

RELATÓRIO

EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ (RELATOR):

Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença de fls. 258/266, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto Wellington Cláudio P. de Castro, que condenou o réu LUÍS COSTA GUAJAJARA nas penas do artigo 157, § 3º, **in fine**, do Código Penal.

O Ministério Público Federal opôs embargos de declaração os quais foram acolhidos pelo MM. Juiz sentenciante, passando o dispositivo da sentença ter a seguinte redação:

*“ANTE O EXPOSTO, julgo parcialmente procedente a Denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal para condenar LUÍS COSTA GUAJAJARA nas penas do artigo 157, § 3º, **in fine**, do Código Penal, absolvendo-o com relação ao crime de roubo qualificado pelas circunstâncias previstas no art. 157, § 2º, I e II, do mesmo Diploma.*

A regra repressora incidente ao caso oferta como parâmetros quantitativos da pena privativa de liberdade o mínimo de 20 (vinte) e o máximo de 30 (trinta) anos de reclusão.

Levando em consideração as características pessoais do Réu, um silvícola semi-adaptado ao convívio social (fora da sua comunidade), invoco, porque pertinente, o princípio da proporcionalidade, que tem por conteúdo os da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: ‘a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus’.

Incorporados, ainda, os postulados do direito penal mínimo, no que pertine à despenalização (= negação das penas desproporcionais).

Firme nas diretrizes do CP 59: culpabilidade comprovada, primariedade presumida; sua má conduta na sua comunidade, segundo se apurou na instrução; o emprego de violência à pessoa; as consequências drásticas do crime, visto que houve a ceifa de uma vida; atento, ainda, às considerações acima sumariadas e porque suficiente para reprimir e prevenir o crime sem pretender imiscuir-me na atividade do legislador, fixo a pena-base em 12 (doze) anos de reclusão (o que corresponde à pena mínima do homicídio qualificado), tornando-a definitiva à míngua de atenuantes ou agravantes, aumento ou diminuição de pena a considerar” (fls. 264/266).

Em seu recurso, o Ministério Público Federal pede, em síntese, a reforma da sentença de 1º Grau para que o réu LUIS COSTA GUAJAJARA seja também condenado pelo crime de roubo qualificado, bem como seja considerado o acréscimo previsto no concurso ideal (artigo 70 do Código Penal).

O apelado ofereceu contra-razões às fls. 277/284.

Nesta instância, o Procurador Regional da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ (RELATOR):

Eis o teor do requerimento ministerial iniciando o feito:

“O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo Procurador da República infra-assinado, usando atribuições de seu mister, vem oferecer DENÚNCIA contra:

1. LUÍS COSTA GUAJAJARA, também conhecido por SILVÉRIO COSTA GUAJAJARA, vulgo ‘SILI’, brasileiro, silvícola, lavrador, natural de Amarante-MA, com 26 anos de idade, filho de Luis Maracanã e Maria Eva, residente na aldeia Canudal, município de Amarante-MA;

2. ELIEZER COSTA GUAJAJARA, brasileiro, silvícola, solteiro, lavrador, natural de Amarante/MA, com 21 anos de idade, filho de Luis Costa Guajajara e Maria Eva Guajajara, residente na Aldeia Canudal, município de Amarante-MA;

3. ALIOMAR COSTA GUAJAJARA, (irmão de Eliezer Costa Guajajara), brasileiro silvícola, solteiro, lavrador, filho de Luis Costa Guajajara e de Maria Eva Guajajara, residente na Aldeia Canudal, no município de Amarante/MA, por terem praticado a seguinte

CONDUTA TÍPICA:

No dia 20 de junho de 1999, por volta das 04:30 horas, transitavam pelas proximidades da Rádio Nativa nesta cidade, a vítima fatal JEAN ROBERTO DE MORAES, acompanhada de seus amigos Adivan da Silva e Lindomar Castilho de Souza, cada um com uma bicicleta, quando foram surpreendidos pelos três denunciados, que saindo de um matagal, armados de uma faca, portada por Luis Costa também conhecido por Silvério Costa Guajajara, vulgo ‘sili’, e por pedaços de madeira, portados por Aliomar e Eliezer, anunciaram que se tratava de um assalto, determinando às vítimas que entregassem as bicicletas.

As vítimas, diante da grave ameaça, temendo por suas integridades físicas, entregaram as bicicletas que conduziam aos acusados, que ato contínuo, adentraram à ‘Casa do Índio’ conduzindo as mesmas no que foram seguidos pelas vítimas, nesse momento, os acusados passaram a desferir golpes com os pedaços de madeira que portavam contra as vítimas, tendo produzido lesões no braço de Adivan da Silva e vendo-se em desvantagem, Adivan e Lindomar empreenderam fuga, pulando o muro, entretanto, Jean Roberto de Moraes não conseguiu fugir dos acusados, tendo sido agarrado por Eliezer e Aliomar, momento que Luis Costa (também conhecido com Silvério), vulgo ‘Sili’, desferiu um golpe de faca tipo peixeira, (apreendida às fls. 6-apenso), no mamilo esquerdo de Jean, produzindo o ferimento descrito no laudo de exame cadavérico de fls. 31/33, que foi causa eficiente da morte da vítima Jean Roberto de Moraes.

Após produzir os ferimentos na vítima Jean Roberto, Luis Costa (ou Silvério) e Aliomar Guajajara empreenderam fuga, enquanto Elieser Costa, em virtude do estado de embriaguez alcoólica foi dormir na própria ‘Casa do Índio’, enquanto a vítima ainda agonizava.

Ao amanhecer o dia, o cacique Guajajara Itamar de Souza encontrou o acusado ‘Sili’ na casa do índio Zé Maria, ocasião que

'Sili' lhe apresentou a faca do crime dizendo-lhe 'Acabei de Arranhar um', com ares de deboche, segundo a testemunha Itamar.

CAPITULAÇÃO:

Assim agindo, os denunciados estão incursos nas penas do art. 157, § 3º, segunda parte (latrocínio consumado) c/c art. 29 ambos do Código Penal, em relação à vítima Jean Roberto de Moraes, e incursos nas penas do art. 157, § 2º, incisos I e II, em relação ao roubo praticado contra as vítimas Adivan da Silva e Lindomar Castilho Sousa.

REQUERIMENTO:

*Isso posto, requer o **dominus litis**, seja a presente denúncia recebida, citando-se os acusados para que compareçam ao interrogatório e demais atos processuais, sob pena de revelia, prosseguindo-se nos ulteriores termos da ação penal, que esperava ver, ao final, julgada procedente" (fls. 03/04).*

Examinando-a, o magistrado julgou parcialmente procedente a denúncia, para declarar o réu como incurso do artigo 157, § 3º, **in fine**, do Código Penal, absolvendo-o com relação ao crime de roubo qualificado pelas circunstâncias, condenando-o à pena de 12 (doze) anos de reclusão.

Não merece prosperar a sentença **a quo**.

Com efeito a Constituição Federal estipula a competência da Justiça Federal para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas (art. 109, inc. XI), o que não se aplica ao presente caso, em que se discute a prática de crime contra o patrimônio, cometido por silvícola.

A matéria restou pacificada no Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula nº 140, do seguinte teor:

"Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima".

Na esteira dessa jurisprudência sumulada tem sido a orientação desta Corte, **verbis**:

"PROCESSUAL PENAL. CRIME COMETIDO POR (OU CONTRA) ÍNDIO. COMPETÊNCIA.

1.A tutela que a Constituição Federal (art. 231) e a lei (Lei nº 6.001/73 - arts. 7º e 8º) reservam à União, em relação aos indígenas, é de natureza civil e não criminal (STF - HC nº 79.530/PA). O crime contra a pessoa, vitimando silvícola, não traduz "disputa sobre direitos indígenas", em ordem a fixar a competência do foro federal.

2."Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou como vítima." (Cf. Súmula nº 140 - STJ.)

3.Improvemento do recurso."

Do voto do eminente Relator, Des. Olindo Menezes, vale transcrever os seguintes trechos:

"... O recurso versa questão polêmica, sem nenhuma dúvida, mas, na minha visão, a exegese mais técnica é a esposada pela decisão

recorrida. Quando a Constituição Federal menciona “a disputa sobre direitos indígenas”, como sendo da competência da Justiça Federal (art. 109, inciso XI), fá-lo para abranger as questões surgidas em torno da cultura dessas comunidades, envolvendo sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, e sobretudo as questões fundiárias das suas reservas, pois os índios têm direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (art. 231).

Nesse rol não está compreendido o crime de homicídio praticado contra um indígena, ou por um indígena, mesmo contra outro indígena, pois não se trata de “disputa sobre direitos indígenas”.

Não vale o argumento de que existe na cena o interesse da União, ou mesmo uma ofensa a serviço que preste, através da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, pois, como recentemente entendeu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 79.530/PA, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 16/12/99, é de natureza civil, e não criminal, a tutela que a Constituição cometeu à União em relação aos indígenas, não podendo ser confundida com o dever do Estado de proteger a vida e a integridade física dos índios, não restrito a estes, posto ser extensivo a todas as pessoas.(Cf. DJ 25/02/00, p. 53.)

Portanto, um crime cometido por um índio -- os indígenas, mesmo não-integrados, não são inimputáveis criminalmente (Lei nº 6.001, de 19/12/73 - art.56) --, ou contra um índio, não traduz infração em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas, devendo o processo e o julgamento ser feito pela justiça comum estadual, como também destacou o citado precedente.

Há precedentes mais antigos da Corte Maior entendendo ser competente a Justiça Federal para julgar os feitos relativos a infrações penais cometida por ou contra indígenas, por competir à União a tutela dos índios, e que a disputa sobre direitos indígenas começa pelo direito à vida, mas, nos termos do precedente mais recente, acima citado, se a questão por vista pelo viés do direito à vida, a Justiça Federal terminaria por ter o monopólio da competência criminal nesses crimes, pois a proteção do direito à vida, a cargo do Estado, diz respeito a todos os cidadãos, não ficando restrita aos indígenas. ...”

Nesse sentido, é a jurisprudência desta Corte:

“Nº do Processo: RCCR 95.01.28672-0 /MT ;

RECURSO CRIMINAL

Relator: JUÍZA ELIANA CALMON (117)

Órgão Julgador: QUARTA TURMA

Publicação: DJ 15 /02 /1996 P.7651

Ementa

PROCESSO PENAL - COMPETENCIA - INDIO - HOMICIDIO (ART. 109, IV E 231 DA CF).

1- Os crimes em que figura silvícola como sujeito ativo ou passivo são processados e julgados pela Justiça Estadual.

2- Entretanto, quando o delito deriva de disputa de terras, pelo interesse da UNIÃO, passa à esfera de competência da Justiça Federal (precedentes do STF).

3- Recurso provido.

Data Decisão 18 /12 /1995.”

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1999.37.01.000848-0/MA

fls.6/9

"Nº do Processo: ACR 2000.01.00.030360-7 /RR ;

APELAÇÃO CRIMINAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO
AMARAL (308)

Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA

Publicação: DJ 31 /05 /2002 P.77

Ementa

HOMICÍDIO COMETIDO POR INDÍGENAS - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL : SÚMULA 140 DO STJ - SENTENÇA ANULADA (ART. 113, § 2º, DO CPC). PREJUDICADA A APELAÇÃO.

1. "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima." (SÚMULA nº 140 do STJ de 24 MAI 1995).

2. Não se dando o crime em razão da condição de índio ostentada pelos réus, afasta-se, pois, a competência da Justiça Federal para julgá-lo.

3. Precedentes: (STJ, CC 21.968/MG, Rel. Min. VICENTE LEAL, S3, ac. un., DJ 18/12/98, p. 287; CC 21.275/MS, Rel. Min. GILSON DIPP, S3, ac. un., DJ 17/02/1999, p. 116)

4. DECLARADA incompetente a Justiça Federal para processar e julgar os recorrentes. ANULADA a sentença e REMETIDOS os autos à Justiça Comum do Estado de Roraima (Vara Criminal de Boa Vista). PREJUDICADA a apelação.

5. Peças liberadas pelo Relator em 07 MAI 2002 para publicação do acórdão.

Data Decisão 07 /05 /2002".

"Nº do Processo: RCCR 2000.30.00.001085-4 /AC ;

RECURSO CRIMINAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI
SABO MENDES (347)

Órgão Julgador: QUARTA TURMA

Publicação: DJ 12 /06 /2003 P.81

Ementa

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. INDÍGENAS. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A Justiça Federal somente será competente para processar e julgar crimes em que se evidencie a existência de efetiva disputa sobre direitos indígenas, nos moldes em que previsto no art. 231, da Constituição Federal, não bastando, para tanto, o mero envolvimento

de indígenas, seja como sujeito ativo, seja como sujeito passivo do delito. Aplicação da Súmula nº 140, do eg. Superior Tribunal de Justiça.

2. Competência da Justiça Estadual.

3. Recurso desprovido.

Data Decisão 20 /05 /2003."

"Nº do Processo: ACR 1997.42.00.001844-2 /RR ;

APELAÇÃO CRIMINAL:

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PLAUTO RIBEIRO (116)

Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA

Publicação: DJ 06 /12 /2002 P.102

Ementa

CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. CRIME COMETIDO POR INDÍGENA CONTRA INDÍGENA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA Nº 140 DO STJ.

SENTENÇA ANULADA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA POR JUIZ FEDERAL ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO PELO JUÍZO ESTADUAL COMPETENTE. APELAÇÃO PREJUDICADA.

1 - "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima" (cf. Súmula nº 140 - STJ).

2 - **In casu**, o silvícola foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), do Código Penal, cometidos mediante violência real e graveameaça, contra criança, também indígena, em moradia igualmente indígena, o que afasta a competência da Justiça Federal, por não se tratar, evidentemente, de "disputa sobre direitos indígenas",

consoante estabelece o artigo 109, inciso XI, da Constituição Federal.

3 - Sentença anulada.

4 - O artigo 567, do Código de Processo Penal, dispõe que, in verbis:

"A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente" (cf. art. cit.).

5 - Contudo, na linha do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, na hipótese, não há razão para desconstituir decreto de prisão preventiva, proferido por Juiz Federal incompetente, sem que, antes, seja o feito submetido ao Juízo Estadual competente para o exame da causa, que poderá, se assim entender, ratificar os atos judiciais praticados no curso da ação penal.

6 - Precedente deste Tribunal.

7 - Apelação prejudicada.

Data Decisão 29 /10 /2002."

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, sobre a matéria, também vem decidindo, conforme se infere das ementas abaixo colacionadas:

"RHC **9511** / MA ;

RECURSO ORDINARIO EM **HABEAS CORPUS**: 2000/0002177-6

Fonte; DJ DATA:10/04/2000 PG:00130

LEXSTJ VOL.:00131 PG:00292

Relator

Min. FERNANDO GONÇALVES (1107)

Ementa

RHC. SÚMULA 140-STJ. CRIME PRATICADO POR SÍLVICOLA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A súmula não guarda caráter vinculativo, servindo, antes, como uma diretriz, um norte para o Tribunal. De qualquer forma, a adequação do fato ao enunciado, recomenda, por disciplina intelectual, o seu acatamento.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1999.37.01.000848-0/MA

fls.8/9

2. De acordo com a súmula 140 do STJ, compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.

3. RHC improvido.

Data da Decisão

14/03/2000.”

“CC **33303** / TO;

CONFLITO DE COMPETENCIA 2001/0125759-9

Fonte

DJ DATA:02/09/2002 PG:00145

Relator

Min. FONTES DE ALENCAR (1086)

Ementa

PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CRIME PRATICADO POR SILVÍCOLA.

- Súmula 140 do Superior Tribunal de Justiça.
- Inexistência, no caso, de disputa sobre direitos indígenas.
- Competência da Justiça estadual.

Data da Decisão

14/08/2002”.

Esse, também, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, **in verbis**:

“RE 282169/MA – MARANHÃO

Recurso Extraordinário.

Relator(a): Min. Moreira Alves

Julgamento: 13/03/2001 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ Data 04/05/01 PP-00039

EMENTA: Homicídio e ocultação de cadáver contra índio fora de reserva indígena.

Competência para processá-los e julgá-los. Ambas as Turmas desta Corte são concordes no sentido de que, quando se tratar de crime cometido contra índio fora de reserva indígena, como sucede no caso presente, a competência para processá-lo e julgá-lo é da Justiça Comum Estadual e não da Federal. Precedentes – Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido.”

“HC 81827 / MT - MATO GROSSO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA

Julgamento: 28/05/2002

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ DATA-23-08-2002 PP-00115 EMENT VOL-02079-02 PP-00232

Ementa

HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO. ACUSADOS: ÍNDIOS. DELITO COMUM. AUSÊNCIA DE DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. O deslocamento da competência para a Justiça Federal, na forma do inciso XI do artigo 109 da Carta da República, somente ocorre quando o processo versa sobre questões ligadas à cultura indígena e aos direitos sobre suas terras. 2. Homicídio em que os acusados são índios. Crime motivado por desentendimento momentâneo, agravado por aversão pessoal em relação à vítima. Delito comum

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1999.37.01.000848-0/MA

fls.9/9

isolado, sem qualquer pertinência com direitos indígenas. Irrelevância do fato ter ocorrido no interior de reserva indígena. Competência da Justiça Estadual. Ordem indeferida.”

Ante o exposto, declaro, de ofício, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, anulando todos os atos decisórios, para determinar a remessa dos presentes autos à Justiça do Estado do Maranhão, julgando prejudicada a apelação.

Deixo de expedir alvará de soltura, porquanto a prisão do acusado se deu por flagrante delito, consoante leciona Fernando da Costa Tourinho Filho:

*“A prisão em flagrante, a rigor, é mero ato administrativo, levado a cabo (...) **pela Polícia Judiciária**, incumbida que é de zelar pela ordem pública. **Mesmo quando levada a cabo por particulares ou pelo próprio Juiz, não perde o caráter de ato administrativo**” (grifei).*

(in ‘Prática de Processo Penal’, pg. 34, 14ª ed., Saraiva, 1992).

A propósito, o eminente Ministro Octávio Gallotti assim decidiu:

“ – Sendo o auto de flagrante um ato administrativo, despido de conteúdo decisório, não se pode reputá-lo desconstituído pelo fato de haver sido instaurada a ação penal perante magistrado incompetente. Precedente do Supremo Tribunal: HC 69.509, DJ 12-3-93” (HC nº 70043-8/SP, in DJ de 17/09/93).

É o voto.