

A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas.

Manoel Lauro Volkmer de Castilho
Juiz do TRF 4ª Região

Introdução

Desde que a Constituição de 1988 estabeleceu no seu artigo 109, inciso XI, que é da competência dos Juízes Federais, *processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas* várias têm sido as dificuldades em definir teoricamente as hipóteses em que tais *disputas* caracterizam efetivamente casos concretos de competência da Justiça Federal.

Percorrendo os termos da disciplina *geral* do artigo 109 da Constituição percebe-se que o regime da competência jurisdicional federal se orienta a) pela existência de *causas* envolvendo o interesse da União ou entidades de sua administração como autoras, rés, assistentes ou oponentes, b) pela ocorrência de *crimes* em detrimento dos seus respectivos interesses e aqueles previstos em leis especiais ou tratados e a bordo, ou c) nas hipóteses de *ações específicas (mandado de segurança, habeas data, execução de carta rogatória e sentença estrangeira, ações de nacionalidade e habeas corpus)*.

Quando se trata dos direitos indígenas, no entanto, *ressalvado o interesse da União*, a competência se define tão só pela existência de *disputa* sobre eles e essa é uma circunstância decisiva tanto para a adequada compreensão quanto para a exata aplicação do preceito. É que a jurisprudência tem sido generosa na definição de *causa* e de *crime* para os efeitos da definição da competência de jurisdição, mas não tem sido suficientemente cuidadosa em assentar o conteúdo preciso do conceito de disputa.

Diz-se que há *causa* quando há lide ou pretensão resistida de porte a significar uma questão entre partes capazes e interessadas cujo deslinde exija a participação do poder jurisdicional do Estado através da atuação do Juiz. Em outros termos, existe causa quando é essencial para o desate da controvérsia de interesses jurídicos antagônicos a ação da jurisdição, de tal modo que aquela que esteja submetida à jurisdição puramente administrativa ou que a lei ou os fatos não revistam de importância que mereça solução via da jurisdição judicial não será considerada causa para efeito dessa previsão constitucional¹.

Do mesmo modo, é *crime* – isto é, entidade de natureza penal - o comportamento da pessoa física ou jurídica que ofende uma objetividade jurídica penalmente protegida que a lei penal descreva como crime, seguindo-se daí logicamente que são da competência judiciária criminal as condutas que a lei (federal) definir como crime.

A causa civil e a causa penal (o crime) recebem portanto tratamento e iluminação especial tanto da doutrina como da lei que os disciplinam, o que facilita a identificação dos seus respectivos fenômenos, caracterizados sempre

¹ “A expressão **causa**, na realidade, designa qualquer procedimento em que o Poder Judiciário, desempenhando a sua função institucional típica, resolve ou previne controvérsias mediante atos estatais providos de “**final enforcing power**”. É-lhe *ínsita* – enquanto estrutura formal em cujo âmbito se dirimem, **com carga de definitividade**, os conflitos suscitados – a presença de um ato decisório **proferido em sede jurisdicional**” (Agravo de Instrumento 424.238-4/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 06.02.2003, p. 89; os grifos são do original).

no primeiro caso pela existência de controvérsia ou litígio e no segundo pela prévia definição legal.

Nem a Constituição nem a lei, todavia, têm uma disciplina clara para definir a *disputa* como categoria jurídico-constitucional capaz de diferenciá-la de causas e crimes, sendo necessário construir (ou reconstruir) o conteúdo dessa cláusula a partir da interpretação do conjunto do sistema constitucional geral e particularmente da do sistema constitucional específico dos direitos indígenas.

Do conceito de disputa.

Se disputa, em sentido vulgar ou comum significa altercação, briga, rixa, contenda, discussão, debate ou contestação consoante o dicionário, no sentido constitucional pode abranger causa e crime como resulta evidente, mas pode também estender seu alcance para além desses territórios, quer porque de fato tenha sido esse o propósito da Constituição quer porque assim possa ser compreendido por uma sistemática interpretação dela, levando o intérprete e o aplicador a, por um ou outro motivo, obrigar-se à reflexão sobre esse conceito diferenciado.

Com efeito, do ponto de vista do direito comum ordinário não se recolhe nenhuma colaboração suficiente e capaz de reduzir a conceito unívoco o conteúdo dessa categoria pois que os estudiosos não se ocuparam da sua definição técnica aparentemente só agora introduzida na Constituição, de tal modo que *disputa* há de ser alguma coisa cuja feição e razão tenham de ser então buscadas na lógica do quotidiano ou no consolidado senso comum das pessoas muito mais do que no rigor da dogmática jurídica.

Mas, esse conceito de disputa, como categoria constitucional que se relaciona com direitos indígenas e que deles recebe necessariamente a inspiração do seu respectivo regime jurídico, terá além disso de reconstruir-se também a partir da lógica de suas características essenciais, o que significa dizer que a disputa que a Constituição contempla no inciso XI do artigo 109 é mais do que uma disputa porque é uma disputa sobre direitos indígenas, não se podendo nunca deixar de ter em conta essa qualidade e essa perspectiva específica toda vez que se tiver de manejar seu conceito.

Nessa linha, não é essencial para a existência de uma disputa sobre direitos indígenas, a apuração de interesse *jurídico* (na acepção processual clássica). Também não parece fundamental que se identifique uma pretensão resistida ou que as partes sejam processualmente capazes, ou que o objeto da demanda seja lícito, tudo sugerindo - ao contrário - a desnecessidade da comprovação escrupulosa de requisitos lógico-formais abstratos como pressupostos para o reconhecimento de uma disputa sobre direitos indígenas. Esses deverão ser objeto dessa proteção jurisdicional independentemente de outros requisitos justo porque a Constituição ao referir-se a disputa sem ressalvas quis assentar que *qualquer* disputa envolvendo direitos indígenas ficasse sob o exame da jurisdição federal.

Aliás, parece necessário deixar claro que as disputas sobre *direitos* dos indígenas, referidas no art. 109, XI da Constituição, têm de ser entendidas como relacionadas, ou mesmo abrangendo, também as disputas sobre *interesses* dos indígenas, visto que, cabendo ao Ministério Público "*defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas*" (art. 129, V, CF), a interpretação conjugada dos dois preceitos leva à conclusão de que não só os *direitos* mas igualmente os *interesses* dos indígenas devem ser

protegidos perante a jurisdição federal, entregue pois ao Ministério Público Federal a co-legitimação respectiva. A Lei Complementar n.º 75, de 1993, reforça esse entendimento pois contém disposição² convergente ao estabelecer que cabe ao Procurador da República o exercício da ação em favor dos indígenas, resultando daí que, conquanto nada registre o texto constitucional, a comissão do artigo 129, V, só pode ser entendida como entregue aos órgãos do Ministério Público Federal. Essa conclusão, de resto, vai no mesmo rumo da que se extrai da interpretação sistemática do art. 231, da CF, que atribui à União, em várias passagens, a responsabilidade pela proteção dos direitos e interesses dos índios, o que, *na falta*, autoriza a atuação do Ministério Público, o qual só pode ser de nível federal. Pela mesma razão, a regra do art. 232 da CF deve ser lida com essa extensão³.

Assim, quando a Constituição utiliza a expressão “disputa sobre direitos indígenas” em verdade está referindo disputas sobre direitos ou *sobre interesses indígenas* que, assim identificadas, devem ser examinadas na jurisdição federal.

Ora, não parece pender muita dúvida de que essa orientação tenha prevalecido no que diz respeito às causas (e eventualmente disputas) de natureza *civil* envolvendo indígenas, porque é admitida pela jurisprudência a atuação dos órgãos do Ministério Público Federal na defesa dos direitos e interesses das populações indígenas e, por conseqüência, assim se firma a competência da Justiça Federal tanto pela condição da parte (MPF e obviamente a União, na forma do art. 109, I), quanto, muito mais, em razão da matéria (art. 109, XI)⁴.

Vale lembrar que de acordo com a lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, cumpre à União (e aos Estados e Municípios, nos limites de sua competência) as iniciativas de defesa dos interesses dos índios (arts. 2º e 20 e §§) bem como a sua prévia audiência em caso de demanda contra indígenas ou comunidades indígenas (art. art. 36, § único). A lei embora tenha atribuído ao órgão federal de assistência ao índio “*a defesa judicial e extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas*” (art. 35), no entanto também assentou que “*compete à União adotar as medidas administrativas ou propor, por intermédio do Ministério Público Federal*”, as medidas judiciais

² De acordo com a Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993, a lei orgânica do Ministério Público da União, compete ao MPU (art. 6º, VII, “a”) promover ação civil pública para a proteção dos interesses das comunidades indígenas e das minorias étnicas e defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas. No art. 37, II, está que ao MPF cabe exercer suas atribuições em qualquer instância ou juízo e em qualquer causa de interesse dos índios. Assim, embora o MPU seja também integrado pelos demais ramos do ministério público (MPT, MPM e MPDFT), é exclusivamente ao MPF que toca a defesa geral dos interesses dos índios e à Justiça Federal a respectiva competência de jurisdição, do mesmo modo que ao cabe ao Ministério Público do Trabalho - perante a Justiça do Trabalho - a ação em defesa dos direitos trabalhistas dos índios (art.83, V).

³ A defesa judicial dos direitos e interesses dos índios parece obrigatória posto que, incluída entre as atribuições do MPU/MPF, constitui na verdade um ônus institucional bastando a verificação da lesão ou prejuízo das populações indígenas para a exigibilidade dessa providência.

⁴ A jurisprudência dos tribunais, no que pertine às causas civis, tem invariavelmente acolhido a competência federal, servindo de referência perfeita o RE 183.188-0/MS, Rel. Celso de Mello, 1ª Turma, j, 10/12/1996, DJ. 14/02/1997, e (embora versando caso criminal) o julgado no HC 79.530/PA inframencionado.

⁵ A expressão “*por intermédio*” soa incompatível com a atual organização constitucional do MP, mas a redação da lei é anterior à Constituição de 1988 e, ao tempo, cabia ao MPF tanto a

adequadas à proteção da posse dos silvícolas sobre as terras que habitem”(art. 36, *caput*).

Tais disposições, em si mesmas hoje algo desatualizadas, por certo não conflitam com a prerrogativa constitucional moderna do Ministério Público e pelo contrário antes com ela se afinam na defesa mais completa dos interesses e direitos dos indígenas, sendo razoável além disso compreender nessa atribuição – por força do art. 231, CF - não só a defesa das terras mas igualmente dos demais direitos derivados de seu estatuto constitucional. Assim, não há dúvida de que as demandas de natureza *não penal* envolvendo indígenas serão apreciadas pela Justiça Federal.

Quando a disputa é conseqüência de comportamentos criminosos - *sempre ressaltados os casos de crimes contra os índios (p. ex. arts. 58 e § único, e 59, da Lei n.º 6.001/73) hipótese que parece de manifesta competência federal pois que os bens atingidos merecem a obrigatória proteção da União*⁶ - muitos julgados têm dito que em caso de *crime praticado por índio* não é possível lançar mão do mesmo argumento.

A Lei n.º 6.001/1973 não tem disposição sobre o tema senão a que dispensa ao índio tratamento especial na aplicação da pena (art. 56 e § único) e então revela-se capital identificar a abrangência desses direitos ou interesses, para identificar a existência ou não uma disputa sobre direitos indígenas.

Convém antes, porém, afastar a idéia equivocada - que se construiu à sombra da noção de tutela e de integração (a terceira categoria do art. 4º da Lei n.º 6.001/73) - de que os interesses dos índios serão preservados pela União e seu órgão federal de assistência *conforme o seu grau de adaptação*. É que se é de fato possível pela lei reconhecer a existência de diferentes níveis de “integração”⁷ não é menos certo que esse é constitucionalmente um critério insuficiente para a dispensa da atuação da União e do Ministério Público, quando nada porque a Constituição e a própria lei protegem a cultura, crenças, tradições e valores cuja intocabilidade independem do grau de integração.

Nessa linha, a despeito de significativa jurisprudência (muita dela anterior à Constituição de 1988) rejeitando a competência federal por que o índio infrator já se encontrava integrado, parece possível a reconstrução do tema por viés diferente, pois não é apenas a condição de tutelado ou assistido nem o maior ou menor grau de imputabilidade que justificam a competência federal senão a existência dos valores previstos no art. 231 e sua necessária proteção.

Da abrangência do conceito de direitos e interesses indígenas.

A dificuldade que tem surgido diz respeito à competência na área criminal, pois que não há disciplina legal com explícita referência aos crimes

defesa da União como o exercício do ministério público.

⁶ Com efeito, também quanto aos índios ditos integrados (aos demais, isolados ou em vias de integração, isso é inquestionável pela letra do art. 7º, *caput*) se deveria reconhecer a tutela judicial da União e do MP pois garante-se a eles a conservação “dos usos, costumes e tradições característicos de sua cultura” (art. 4º, III) os quais deverão ser legalmente (art. 6º) e, por óbvio constitucionalmente, respeitados.

⁷ A expressão tem um certo sabor etnocêntrico pois reduz o estado de capacidade do indígena a uma equação simplificada para enquadramento na ordem jurídica “branca” quando nem sempre a integração de acordo com os padrões da nossa civilização reflete o real abandono pelo índio das condutas que caracterizam o ser indígena. Noutros termos, ontologicamente o indígena não desaparece só por se integrar na civilização.

praticados pelos ou contra os indígenas⁸, como violação de direito ou interesses de indígenas. Dito de outro modo, a questão é saber se um crime contra um índio ou praticado por um índio, dentro ou fora de Terra Indígena (muitos julgados ainda se referem a reserva), constitui para os efeitos do art.109, XI CF, uma disputa sobre direito indígena.

A disputa sobre direitos ou interesses indígenas, na ausência de um conteúdo técnico-jurídico preciso, como parece intuitivo, terá de ser definida a partir do conteúdo material dos fatos a que se referir. Mostra-se no entanto razoável sustentar que a verdadeira visão dos direitos e interesses indígenas só pode ser obtida pela adequada interpretação dos artigos 231 e 232 da CF, cuja função e redação no texto fundamental revelam que foi instituído um *regime jurídico constitucional próprio dos indígenas* a que, por sua vez, devem obediência os textos legais de hierarquia inferior. É assim a partir da interpretação e aplicação dos princípios desses dois preceptivos que se haverá de interpretar, na seqüência, as leis e normas infraconstitucionais, sempre desprezadas a interpretação ou jurisprudência que resultar em negação ou diminuição dos propósitos contidos no mencionado Capítulo VIII do Título VIII da Constituição de 5 de outubro de 1988.

Visto desse modo, tudo o que se tiver de sustentar a respeito dos direitos ou interesses indígenas deve ser lido, pensado e compreendido necessariamente nessa perspectiva constitucional, para daí então se extrair as demais conseqüências decorrentes. Em outros termos, revela-se essencial a exata compreensão desse regime jurídico em toda a sua extensão, como pressuposto fundamental para a correta inteligência da norma constitucional, e para tanto é preciso primeiro entender o que estabeleceu a Constituição para depois averiguar se a lei e a jurisprudência vão no mesmo sentido.

A cabeça do artigo 231 diz: “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.”.

De acordo com o legislador constitucional a expressão *são reconhecidos aos índios* significa dizer que antes desse regime outorgado pela lei máxima já dispunham os índios de direitos decorrentes de fatos, circunstâncias ou regras diversas e até fora daqueles da própria Constituição. Em termos jurídicos, reconhecer⁹ é admitir a existência de direitos ou efeitos jurídicos precedentes e uma autolimitação do seu próprio direito em face do de outrem. Assim, quando a lei constitucional reconhece aos índios a existência de determinado fato e seus efeitos jurídicos, reconhece *ipso iure*, contra os não índios, as limitações inversas e logicamente correspondentes, constituindo esse o elemento básico em qualquer interpretação orientada nessa

⁸ Como referido, na Lei n.º 6.001/73, os crimes contra o índio e sua cultura são previstos no art. 58, que na verdade capitula somente casos de crime contra a sua cultura (escarnecer de cerimônia; utilizar índio como objeto de propaganda; propiciar uso ou disseminação de bebida alcólicas) enquanto que no art. 57 - condenação de índio – a disciplina não passa do regime de aplicação e cumprimento da pena. Mas é certo que os crimes contra os índios – individual ou coletivo – ofende claramente interesses indígenas e da União, sendo indiscutível a competência federal.

⁹ Segundo De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, vol. IV, Forense, 1063, p. 1308, “reconhecimento...é o vocábulo empregado, em linguagem jurídica, em várias acepções, todas elas, em verdade, trazendo a significação de *afirmação* ou de *confirmação*, acerca dos fatos reconhecidos”.

perspectiva, isto é, a Constituição brasileira desse modo reconhece a existência de uma verdadeira *constituição índia*.¹⁰

Esse reconhecimento manifestado pelo constituinte refere-se aos *índios*, cabendo ter por certo que índio, para o direito brasileiro, não é só aquele nacional descrito na legislação infraconstitucional como tal¹¹, mas também todo aquele que pela expressão constitucional dos arts. 231 e 232 reúna características juridico-antropológicas que como tal o identifiquem. Em outros termos, índio não é só aquele que a definição legal identifica senão também os que são reconhecidos pelos integrantes de sua comunidade e os que, por sua organização social, costumes, tradições e crenças, possam assim ser identificados¹².

Nessa linha, *organização social, costumes, línguas, crenças e tradições* são fatos que recebem do direito constitucional brasileiro tratamento absolutamente fundamental e diretamente derivado dos achados antropológicos. Quer dizer, o intérprete constitucional não tem como definir essas categorias sem antes receber da arqueologia, da antropologia, da etnosociologia e da história a verificação dessa condição, visto não caber ao jurista ou ao Direito estabelecer quando existe organização social entre os índios, ou o quê e quando constituem, e qual dimensão têm os seus costumes, crenças e tradições, do mesmo modo quanto saber se sua língua é ou não própria, ou se é ou não autônoma ou são ou não identificáveis seus costumes e crenças.¹³

Essa é, aliás, também uma importante ressalva metodológica pois é sabido que os “índios” se repartem em inúmeros grupos de origem, organização social, crenças e costumes por vezes bem diferenciados, por toda a extensão do território brasileiro e até mesmo estendendo-se para fora dele, sendo descabido emprestar-lhes conceito apriorista e incorreto pressupor-lhes comportamentos comuns quando a verificação disso não estiver cientificamente demonstrada¹⁴.

¹⁰ A Conferência Geral da OIT editou a Convenção n.º 169, aprovada em 27 de Junho de 1989, designada como “Convenção sobre os povos indígenas e tribais” que reafirma tais direitos.

¹¹ A Lei n.º 6.001/73 define índio ou silvícola como “*todo o indivíduo de origem pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional*” (art. 3º, I). Essa conceituação é discutível mas tem pelo menos o mérito de consignar que é índio aquele indivíduo que é reconhecido pelos índios como índio também, o que é um bom referencial antropológico.

¹² O conceito de índio para o direito civil tem conteúdo e significado diversos, conforme se pode verificar na consulta aos tratadistas. A título de exemplo, consultar *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* comentado por Clóvis Beviláqua, 4ª edição, vol. I, pp. 186/189, que é o inspirador dos demais, com indicação histórica da disciplina do assunto indígena no âmbito do direito civil. O novo Código Civil estabeleceu, porém, no art.4º, § único, que “*a capacidade dos índios será regulada por lei especial*”, deixando de fora da lei civil o tema e remetendo-o ao legislador ordinário que está a deliberar no Congresso Nacional (PL 2.057/91).

¹³ Trabalho abrangente e interessante sobre esse assunto, está em “*Breves anotações à Constituição sobre o direito indígena*”, Caetano Lagrasta Neto, RT 648/46. É útil a consulta também a “*Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios*”, Dalmo de Abreu Dallari, Rev. Inf. Legislativa n.º 111/315 (ano 28, jul./set.1991) e “*Direito penal indígena*”, Luiz Flávio Borges D’Urso, RT 707/426.

¹⁴ É comum os índios se autodenominarem “parentes” entre si nas suas etnias, mas igualmente com relação a outras, e esse costume pareceria descabido pelas diferenças de localização e distâncias se pesquisas recentes e inovadoras com DNA mitocondrial, recolhido de 25 índios de oito etnias (do extremo norte ao extremo sul do país), não mostrassem que há enorme semelhança entre suas características. Além disso, as amostras, comparadas com exemplares das raças negra, asiática e branca, revelaram franca diferença entre aquelas e estas,

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 jurídicos¹⁵) 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.

Da jurisprudência do STF e do STJ e sua crítica.

Nada obstante essas considerações, a jurisprudência que se vêm consolidando não observa o mesmo rigor e a mesma lógica. Ao contrário, os precedentes têm se orientado pelo caso concreto e pelas circunstâncias próprias do evento criminoso submetido a julgamento, sendo que a lógica das decisões tem atendido a cogitações de senso comum e esquecido a necessária aplicação do “regime jurídico indígena” derivado de suas tradições, crenças, costumes, organização social e direitos originários sobre suas terras que a Constituição formalmente reconheceu e protege.

De fato, a análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal que mais de perto enfrentaram o tema parece mostrar além desse casuismo uma certa indefinição com relação aos fundamentos da competência, quase sempre recusando implicitamente a interpretação abrangente que o texto formal da Constituição todavia sem dúvida suporta.

No *Habeas Corpus n.º 65.912-8 MG*, Relator Ministro Célio Borja, a 2ª Turma do STF, unânime, em 6 de maio de 1988 (DJ 24.06.88), portanto antes da Constituição de 1988 e da vigência da regra do seu art. 109, XI, denegando a ordem, entendeu *competente a Justiça Federal* para apreciar uma ação penal por crime de morte cometido por fazendeiros mineiros contra índios *Xakriabas* (município de Itacarambi/MG). Para tanto valorizou, no voto do Relator do acórdão impetrado (RHC n.º 6.819, no TRF), o fato do crime ter-se dado *dentro* da reserva indígena e ter-se caracterizado como delito contra interesse da União pois que toda a *“ação delituosa praticada em prejuízo da política nacional de proteção ao índio se enquadra na categoria de crimes afetos à*

justificando assim mais uma vez a auto-referência como parentes, conclusão também reforçada pela demonstração de que a vinda para a América, via Estreito de Behring, se deu de uma só vez e não em levas como se supunha (*Revista Pesquisa Fapesp*, edição 77, Julho/2002).

¹⁵ É interessante anotar que o projeto de lei 2057/91, que dispõe sobre o novo Estatuto Indígena, estabelece que as tradições e costumes indígenas e até mesmo a sanção punitiva tribal poderão ser aplicados na repressão de comportamentos delituosos dos índios pelos próprios índios.

competência dos juizes federais como espécie dos crimes cometidos em detrimento de bens interesses e serviços da União...”. À época, a Constituição de 1967 não previa hipótese de competência específica para as disputas sobre direitos indígenas. Mesmo assim o STF reconheceu que a política oficial indigenista ficara prejudicada pelo homicídio de índios por fazendeiros que cobiçavam suas terras. Viu aí o STF uma hipótese de interesse da União porque lhe compete a responsabilidade pela política de proteção dos indígenas.

No *Recurso Extraordinário n.º 179.485/AM*, Relator o Ministro Marco Aurélio, a 2ª Turma do STF, à unanimidade, em 6 de dezembro de 1994 (RTJ 158/736), assentou que no caso de *genocídio* de indígenas a competência era da Justiça Federal porque dentre os direitos protegidos pela cláusula “disputa sobre direitos indígenas” se haveria de compreender logicamente o direito à vida, valendo sublinhar no voto do Min. Néri a anotação de que a Constituição não seguiu “*nem a técnica de menção a ‘causas’, em se referindo a matéria civil, nem a ‘crimes’, em se referindo à matéria criminal...*” e que o conceito de disputa assumia no inciso XI do art. 109 uma conotação própria do sistema constitucional vigente.

No *Habeas Corpus n.º 71.835/MS*, Relator o Ministro Francisco Rezek, a 2ª Turma do STF, por maioria (vencidos Min. Velloso e Néri), em 4 de abril de 1995 (RTJ 161/878), apreciando um caso em que dois índios provocaram a morte de um terceiro *dentro* da reserva em Caarapó/MS, decidiu que a competência era da Justiça Federal pois que – na linha do precedente no RE 179.485/AM e citando trabalho de Cláudio L. Fonteles¹⁶ – teria havido ofensa à vida de índio – que é o caso em que, do modo mais pungente, se disputam direitos e porque “disputa” tem sentido constitucional abrangente. A ressalva dos votos vencidos prendeu-se à consideração de que a morte de um índio por outro *não atenta contra os direitos previstos no art. 231 CF* e por isso não configura “disputa” sobre direitos indígenas (Min. Velloso), assinalando o Min. Néri especialmente que a discussão de tal fato não se poderia conter dentro da cláusula “direitos indígenas”.

No *Recurso Extraordinário n.º 192.473-0/RR*, Relator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa, a 2ª Turma, por maioria (vencidos o Rel. Min. Néri e Min. Velloso), em 4 de fevereiro de 1997 (DJ 29.08.97), julgou caso de homicídio de índio contra outro índio, *dentro* da reserva, em virtude de desentendimento entre parentes após ingestão de bebida alcoólica. O relator sustentara que o homicídio entre índios não figura hipótese de disputa sobre direitos indígenas, sendo estes tão só aqueles do caput do art. 231 CF; já o Min. Rezek reproduziu o entendimento exposto no HC 71.835 e o relator para o acórdão concluiu que devia manter-se a interpretação segundo a qual a ofensa à vida do índio – esta como bem maior – se inclui entre os direitos indígenas (art. 109, XI), para efeito de definição da competência federal de jurisdição.

No julgamento do *Habeas Corpus n.º 75.404-0/DF*, Relator o Ministro Maurício Corrêa, a mesma 2ª Turma do STF, por unanimidade, em 27 de junho de 1997 (Lex 271/313), *entretanto*, apreciando o caso do índio pataxó Galdino - que morreu em decorrência de queimaduras provocadas pelos réus

¹⁶ v. a propósito, o trabalho referido, em Fonteles, Cláudio Lemos. *Os julgamentos de crimes cometidos contra comunidades indígenas pela Justiça Estadual*, in *Os Direitos Indígenas e a Constituição*, coordenadora Juliana Santilli, NDI/SAFE, Porto Alegre, 1993, p. 205)

adolescentes brancos enquanto dormia num abrigo em ponto de ônibus em Brasília/DF – concluiu que a hipótese “*não se identifica com os precedentes, porque aqui não se cogita de genocídio [RE 179.485-2], nem de disputa de terras entre índios ou entre índios e não índios e ainda porque o crime não foi praticado em reserva indígena nem decorreu de conflito relativo a questões indígenas [HC 71835-3].*” O relator retomou a argumentação até então vencida, dos Min. Velloso e Néri, para afirmar que não há aí disputa sobre direitos indígenas porque o fato descrito na denúncia não se compreende nos limites do art. 231 CF. Firmou-se a competência da Justiça comum do Distrito Federal.

Examinando o *Recurso Extraordinário n.º 206.608/RR*, Relator o Ministro Néri da Silveira, outra vez a 2ª Turma do STF, também por unanimidade, em 11 de maio de 1999 (RTJ 170/973), em caso de abuso de autoridade e lesões corporais praticadas por policiais militares contra o índio Damasceno Segundo *no interior da reserva* (próximo à maloca do Gavião em Roraima), entendeu haver violação de direito dos índios além de inequívoco atentado a serviço da União “*em decorrência da proteção devida ao indígena...*”. O Min. Marco Aurélio reiterou sua interpretação abrangente “*considerada a intangibilidade, a higidez do próprio índio*”; os Min. Jobim e Velloso acompanharam a solução porque entendiam violado interesse da União.

No *Habeas Corpus n.º 79.530/PA*, Relator o Ministro Ilmar Galvão, a 1ª Turma do STF, à unanimidade, em 16 de dezembro de 1999 (RTJ 172/583), julgando o caso Paulinho Payakan (estupro praticado por índio contra mulher de outra raça), produziu a primeira sistematização do tema. De fato, embora confirmando os precedentes, em que se concluiu pela competência estadual quando não estivesse em jogo o interesse da administração e se cuidasse de crime de índio contra índio por assunto pessoais, o Relator ainda assinalou que mesmo essa interpretação apresentava dificuldades na apuração do efetivo prejuízo do serviço da União, porque não é fácil demonstrar ofensa à tutela (arts. 7º e 8º, da Lei 6.001/73) desde que “*trata-se de tutela que não é diversa da tutela do direito comum*” que é instituto de natureza civil e não penal. Tornasse, assim, disse o relator “*de todo descabido atribuir o caráter de delito contra o serviço da União ao simples fato de um índio aparecer como agente, ou como vítima, de crimes da espécie de que cuidaram os precedentes, ainda que ocorridos nos limites de seu habitat, circunstância que, por igual, se mostra irrelevante para a fixação da competência. De outra parte, como não se pode atribuir ao crime, em si, o caráter de disputa, conquanto essa possa resultar em crime, é de concluir-se que o vocábulo, como empregado no inc. XI do referido artigo 109 (“disputa sobre direitos indígenas”) tem o sentido de questão, de litígio, lide, conflito, só podendo compreender, por isso, as causas que envolvam os direitos dos silvícolas tutelados pela Funai, cuja defesa cabe não apenas a esses, representados ou assistidos pela Funai – circunstância por si só suficiente para determinar a competência da Justiça Federal – mas também ao Ministério Público, conforme prevê o art. 129, V da Carta da República.*”

No julgamento do *Recurso Extraordinário n.º 263.010-1/MS*, Relator o Ministro Ilmar Galvão, a 1ª Turma do STF, à unanimidade, em 13 de junho de 2000 (Lex 268/389), examinando arguição de incompetência em caso de tentativa de morte praticada por um índio terena contra uma índia guarani, residentes em reservas distintas, em Dourados/MS, aplicou a solução do

precedente no HC 79.530 (supra), isto é pela competência federal embora praticado dentro da reserva.

No *Habeas Corpus n.º 80.496-9/MA*, Relator o Ministro Moreira Alves, a 1ª Turma do STF, por unanimidade, em 12 de dezembro de 2000 (DJ 06.04.2001) adotou as razões do voto condutor nos precedentes no HC 79.530 e RE 263.010 para concluir pela competência estadual. O parecer da PGR, pela competência federal, foi do Subprocurador geral da República Cláudio Lemos Fonteles.

No *Recurso Extraordinário n.º 282.169-1/MA*, Relator o Ministro Moreira Alves, a 1ª Turma do STF, à unanimidade, em 13 de março de 2001 (DJ 04.05.2001) ao examinar caso de crime de homicídio de um índio guajajara praticado por não índio em virtude de rixa pessoal, *fora* da reserva indígena, deu por boa a decisão recorrida que aplicou os precedentes da Corte, assentando o Relator que *“são, portanto, concordes ambas as Turmas desta Corte no sentido de que, quando se tratar de crime cometido contra índio fora da reserva indígena, como sucede no caso presente, a competência para processá-lo e julgá-lo é da Justiça Comum Estadual e não da Federal”*.

No exame do *Habeas Corpus n.º 81.827-7/MT*, Relator o Ministro Maurício Corrêa, a 2ª Turma do STF, à unanimidade, em 28 de maio de 2002 (DJ 23.08.2002), decidiu que o crime praticado por índios da reserva Juinhã (pontes e Lacerda/MT), contra não índios, por questões de antipatia e por terem estes se utilizado da estrada existente próxima à aldeia indígena, não envolvia conflito de terras nem dizia respeito à cultura ou a direitos sobre terras, cuidando-se de delito comum isolado que não configura disputa sobre direitos indígenas, e portanto não se submete à competência federal.

No *Recurso Extraordinário n.º 270.379-6/MS*, Relator o Ministro Maurício Corrêa, a 2ª Turma do STF, à unanimidade, em 17 de abril de 2001 (DJ 29.06.2001), apreciando caso de homicídio praticado contra índio em virtude de disputa de terras voltou a reconhecer a competência federal porque, *“no caso específico destes autos o que se deu é que o assassinato do índio Marçal teve como causa contenda de terras que os índios defendiam como suas, valor esse que está devidamente arrolado no artigo 231 da Constituição Federal como fator a atrair a competência da Justiça Federal para o julgamento do autor do homicídio, à medida que está umbilicalmente relacionado com o que a Constituição denomina de “direitos originários sobre terras que tradicionalmente ocupam”, princípio esse, aliás reprisado no inciso XI do artigo 109 da Constituição como de disputa sobre direitos indígenas”*. O Relator, aliás, fez expressa reconsideração de voto em julgados anteriores, de que participara com entendimento diverso: *“...revi a minha posição a partir daí [RE192.473], para entender que a ocorrência de crime em reserva indígena, de que participa índio, ativa ou passivamente, por si só, nem sempre conduz à atração da competência da Justiça Federal, porque os direitos que levam à sua atuação são aqueles que estão definidos no artigo 231 da Carta Federal”*.

A descrição dos precedentes referidos expõe com suficiente evidência os pressupostos adotados pela Corte Suprema na solução da questão da competência de jurisdição para o processo e julgamento dos crimes cometidos por indígenas.

A jurisprudência do STJ está consolidada na Súmula 140 (*“Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure*

como autor ou vítima.”), tomada pela 3ª Seção, em 18.05.1995 (RSTJ 80/233-251)¹⁷.

Quanto a ela, aliás, dois aspectos merecem referência breve: *primeiro*, que os precedentes dessa súmula foram coletados em julgamentos possivelmente inspirados na antiga jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, que os tomou sob a vigência da Constituição anterior, a qual não tinha regra semelhante ao hoje art. 109, XI da CF 88, o que relativiza muito seu valor; *depois*, que, cuidando-se de matéria tipicamente constitucional, como parece natural, a última palavra será sempre da Corte Suprema, valendo os precedentes do STJ nessa hipótese tão só como orientação subsidiária até que o STF se pronuncie.

É bom considerar, entretanto, que essa jurisprudência parece de todo inadequada, tanto quando o crime for cometido *por* indígena, visto que sua conduta pode acarretar responsabilidade para a União, quanto *contra indígena* (pelas óbvias razões já acima indicadas) e especialmente se praticado contra índios em vias de integração ou isolados, cujo dever de proteção pela União é ainda mais indubitável.

Tomando como referência a jurisprudência do STF, que, pelas razões expostas, se afigura mais adequada e pertinente, a constatação inicial é que, mesmo quando admite a competência federal nos crimes cometidos *contra os*

¹⁷ Dos precedentes da Súmula o primeiro é o CC 575-0/MS (3ª Seção, j.21.09.89, DJ 16.10.89) com a seguinte ementa: “*Competência. Crime. Índio. Lesões causadas por um silvícola em outro, sem conotação especial, em ordem a configurar ofensa a interesse da União. Competência da Justiça Estadual para o processo e julgamento do crime.*”. Nele, o relator, acolhendo o parecer do MPF, entendeu que lesões corporais causadas por um índio em outro por ter o primeiro dito que o segundo “iria virar bicho”, *não guarda relação com os direitos indígenas de que cuida o dispositivo constitucional* [art. 109, XI]. O seguinte, RHC 706/RS (6ª Turma, j.16.10.90, DJ 29.10.90), requerido por índia Nandêva – pronunciada por homicídio qualificado contra descendente e criança – foi desprovido (parecer do MPF pelo desprovido) ao fundamento de que *não havia interesse concreto da União* (citando CC 6977/MG e CC 7946/MS, ambos do TFR); de que o MPF *não poderia defender individualmente os índios ou o fazendo isso não importaria em alteração da competência*; e, de que (reproduzindo o acórdão recorrido) “*à evidencia, não se referiu [o art. 109, XI] às causas criminais e, sim, às causas cíveis, mesmo porque os casos de competência para dirimir aquelas estão exaustivamente definidos na Constituição, como se pode ver dos incisos IV, V, VII, VIII, IX e X do citado artigo, não havendo qualquer menção a silvícolas*”. Os demais seguiram essa linha de deliberação: o CC 3910-0/RO (3ª Seção, j.17.12.92, DJ 01.03.93 - lesões corporais em índio causadas por outro, com parecer ministerial pela competência estadual) pelo fundamento dos precedentes acima e porque a Constituição “*em passagem alguma tem o foro federal como competente para julgar crime individual praticado por silvícola ou entre silvícolas*”; o CC 4469-0/PE (3ª Seção, j.17.06.93, DJ 02.08.93 – homicídio de silvícolas dentro da reserva Atikum, com parecer pela inaplicabilidade da jurisprudência invocada na denúncia ao Juiz Federal) porque “*a tutela da União, relativamente aos índios, na espécie, ao contrário do explanado pelo juízo suscitante, é restrita à “disputa sobre direitos indígenas”*. Vale dizer, o objeto jurídico, restrito a esse pormenor, não compreende condutas individuais dos silvícolas, como agente ou vítima”; o CC 5013-8/RR (3ª Seção, j.16.12.93, DJ 20.06.94 – tentativa de homicídio praticada por índios contra vaqueiro que procurava uma porca perto da maloca dos índios) ao entendimento de que o crime é comum fora da reserva (parecer pela competência estadual); o CC 7624-2/AM (3ª Seção, j.16.06.94, DJ 05.12.94 – homicídio de 3 índios caceteiros Korubos, com parecer pela competência estadual) invocando explicitamente os precedentes acima; e o CC 8733-3/MA (3ª Seção, j.16.06.94, DJ 22.08.94 – homicídio de branco por índio do Alto Pindaré, com parecer pela competência da Justiça Estadual) porque o crime foi cometido *por* índio e não há lesão de interesse da União, como diz a jurisprudência dos precedentes.

índios, a jurisprudência resultante dos precedentes da Corte Suprema parece considerar exclusivamente a proteção penal da pessoa física do índio, enquanto os direitos que podem ser atingidos não se resumem necessariamente a direitos pessoais deles, a dizer que um delito cometido contra um índio pode também atentar contra direitos ou interesses de outros índios ou da própria comunidade, como faz certo por exemplo o art. 58 da Lei n.º 6.001/73 ao punir crimes contra a cultura indígena, mostrando claramente que é insuficiente a argumentação da jurisprudência citada.

Da mesma maneira, o crime praticado *por um índio* pode ofender não só direitos individuais e pessoais de não índios mas também de pessoas jurídicas particulares ou do próprio Estado, de modo que a verificação da atuação da regra do inciso XI, do art. 109, da CF, no mínimo, recomenda particular atenção com os possíveis desdobramentos, visto como a disputa sobre direitos indígenas pode nesse contexto ultrapassar os limites formais da interpretação literal, deixando à mostra outra vez a precariedade da solução jurisprudencial.

O STF nos vários julgados em que assentou a competência estadual insistiu em que era preciso uma leitura estrita do art. 109, XI, combinada com a do artigo 231, da CF, porque a disputa capaz de atrair a competência federal teria de referir-se a direitos previstos neste último.

Como se pode perceber dos diversos arestos antes reportados, a questão passa a ser de acordo com a fundamentação exposta pelos Relatores, de um lado a identificação exata dos direitos e interesses dos indígenas albergados no texto do artigo 231 da CF, e de outro a figuração de sua efetiva violação.

Mas, mesmo aceitando a discussão nesse limitado campo, se é certo que a Constituição reconheceu aos índios sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições bem assim os direitos originários sobre as terras que ocupam, é igualmente certo que ela acolheu como valores os que essas categorias constitucionalizadas traduzem, não só na perspectiva do homem branco e sua legislação *mas também naquela do indígena com todas as suas decorrências*. Consequentemente, se o conceito de *disputa* compreende toda e qualquer desavença entre índios e não índios ou entre índios e índios, e se *direitos indígenas* é expressão que necessariamente alcança os direitos internos das comunidades com os desdobramentos próprios de sua cultura, tradição, língua e crenças - e não apenas os direitos relacionados com a terra (aparentemente o padrão único adotado no STF para apuração da lesão aos direitos indígenas) - é preciso redimensionar tanto a leitura estrita do artigo 231 (aliás, efetivamente recomendada pelo STF em vários casos de crimes contra a vida de índio) quanto a do inciso XI, do art. 109 CF.

Essa linha de compreensão é a interpretação que prevalecera na jurisprudência do STF assim que foi promulgada a Constituição de 1988, levando a maioria dos seus juízes a ter como aceitável que o homicídio de um indígena ofendia concretamente um direito indígena porque lesava o seu bem jurídico mais importante. Por isso, conquanto posteriormente a orientação do tribunal tivesse reduzido a amplitude desse entendimento para fixar como conteúdo desses direitos tão só aqueles referidos no art. 231 CF (na visão estrita da Corte), é certo que mesmo assim a competência federal não poderia ficar limitada às hipóteses de disputa por terras porque os direitos do art. 231 CF na verdade vão além delas e podem ter conteúdo diverso como agora

indicado, pois, como já referido, com relação aos *direitos indígenas*, a interpretação da Constituição, pela conjugação dos seus arts. 109, XI, 231 e 232, aponta com certeza para um conjunto de direitos significativamente maior do que os que os precedentes do STF reconheceram.

E isso porque não se compreende que uma disputa versando indiretamente sobre terras (homicídio, por exemplo) possa ser considerada uma disputa sobre direitos indígenas quando outra, dizendo respeito a relação entre pais e filhos índios, ou entre homem e mulher índios ou não índios, ou entre grupos ou comunidades indígenas ou não indígenas versando costumes, tradições, religião ou valores tipicamente indígenas, não o seja tão só porque não envolvem terras.

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.

Mostra-se, por exemplo, fácil perceber que um lugar sagrado segundo costumes indígenas, ou os animais aí existentes, ou seus símbolos, árvores ou águas, assim como seus hábitos e a memória dos ancestrais, podem ser ofendidos ou profanados, constituindo crime em si ou resultar em reação delituosa e nessa circunstância ninguém poderia contestar a óbvia violação de direitos indígenas para o efeito discutido mesmo quando praticado por um índio e fora da reserva.

Não existe uma *razão sistemática* para distinguir uma disputa originada por questão de terras de qualquer outra gerada por diferença de opinião sobre costumes ou crenças ou sobre relações entre parentes. Muito pelo contrário, tanto o legislador compreendeu essa preocupação que criminalizou, por exemplo, a venda de bebida alcoólica aos índios (art. 58, III da Lei n.º 6.001/73), assinalando claramente que há outros valores a serem defendidos justo porque há outros direitos indígenas que não o simples direito à terra.

Também não parece existir *razão ontológica* para essa distinção, uma vez que se deve respeitar com a mesma intensidade os valores produzidos pela organização social, costumes, crenças, língua e tradições dos índios, os quais foram formalmente reconhecidos pela Constituição, e, para chegar a conclusão diferente ou contrária, seria necessário procurar diferenciar onde a Constituição não distinguiu ou aplicar exclusivamente (com preconceito etnocêntrico) critérios do homem branco para definir o que são direitos indígenas¹⁸.

Finalmente, conquanto ela mesma já não tenha mais sustentação ante as razões agora desenvolvidas e que a neutralizam inteiramente, é preciso afastar a afirmação inserta no RE 79.530/PA (caso Payakan) de que sendo a tutela de natureza civil não se prestaria a justificar a competência federal criminal. Assim não pode ser, primeiro, porque se o indígena está integrado o argumento se esvaziaria por si só, e, depois, porque se de fato ao regime tutelar instituído pelo artigo 7º da Lei n.º 6.001/73 se aplicam no que couber as

¹⁸ Esse equívoco metodológico, além de desatender claramente às disposições dos preceitos indicados, fere também a disposição constitucional do art. 215, § 1º, o qual garante as manifestações culturais dos indígenas, e termina por desamparar, do ponto de vista criminal, bens e valores possuídos pelos indígenas de longa data e que pela mesma Carta a União se comprometeu garantir

disposições da tutela de direito comum, não só cabe à União o controle do seu exercício - de tal modo que é de seu interesse o comportamento criminoso de indígena tutelado pela atribuição legal - como tem ela virtual responsabilidade pela reparação civil decorrente dos crimes cometidos pelo tutelado¹⁹.

Nessa linha de perspectiva, tanto crimes praticados contra índios como os por eles praticados, terão de ser obrigatoriamente processados e julgados perante a Justiça Federal e a conclusão que parece afirmar-se a partir disso é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - mais afeiçãoada que a do STJ (que o nega simplesmente) a essa inteligência - pode sem esforço evoluir sistematicamente para que a compreensão de que “disputa sobre direitos indígenas” contemple a integralidade dos direitos indígenas, bastando compreender que a Constituição reconheceu como direito indígena também aquilo que os indígenas têm eles próprios para si como seu direito e, então, não se pode restringir as disputas que atraem a competência federal apenas às disputas que envolvem pretensões sobre terras.

Em resumo, a competência para o processo e julgamento dos crimes cometidos *contra* índios ou comunidades indígenas é sempre da competência da Justiça Federal, a qual, em qualquer caso será competente para dizer se não é caso de disputa sobre direitos indígenas, para o que terá necessariamente de realizar a interpretação no modo exposto. De igual modo, os crimes cometidos *por índios* sempre constituem em princípio disputa sobre direitos indígenas para os efeitos de fixação da competência, exceto quando claramente demonstrado que estando o índio inteiramente integrado não tenha a conduta qualquer relação com as categorias do art. 231 da CF, o que de qualquer modo sempre deverá ser decidido pela Justiça Federal.

¹⁹ No direito privado a responsabilidade civil decorre do art. 932, II do novo Código Civil de 2002 e essa no caso de ato criminoso praticado por índio já foi assentada (com base na lei anterior) pelo então TFR, por exemplo, na AC 93.892, 1ª Turma, DJ 22/05/1986, p. 163 e pelo TRF da 4ª Região na AC 94.04.19408-5/RS, DJ 04/03/1998, p. 511, como imputável à FUNAI.