109, inciso XI, quis assentar que está sob jurisdição federal questão relacionada a direitos dos índios e dos povos indígenas, inclusive aqueles descritos no artigo 231.

Em consequência, deve ser reconhecida a atribuição do Ministério Público Federal para prosseguir na persecução penal deste caso, não só por força das disposições do artigo 129, inciso V, da Constituição, como também em razão da Lei Complementar nº 75/93.

Em suma, a competência penal é federal porque as minorias indígenas são um bem jurídico a proteger, como se pode extrair da interpretação sistemática do artigo 231 da Constituição, que atribui à União a responsabilidade pela proteção dos direitos e interesses dos índios, e ao Ministério Público Federal⁸ promover judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

Registre, 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 matérias atinentes à proteção do índio (artigo 1º, inciso VII⁹, do Decreto 5371/67).

Assim, havendo crime em que figure grupo indígena como vítima, mesmo que não expressivo, será imprescindível a intervenção da União, por

⁷ 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: 16-03-2015.

⁸“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; [...].”

⁹“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 - exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio [...].”

intermédio da FUNAI, cabendo à Polícia Federal, nos termos do artigo 1º, inciso IV¹⁰, alíneas "f" e "i", do Decreto 73.332/73, apurar a ação criminosa.

Ademais, na forma do enunciado 150 da Súmula do STJ¹¹, 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 artigo 231 da Constituição, e ao disciplinado no artigo 1º, § 2º¹², da Convenção 169/OIT, decidir sobre a adequação da espécie à hipótese de competência contida no artigo 109, inciso XI, da Constituição.

Oportuno realçar, em arremate, 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 artigo 109, inciso IV, da Constituição. Essa 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.

Sobre infrações penais praticadas em detrimento de interesse da União, o Ministro Dias Toffoli, nos autos da ACO 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

¹⁰“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; [...].”

¹¹“Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”.

¹²“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”.

interesse” (Competência da Justiça Federal. 6. ed., Curitiba: Juruá, 2002, p. 360) [...].¹³.

Logo, deve ser reconhecida a competência da Justiça Federal para apreciar o feito, em decorrência da interpretação sistemática dos arts. 109, incisos IV, IX e XI, e 231, ambos da CF, cumulado com o art. 6º do CP.

Com essas considerações, voto pela não homologação do declínio de atribuição ao MPE e pela designação de outro membro do MPF para dar prosseguimento à persecução penal.

Remetam-se os autos ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Amazonas, para cumprimento, cientificando-se o Procurador oficiante, com as homenagens de estilo.

Brasília/DF, 18 de fevereiro de 2016.

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho
Subprocurador-Geral da República
Suplente – 2ª CCR

/GCVV

¹³(ACO 1457, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 13.05.2010, publicado em DJe-091 DIVULG 20.05.2010 PUBLIC 21.05.2010).